

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A reconstrução da jurisdição constitucional:
a garantia constitucional dos direitos sociais do trabalho**

MARTHIUS SÁVIO CAVALCANTE LOBATO

Brasília, DF
2011

MARTHIUS SÁVIO CAVALCANTE LOBATO

**A reconstrução da jurisdição constitucional:
a garantia constitucional dos direitos sociais do trabalho**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília para a obtenção do título de doutor em Direito.

Linha de pesquisa: Constituição e Democracia: Teoria, História, Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto

Co-orientador: Prof. Dr. Cristiano Paixão

Brasília,
2011

O candidato foi considerado **APROVADO** pela banca examinadora.

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Orientador

Professor Doutor Cristiano Paixão
Co-orientador

Professor Doutora Gabriela Delgado
Membro

Professora Doutor Claudio Pereira Neto
Membro Externo

Professor Doutor Marcio Túlio Viana
Membro Externo

Professor Doutor Valcir
Membro Suplente

Brasília, 12 de dezembro de 2011

AGRADECIMENTOS

Pensar em agradecimentos é extremamente difícil, principalmente em um momento como este. Após terminar os créditos do Doutorado, percebe-se a infinidade de pessoas que se tornam importantes ao passar por nossas vidas. Ao nominar os agradecimentos, corre-se sempre o risco de não citar pessoas que foram tão importantes quanto as que são nominadas. De toda a forma, como em tudo na vida, deve-se correr riscos. Então vamos a eles.

Aos colegas do grupo de pesquisa Sociedade, Tempo e Direito e aos encontros nos subgrupos Observatório da Constituição e da Democracia e O Direito Achado na Rua. Os trabalhos desenvolvidos e os encontros foram fundamentais para o amadurecimento acadêmico.

Aos amigos Paulo Blair, Ricardo Machado, Noemia Porto e Guilherme Scotti pelo companheirismo e pelas provocações que me exigiam uma maior reflexão. Pela amizade.

Agradeço à Helena, Lia e a todas e todos os funcionários da faculdade de direito pela paciência e dedicação que nos levam ao fim de um trabalho.

Ao meu orientador, Prof. Menelick de Carvalho Netto, pela sua importância em minha trajetória acadêmica. Aprendi e continuo aprendendo, com ele, como aplicar a constituição. A sua acolhida e seriedade na condução dos trabalhos acadêmicos somente reafirma o que é por todos conhecido: prof. Menelick é atualmente uma dos pensadores mais atuais e críticos para a afirmação da Constituição brasileira.

Ao meu co-orientador, Prof. Cristiano Paixão, pela abertura a novos campos do conhecimento. Sua condução séria, presente e aguda na condução da pesquisa é que possibilitou a realização deste trabalho.

Ao meu pai, Jeremias Lobato, por ter me passado o sentimento da preservação da dignidade da pessoa humana nos momentos mais difíceis enfrentados pelo País. Pelo carinho de pai e de um eterno amigo.
À minha mãe, Lacy Lobato, por nunca ter desistido e estado sempre presente.

Aos meus filhos, Lucca Marthius, Yago Matheus e Vitor Luiz por me ensinarem dia-a-dia verdadeira arte de amar.

A minha filha, Nathália Aimée, por possibilitar um outro olhar do mundo e das cores.

À Elisangela, todo o meu amor.....

RESUMO

A Constituição de 1988 assegura uma jurisdição constitucional aberta ao manter o sistema misto do controle de constitucionalidade das leis brasileira, o sistema difuso e concentrado. A autonomização do Supremo Tribunal Federal em relação à vivência constitucional pode provocar o efeito perverso do fundamentalismo hermenêutico a partir da imposição de uma forma de agir e interpretar o direito, ignorando a complexidade da sociedade e da prática judicial do federalismo brasileiro. No constitucionalismo contemporâneo não há espaço para decisões fechadas, que concentram e limitam as possibilidades de aplicação concreta do texto normativo. A garantia constitucional dos direitos sociais do trabalho somente poderá ser assegurada preservando-se a essência abertura da jurisdição constitucional brasileira que se expressa pelo respeito às decisões judiciais que enfrentam cotidianamente a questão de inconstitucionalidade concreta quando da solução dos conflitos sociais.

RÉSUMÉ

La Constitution de 1988 a structuré une justice constitutionnelle ouverte dans La mesure où elle a pu garder Le système mixte de contrôle de La constitutionnelles des lois à La fois diffus, et concentré. L'autorisation de La Cour suprême concernant l'expérience constitutionnelle peut aboutir à un effet indésirable: un fondamentalisme herméneutique par l'imposition d'une certaine manière d'agir et d'interpréter la loi, tout en ignorant la complexité de la société et la pratique judiciaire du fédéralisme brésilien. Dans Le constitutionnalisme contemporain n'y a pas de place pour les décisions closes, qui concentrent et limitent les possibilités d'application pratique de la norme. La garantie constitutionnelle des droits sociaux du travail ne peut être assurée que par la préservation de l'ouverture de la juridiction constitutionnelle brésilienne qui reflète Le respect des décisions judiciaires, prononcées en face d'un contentieux constitutionnel quotidien à la recherche d'une solution des conflits sociaux.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	11
Capítulo I. A resistência à desconstitucionalização dos direitos sociais do trabalho.....	21
1. O fundamentalismo hermenêutico do processo de concentração do controle da constitucionalidade das leis.....	22
2. A jurisdição constitucional do trabalho: o interesse público no espaço democrático de direito.....	51
2.1. A supremacia do interesse público no regime jurídico único dos servidores públicos.....	53
2.2. A garantia constitucional da negociação coletiva nas relações de trabalho.....	63
2.3. A reconstrução da efetividade da cidadania: a mudança de paradigma da teoria constitucional.....	70
2.4. Trabalho, Estado e negociação coletiva.....	77
Capítulo II. A jurisdição constitucional das liberdades: a tensão constitutiva do controle de constitucionalidade das leis no dissídio coletivo de trabalho.....	89
1. A tensão produtiva entre Constituição e Democracia: os limites procedimentais ao exercício do poder político.....	90
1.1. A experiência da Jurisdição Constitucional brasileira.....	108
2. A abertura semântica da constituição a partir de uma teoria constitucional reconstitutiva.....	119
2.1 A jurisdição constitucional a partir da teoria discursiva de Jürgen Habermas: o comum acordo no Dissídio Coletivo de Natureza Econômica.....	126
2.1.1. A sentença normativa e a jurisdição constitucional do trabalho.....	129.
2.1.2. Os efeitos da sentença normativa da jurisdição constitucional do trabalho.....	132

Capítulo III. A integridade dos direitos sociais do trabalho: os desafios da democracia constitucional.....155

1. Validade, eficácia, legitimidade e efetividade dos direitos sociais do trabalho.....	156
1.1 A releitura da autonomia sindical.....	157
1.2. A concretude da liberdade sindical: desafios da democracia constitucional.....	162
2. A liberdade de autoorganização das entidades sindicais.....	167
2.1 A ausência de concorrência e violação ao sistema confederativo.....	170
2.2 A unicidade sindical na democracia constitucional.....	173
3. O controle de constitucionalidade das leis numa democracia constitucional.....	174
3.1 O controle concreto e difuso: uma garantia dos direitos sociais do trabalho.....	182

Capítulo IV. A politização da Justiça: a construção de uma jurisprudência dominante.....187

1. Introdução.....	188
2. As repercussões sociais da aplicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal.....	189
3. A reconstrução da jurisdição constitucional: o resgate do controle concreto e difuso da constitucionalidade das leis.....	224
4. A tensão constitutiva do controle de constitucionalidade das leis: a complementariedade do controle difuso e concentrado.....	232.

Conclusão.....238

Introdução.

O reconhecimento dos direitos fundamentais se fez necessário para, a partir dele, obter-se a efetivação dos direitos de cidadania. De fato, todo o problema de efetividade dos direitos fundamentais estaria justamente na sua não aplicação a partir do caso concreto, a partir de uma jurisdição constitucional sem jurisdição.

O Estado democrático de direito abre a possibilidade de uma participação ativa da sociedade nos processos judiciais de defesa da cidadania tendo em vista uma crença no judiciário como forma de solução de conflitos.

O controle concentrado de constitucionalidade das leis, idealizado por Kelsen, como o guardião da Constituição, visava a um controle estritamente formal no processo legislativo. Não tinha como finalidade o controle de conteúdo das normas, mas, sobretudo, da sua produção no âmbito de uma complexa produção de competências entre os entes da federação austríaca. Acreditava o autor que o controle difuso não daria ensejo ao controle de constitucionalidade da distribuição das competências estruturantes da organização federativa.

A expansão do modelo, no entanto, possibilitou a extensão do controle concentrado, ao conteúdo das leis em face da constituição, e não apenas da forma da sua produção. Como salienta Peter Häberle, é extremamente relevante que uma Corte Constitucional saiba que todos vivem a constituição e a interpretam no dia a dia. Seja na administração pública, nas relações privadas e mesmo nos órgãos do poder judiciário, ainda que impere o modelo concentrado.

Häberle busca advertir a corte constitucional sua natureza essencialmente difusa da própria constituição ao operar em todas as dimensões da vida social. Mesmo em sede de controle concentrado, portanto, para Häberle, cabe à Corte estar ciente deste fato, sendo sensível a capacidade de penetração dos direitos fundamentais em todos os domínios da vida fazendo do seus titulares necessariamente intérpretes vivenciais do seu sentido e do seu campo de aplicação, embora, pela natureza concentrada deste controle, apenas a Corte constitucional possa juridicamente se pronunciar sobre eles na hipótese de conflitos.

O risco para Haberle, portanto, é que em função do caráter exclusivo da competência desta corte para tratar da forma e da matéria constitucional, é que ela proceda a uma leitura que desconsidere o papel estruturante da própria complexidade social, autonomizando a sua leitura da constituição em face da dinâmica de aquisição e aperfeiçoamento de direitos que ela própria inaugura.

A presente tese busca lidar com este problema no contexto de uma tradição constitucional bastante diversa da dos países que o acolheram sem qualquer experiência anterior de controle difuso. No caso brasileiro, a ampliação do controle concentrado levado a efeito com a Constituição de 1988 para além da titularidade do procurador geral da república visou ao aprimoramento do controle historicamente acolhido no país ao aprofundar o seu caráter misto. De modo algum poderia legitimar a pretensão de redução do papel do controle difuso na conformação do sistema misto e complementar adotado.

A consequência da tentativa de desconsiderar a experiência constitucional acumulada em mais de cem anos de controle difuso de constitucionalidade pode fornecer, também no Brasil, o substrato de realidade que Ingeborg Maus denuncia como risco presente na vivência constitucional alemã, em seu artigo Judiciário como como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã.

A autonomização do Supremo Tribunal Federal em relação à vivência constitucional pode se tornar uma afirmação de um fundamentalismo hermenêutico a partir da imposição de uma forma de agir e interpretar o direito, sem considerar a complexidade da sociedade e muito menos sua história. É a posição sectária que, para Paulo Freire, é a inflação de um setor de realidade ou de aspecto da compreensão em detrimento do todo. Não aprende com o processo, pois já partem de idéias pré-concebidas e a realidade deve se adequar a estas. São pessoas que vêm para convencer e não para dialogar, e que se mantêm pelo monólogo de suas convicções, impondo um caráter absoluto ao seu ponto de vista¹. Para Habermas, a adoção de teorias de valores fundamenta sua prática que configura um tipo de realismo ou de convencionalismo morais, aumentando o perigo de juízos irracionais, porque os argumentos funcionalistas se sobrepõem aos argumentos normativos.

¹ In: **Pedagogia do Oprimido**. São Paulo: Paz e Terra. 2005.

Após tal digressão, caberia indagar como, a partir de uma jurisdição constitucional democrática podem ser aplicados os direitos fundamentais sem lhes retirar o conteúdo normativo necessário para a sua concretização? Sendo o controle de constitucionalidade das leis um mecanismo do exercício do poder judicial, que se reafirma democrático, não poderá submeter-se ao fundamentalismo hermenêutico.

Habermas reconhece que a relação com o tempo de uma constituição democrática é dupla: “Enquanto documento histórico, ela relembra o ato de fundação que interpreta; ela marca um início no tempo e, simultaneamente, enuncia o seu caráter normativo, ou seja, relembra que a tarefa de interpretação e de configuração do sistema dos direitos se coloca para cada geração, como uma nova tarefa”.² Nessa perspectiva, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro que se tem em cada caso presente, cujo novo começo se dá a partir de uma interpretação jurídico-política para a solução dos conflitos sociais no Estado Democrático de Direito.

Portanto, se faz necessária a reconstrução do sistema de controle de constitucionalidade brasileira no estado democrático de direito à luz da exigência de interpretação democrática do direito no respeito à sua integridade. A validade, legitimidade e legalidade da norma ocorrem a partir da aplicação de uma hermenêutica constitucionalmente adequada, interpretando a constituição como uma comunidade de princípios.

No controle judicial da constitucionalidade das leis, em um Estado Democrático de Direito, não há espaço para tomada de decisões maniqueístas, do tudo ou nada. A tensão constitutiva entre o controle difuso e concentrado da constitucionalidade das leis deve ser reafirmado para a superação do fundamentalismo hermenêutico, de modo a permitir a concretização da Constituição.

Recorrendo-se à Teoria discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas e a teoria da integridade do direito de Ronald Dworkin, procura-se sustentar que no constitucionalismo contemporâneo não há espaço para decisões fechadas, que concentram e limitam às possibilidades de aplicação concreta do texto normativo, conduzindo as decisões judiciais ao fundamentalismo hermenêutico.

² HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

A pluralidade existente da composição do Supremo Tribunal Federal não garante por si só a ocorrência de um debate democrático. A ausência de uma discussão efetiva das respectivas fundamentações para a definição da posição vencedora, conforme televisionado em praticamente todas as sessões, revela ao contrário, que a posição majoritária independe dos distintos argumentos produzidos por aqueles que em ultimo termo a compartilham, na verdade, por distintas razões. O nível da discussão havida no mais das vezes não envolve a aceitação e compromisso com os próprios argumentos aportados, mesmo por aqueles que compartilham da mesma posição de voto. Conceber a ciência como uma prática para si corresponde que o fundamento, a decisão proferida matém sua legitimidade voltada para si, ou seja, para o próprio Supremo Tribunal Federal. A convergência na decisão não significa coerência interna acerca das razões de decidir, e menos ainda no que se refere à revisão dos fundamentos de decisões anteriores (integridade).

Logo, não se estabelece o ideal de integridade nem para o caso e muito menos para uma tradição coerente nas suas revisões de posicionamento da história institucional. A inexistência, portanto, de debates que levem a sério as próprias posições doutrinárias reduz o próprio debate a um fundamentalismo hermenêutico tornando invisíveis os argumentos do outro. Este fechamento ao outro fica ainda mais evidente, em sede de controle concentrado, no desconhecimento da própria história institucional consubstanciada nas decisões anteriores existentes no controle difuso.

Toda a pesquisa que envolve uma nova proposta teórica tem como finalidade de se obter uma nova epistemologia. Uma reflexão epistemológica de proceder a uma hermenêutica crítica da epistemologia a fim de que seja socialmente compreensível. Esta compreensão só se dará se adotarmos uma atitude hermenêutica. Essa atitude somente se frutificará se abranger, além do discurso científico, o discurso epistemológico que sobre ele e dentro dele tem sido feito³. É a partir desta nova epistemologia da jurisdição constitucional a partir da Teoria discursiva do Direito e da Democracia que se quer demonstrar que a interpretação constitucional não se reduz a fixação do sentido da norma a partir de um rol de possibilidades.

Submeter a epistemologia a um reflexão hermenêutica significa “atribuir-lhe o valor de um sinal que se analisa segundo a sua pragmática e não segundo a sua sintaxe ou a sua semântica”⁴. Não há possibilidade de exaustão para a epistemologia. “Sua vertente filosófica

³ SOUZA SANTOS, Boaventura. **Introdução a uma Ciência pós moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 27.

⁴ SOUZA SANTOS, Boaventura. **Introdução a uma Ciência pós moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 29.

se aprofundará para acompanhar, como contrapeso, a progressiva redução da prática à técnica que caracteriza a atual crise do paradigma da ciência moderna”⁵. Uma reflexão sobre os fatos não pode se transformar em uma investigação de certezas e objetividades ao conhecimento.

No paradigma do Estado Democrático de Direito requer-se que ela seja vista e compreendida como um mecanismo concreto da realização dos direitos fundamentais.

Utilizar-se-á a partir da abordagem da práxis jurídica, para demonstrar a necessidade da reconstrução da jurisdição constitucional brasileira no Estado Democrático de Direito, para afirmar que a relação entre o controle misto de constitucionalidade das leis é uma tensão constitutiva, possibilitando, com o reforço do controle difuso a superação do fundamentalismo hermenêutico concretizando os direitos fundamentais a partir de uma hermenêutica democraticamente adequada.

O processo complexo de aplicação e concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito de forma alguma pode transformar o controle concentrado de constitucionalidade como somente o reverso do controle difuso de constitucionalidade. Ao contrário, são complementares. Nesta complementariedade o fortalecimento do controle difuso de constitucionalidade concretiza a idéia de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, reforçado pelo Estado Democrático de Direito, afastando o fundamentalismo metajurídico. O sentido e o alcance dos preceitos constitucionais não podem depender de cada situação hermenêutica excluindo a esfera pública de debate constitucional e retirando da aplicação da norma a sua fonte de legitimidade. A análise concreta dos fatos é que possibilitará a aplicação de uma hermenêutica constitucionalmente adequada afastando os processos de ponderação ínsitos na situação hermenêutica.

No constitucionalismo contemporâneo, para uma hermenêutica constitucionalmente adequada, a abertura da constituição exige, para iniciar a sua concretização, o exercício do controle difuso da constitucionalidade das leis que assegure a possibilidade do sujeito coletivo (cidadão) ser ouvido e incluído no processo de interpretação e de tomada da decisão judicial. Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reafirma a experiência do controle difuso da constitucionalidade das leis que seja capaz de evitar os efeitos perversos do controle concentrado no momento jurídico-político da concretização dos direitos fundamentais de cidadania. A ambivalência do controle difuso e concentrado promove a complementariedade do processo constitucional brasileiro. São os opostos que se

⁵ SOUZA SANTOS, Boaventura. **Introdução a uma Ciência pós moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 29.

complementam, trazendo uma maior credibilidade à redução da complexidade dos conflitos sociais e conferindo a legitimidade da decisão de Justiça.

O recorte epistemológico que é feito na presente investigação aponta para a tensão existente entre o controle difuso e concentrado na Jurisdição Constitucional do Trabalho.

A Jurisdição do Trabalho sempre foi eminentemente difusa. Sua atuação sempre esteve presente na perspectiva de uma solução do caso concreto. A criação da Justiça do Trabalho, muito embora tenha sido com uma finalidade de imposição de Poder – em uma concepção kelseniana de jurisdição de concentração e poder de império - utilizava uma modalidade de solução de conflitos, através da representação paritária que tinha como finalidade a solução do caso concreto. Não havia, portanto, a intenção ou mesmo a fundamentação de se obter, através da jurisdição, a solução definitiva do conflito, ou seja, havia a pré-compreensão de que os conflitos decorrentes das relações de trabalho não poderiam ser solucionados em definitivo mas tão somente a partir de uma redução de sua complexidade e com participação ativa dos atores sociais envolvidos.

Com o advento da Constituição da República de 1988 iniciou-se um processo de encontrar a verdadeira função social da Justiça do Trabalho. A CRB-88 garantiu acesso à jurisdição. Trouxe às claras o que estava escondido: os conflitos sociais. O ativismo judicial passou a ter mais força e conseqüentemente há a centralização do Poder Judicial⁶. Surgem os problemas: acúmulos de processos, morosidade e prestação jurisdicional incompleta⁷. O sistema de interpretação pelo sistema difuso deixa de ser participativo, aberto, para se deslocar para uma interpretação egoísta⁸, desprezando a real função da jurisdição do trabalho, eminentemente difusa, concreta.

A constitucionalização dos direitos sociais reforça a necessidade de uma interpretação ativa, constitucionalmente adequada. Contudo ou paradoxalmente, o ativismo judicial nas relações de trabalho passa a ter resultados contrários ao esperado pela sociedade civil. As decisões passam a ser proferidas a partir de uma interpretação conservadora em que a

⁶ Há uma clara intenção de modificar o exercício da jurisdição do trabalho, participativa/representativa (mesmo que autoritária – forma de condução - e ineficaz – na jurisdição), para um controle concentrado, autoritário, com afastamento dos atores sociais (trabalhadores e empregadores) do pleno exercício democrático de participação e poder de interpretação.

⁷ Incompletude da prestação jurisdicional ocorre tanto no caso das relações coletivas de trabalho, com a renúncia da jurisdição em favor do Estado com a extinção dos Dissídios Coletivos, como nas relações individuais com um sistema de interpretação que nega a própria essência do Direito do Trabalho.

⁸ Egoísmo no sentido em que o Juiz togado passa a decidir de forma solitária (muito embora isso já ocorresse com a presença dos juizados classistas) com reforço no atuar de forma isolada, onipotente.

Consolidação das Leis do Trabalho se sobrepõe aos direitos fundamentais. O passado é reproduzido no presente sem a possibilidade de se projetar o futuro. Há a perda de uma identidade constitucional do trabalho a partir da própria atuação da Justiça do Trabalho⁹. No momento em que o Estado se desgasta perdendo força e legitimidade o próprio Poder Judiciário se desgasta e principalmente a Justiça do Trabalho no momento em que o trabalhador se torna menos cidadão e o trabalho subordinado mais se degrada¹⁰. Inicia-se um processo de desprezo¹¹ da Justiça do Trabalho assim como o próprio direito do trabalho¹².

O desprezo pela jurisdição constitucional do trabalho a partir da pré-concepção de ser o direito do trabalho uma subespécie de ciência jurídica por se tratar apenas de um ‘balcão de negócios’ gerou a expropriação da experiência difusa desta jurisdição. Saliente-se que a Justiça do Trabalho era a única jurisdição em que exercia, inclusive no âmbito do Tribunal Superior, o controle de constitucionalidade das leis pelo sistema difuso. De fato, a própria Justiça do Trabalho concorreu para o desprezo de suas decisões em sede do controle difuso uma vez que relegou a jurisdição constitucional do trabalho para o segundo plano mantendo um sistema de interpretação tradicional. Desprezou sua potencialidade de uma interpretação

⁹ Marcio Túlio Viana dá um exemplo de perda de identidade constitucional do trabalho em que denomina de discriminação: “A própria sala de audiências. Mesmo na Justiça do Trabalho, onde tudo é menos formal, há um clima de solenidade que ajuda a reproduzir as disparidades sociais. Por mais que o juiz às vezes pareça simpático à causa do trabalhador, que se identifica com ele é o empregador: ambos falam a mesma língua, vestem-se de forma semelhante, têm a chave para decodificar os símbolos. Palavras, roupas e posturas lembram ao empregado, a cada momento, um ambiente parecido com os teatros da cidade, a sala do antio chefe, as lojas do *shoppings centers*, os hotéis com piscina aquecida, lugares de um outro mundo, cheio de mistérios e ameaças, e que não foi feito para os seus pés”. **O dia a dia do Juiz e as discriminações que o acompanham**. In **Discriminação**. LINHARES RENAULT, VIANA, Marcio Túlio e OLIVEIRA CANTELLI, Paula. (Coord.) 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 256.

¹⁰ VIANA, Marcio Túlio. **OS PARADOXOS DA CONCILIAÇÃO: Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Reg. Belo Horizonte, v. 45, nº 75. Jan/jun. 2007, p. 188.

¹¹ Este desprezo se volta contra a magistratura e advogados. Como diz Marcio Túlio Viana, esta discriminação não decorre tão somente pelo fato de que está defrontando “com uma mercadoria cada vez mais desvalorizada – o trabalho – como também porque combatem aquelas discriminações maiores a que nos referíamos. Essa discriminação contra o próprio juiz o faz ser considerado, muitas vezes, um magistrado de segunda classe, tal como acontece aliás, com o advogado trabalhista”. **O dia a dia do Juiz e as discriminações que o acompanham**. In **Discriminação**. LINHARES RENAULT, VIANA, Marcio Túlio e OLIVEIRA CANTELLI, Paula. (Coord.) 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 258.

¹² Marcio Túlio Viana ressalta que “é curioso notar como o prestígio de cada um dos ramos da Justiça parece vincular-se ao seu objeto e aos seus destinatários. A mais valorizada é a Federal, que julga o próprio Estado – como autor ou réu. Vem depois a Justiça Comum Civil, que lida com a propriedade, a herança e a família. No fim da linha, a Justiça do Trabalho e a Criminal, ou vice-versa. Esse prestígio – ou a falta dele – se reflete na percepção que a sociedade passa ter do juiz, do advogado e até da disciplina acadêmica correspondente. Do mesmo modo que o advogado criminalista é ‘de porta de xadrez’, a Justiça do Trabalho é um ‘balcão de negócios’ e o Direito do Trabalho uma espécie de subciência jurídica”. **OS PARADOXOS DA CONCILIAÇÃO: Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Reg. Belo Horizonte, v. 45, nº 75. Jan/jun. 2007, p. 188.

constitucionalmente adequada quando aposta na alteração do artigo 894¹³ da CLT limitando a sua jurisdição com a renúncia expressa da jurisdição constitucional.

Portanto, o fortalecimento do controle difuso e concreto de constitucionalidade se faz necessário para que possamos obter a real efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho¹⁴. Não se propõe a exclusão ou a extinção do controle concentrado de constitucionalidade das leis mas que, para a obtenção da máxima efetividade dos direitos sociais do trabalho deve-se buscar a complementaridade entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis para se evitar a diminuição dos direitos sociais no mundo do trabalho. No direito do trabalho o ativismo judicial vem representando a perda de direitos ao invés de representar a conquista de novos direitos a partir de uma hermenêutica constitucionalmente adequada no paradigma do Estado democrático de Direito. Neste sentido, o controle difuso e concreto, poderá vir a ser mais progressista, posto que admite ou convive com uma maior flexibilidade de interpretação¹⁵. Porém, o processo de concentração da jurisdição, ou mesmo de uniformização da jurisprudência, está fazendo prevalecer uma posição mais conservadora das relações do trabalho¹⁶.

Essa é a proposta da presente investigação.

A estrutura da tese comporta quatro capítulos.

O primeiro, intitulado de *A resistência à desconstitucionalização dos direitos sociais do trabalho*, busca a reconstrução do conceito de fundamentalismo para nos apoiar na tese em que, a tentativa de expropriar a experiência constitucional acumulada pelo controle difuso de constitucionalidade, automatizando o Supremo Tribunal Federal pode se tornar uma afirmação

¹³ A nova redação do artigo 894 da CLT impede que o recurso de embargos seja manejado por violação constitucional ou legal, restringindo sua admissibilidade à divergência jurisprudencial. O controle difuso de constitucionalidade passa a ter a sua última instância a decisão da própria Turma.

¹⁴ José Roberto Freire Pimenta afirma que “Ao Juiz do Trabalho compete a solução de conflitos que apesar de individuais, têm origem e repercussão de amplo significado social, cujo conteúdo corresponde em boa parte a direitos indisponíveis, e diante do qual se defrontam partes que na maioria das vezes são profundamente desiguais do ponto de vista econômico, social e cultural”. In **A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho**. São Paulo: Revista LTr, vol. 65, nº 2, fevereiro de 2001, p. 156.

¹⁵ Como afirma Gabriela Neves Delgado “É claro que a concessão dos direitos constitucionais trabalhistas será assegurada a cada trabalhador conforme a possibilidade da própria estrutura de trabalho estabelecida, o que não significa a defesa de discriminações, mas pelo contrário, o respeito às diferenças estruturais que se estabelecem no mundo do trabalho”. In **A Constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho**. São Paulo: Revista LTr. Vol. 72, nº 5, maio de 2008. p. 568.

¹⁶ Adriana Goulart de Sena afirma que “A magistratura deve ser exercida, pois, com firmeza e sem timidez, mas de forma serena e sem incorrer na tentação do autoritarismo, sempre com a finalidade maior de obter a pacificação com justiça dos dissídios. O exercício equilibrado e efetivo da função jurisdicional é, a um só tempo, condição de existência e expressão concreta do Estado Democrático de Direito que é a nossa função precípua”. In **Juízo Conciliatório trabalhista**. São Paulo: LTr, Vol. 71, nº 10, outubro de 2007, p. 1204.

de um fundamentalismo hermenêutico a partir da imposição de uma forma de agir e interpretar o direito, sem considerar a complexidade da sociedade e muito menos sua história.

Para esta reconstrução recorreremos aos princípios estabelecidos por Paulo Freire a partir da pedagogia do oprimido, em que conceitua o sectarismo e o radicalismo como modalidades de fundamentalismo.

Disso decorrem os fundamentos do *Capítulo II*, cujo título é *A Jurisdição Constitucional das liberdades: a tensão constitutiva do controle de constitucionalidade das leis no Dissídio Coletivo*. É apontada a importância da experiência da jurisdição constitucional brasileira a partir do controle de constitucionalidade das leis pelo sistema difuso e a consolidação do sistema misto de constitucionalidade, em que a Constituição de 1988 reafirma o caráter difuso do controle. Aponta-se a tensão produtiva entre constituição democracia para, a partir de uma teoria constitucional reconstrutiva, vivenciar a abertura semântica da Constituição. Estabelecidas as premissas de nosso constitucionalismo, será necessária a releitura da jurisdição constitucional a partir da teoria discursiva de Jürgen Habermas, momento em que apontaremos, a partir da jurisdição do trabalho, a expropriação da experiência do controle difuso de constitucionalidade na interpretação e aplicação do artigo 114, § 2º da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

O terceiro Capítulo, com o *A integridade dos direitos sociais do trabalho: os desafios da democracia constitucional*, vem reafirmar o papel da jurisdição constitucional brasileira a partir da teoria da integridade do direito de Ronald Dworkin e a importância do sistema de controle difuso de constitucionalidade na produção do direito e justiça na perspectiva do modelo de aplicação. O debate constitucional em torno da Portaria nº 186 do Ministério do Trabalho e Emprego que estabelece o sistema de controle administrativo para a concessão de registro sindical será a fonte do debate para a efetividade de direitos a partir da tradição brasileira do controle difuso de constitucionalidade, que deverá o Supremo Tribunal Federal levar a sério estes fundamentos, caso contrário, retornaremos ao fundamentalismo hermenêutico.

No quarto Capítulo, intitulado *A politização da Justiça: a construção de uma jurisprudência dominante*, será analisada a existência da tensão constitutiva entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis que será verificado a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº convertido na Súmula Vinculante nº 4 em que, expropriando a experiência do controle difuso de constitucionalidade exercido pela jurisdição do trabalho, afirma uma jurisdição sem jurisdição.

Nas considerações finais, o objetivo será demonstrar a necessidade da reconstrução do controle de constitucionalidade de leis no Brasil, para a afirmação do sistema misto brasileiro como mecanismo eficaz de concretização dos direitos fundamentais em uma sociedade aberta dos intérpretes.

Capítulo I.

A resistência à desconstitucionalização dos direitos sociais do trabalho

1. O fundamentalismo hermenêutico do processo de concentração do controle da constitucionalidade das leis

O controle normativo que vem sendo firmado pelo Poder Judiciário, cada vez mais intenso, deve ser analisado e pensado com a cautela necessária para não subvertermos a ordem constitucional de sua abertura do sistema de interpretação de normas.

Na racionalização¹⁷ normativa para uma maior prestação jurisdicional podemos encontrar o seu paradoxo: a irracionalidade a partir de explicação simplista do que a própria razão não consegue compreender. Ou seja, a retirada de efetivação de direitos com a exclusão da participação da sociedade no processo de decisão, fechando a interpretação constitucional ao mesmo tempo em que se diz aberta.

Nesta perspectiva de preocupação de um fechamento da interpretação constitucional Ingeborg Maus nos remete para a reflexão de um Supremo Tribunal Federal como o “superego da sociedade”¹⁸. O controle de constitucionalidade das leis como perspectiva radicalmente democrática não permite a concentração de interpretação a partir de uma situação hermenêutica cujos valores constitucionais serão postos a partir dos pressupostos estabelecidos por cada julgador.

A conseqüência, portanto, é a perda de uma racionalidade jurídica e a imposição de uma racionalização autoritária com a imposição de posições que hermeneuticamente substituem os próprios valores da sociedade. “A ascensão dos ‘juízes da corte’ é fundamentada na

¹⁷ Edgar Morin diferencia a racionalização e a racionalidade. Para ele a racionalização “consiste em querer prender a realidade num sistema coerente. E tudo o que, na realidade, contradiz este sistema coerente é afastado, esquecido, posto de lado, visto como ilusão ou aparência”. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. 4ª Ed. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 70.

¹⁸ Maus vai buscar a relação de superego a partir dos escritos de Herbert Marcuse em que aponta que o “desenvolvimento do ego é, pois, uma luta entre duas frentes. No curso do desenvolvimento do ego outra ‘entidade’ mental surge: o *superego*. Tem origem na prolongada dependência da criança de tenra idade, em relação aos pais; a influência parental converte-se no núcleo permanente do superego. Subsequentemente, uma série de influências sociais e culturais são admitidas pelo superego, até se consolidar no representante poderoso da moralidade estabelecida e daquilo ‘a que as pessoas chamam as coisas ‘superiores’ na vida humana’ [...] “De modo geral, o ego efetua as repressões a serviço e a mando do seu superego”. **Eros e Civilização: uma interpretação filosófica do Pensamento de Freud**. Tradução: Álvaro Cabral. 8ª ed. [reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2009, p. 49

argumentação de que a noção racional de direito natural do Iluminismo estaria superada para auxiliar na compreensão dos direitos fundamentais”¹⁹.

Maus afirma que a ascensão da concentração da interpretação constitucional por um único Tribunal o eleva à condição de censor do legislador²⁰. Nesta perspectiva o Tribunal passa a ser assediado ilimitadamente pelas posições de momento, sendo pautado pela própria imprensa e os anseios de segmentos da sociedade em que “procede à sua auto-reprodução e gerencia uma ‘mais valia’ que de longe supera suas vastas competências constitucionais”²¹.

Para Maus esta concentração dos poderes de interpretação faz com que os Tribunais Constitucionais submetam todas as outras instâncias políticas à Constituição muito embora se autolibere de qualquer vinculação às regras constitucionais²². Por esta razão, entende Maus que

assim como o monarca o Tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição ‘corretamente interpretada’, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição.

Portanto, o fortalecimento do controle concentrado permitindo que as decisões fiquem apenas e tão somente para interpretar as situações abstratas e não a partir dos fatos postos em debates mas, a partir de uma situação hermenêutica considerada constitucionalmente importante, acaba por gerar a prática de uma ‘teologia constitucional’²³ permitindo o

¹⁹ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’**. Novos Estudos nº 58, p. 186.

²⁰ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’**. Novos Estudos nº 58, p. 191.

²¹ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’**. Novos Estudos nº 58, p. 191.

²² MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’**. Novos Estudos nº 58, p. 192.

²³ Para Maus, a “apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamento corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma “teologia constitucional”. MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’**. Novos Estudos nº 58, p. 192.

surgimento do fundamentalismo hermenêutico que retira da Constituição o seu conteúdo normativo desconstitucionalizando os direitos fundamentais.

No momento em que se discute mudanças em todo o sistema de controle judicial das leis, com uma posição firme e presente de concentração deste sistema de controle, é necessário pensar, com um grau de relevância, tanto os princípios, as regras e os valores que estruturam as intenções enquanto lógica determinante no campo do possível, especialmente quando se afirma a expropriação da experiência²⁴ a partir dos parâmetros observadores em uma epistemologia que se afirma hegemônica em detrimento de outros modos de pensar e saber para a concretização dos direitos fundamentais.

A chamada crise do judiciário empregada pela imprensa e por setores do próprio Poder Judiciário²⁵, com o fundamento na quantidade de processos judiciais decorrentes de uma Constituição analítica²⁶ e de um arcabouço legislativo detalhado; a necessidade de uma reforma do Poder Judiciário que “remodele” os princípios e valores estabelecidos pela Constituição da República brasileira de 1988 quanto à abertura conferida, enquanto direitos fundamentais do cidadão, o acesso ao judiciário e o fundamento de uma racionalidade normativa acabam por levar aos fundamentos mais autoritários na interpretação do direito a partir de uma tentativa de reduzir e esgotar a complexidade²⁷ da sociedade. A proposta da

²⁴ A expressão expropriação da experiência é utilizada por Giorgio Agamben, que iremos tratar mais detalhadamente no Capítulo II.

²⁵ É interessante notar, neste sentido, os procedimentos que vem sendo adotados pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão encarregado no controle externo do judiciário aonde tem sido afirmado, de forma constante a necessidade de reforma do judiciário a partir de limites do acesso ao mesmo. Medidas como unificação e padronização dos processos, informatização.

²⁶ Para Gilmar Mendes, “temos de fazer uma observação, que talvez deva preceder isso tudo e cause muito desconforto. Se olharmos o texto constitucional de 1988 – e situamos o debate num plano mais elevado –, verificaremos que é extremamente detalhado. De certa forma, explicita uma clara reação ao passado. Grupos se organizaram para fazer valer as próprias posições no âmbito do Congresso Nacional”. **Consolidação da Leis e o aperfeiçoamento da democracia. In**, p. 62

²⁷ Para Edgar Morin o desafio da complexidade é fazer-se compreender a partir de sua própria existência e, fundamentalmente, do ponto de vista epistemológico, cuja exceção deve ser considerada, na medida em que o problema fundamental da complexidade é que, não há nada simples na natureza, só há simplificado. A complexidade, segundo Morin só apareceu numa “linha marginal entre a *engineering* e a ciência, na cibernética e na teoria dos sistemas. Sendo o século 20 o da complexidade organizada - já que o século 19 foi a da complexidade desorganizada - há a necessidade de se superar alguns mal-entendidos fundamentais: “O primeiro mal entendido consiste em conceber a complexidade como receita, como resposta, em vez de considerá-la como desafio e como uma motivação para pensar. Acreditamos que a complexidade deve ser um substituto eficaz da simplificação mas que, como a simplificação, vai permitir programar e esclarecer. Ou, ao contrario, concebemos a complexidade como o inimigo da ordem e da clareza e, nessas condições, a complexidade aparece como uma procura viciosa da obscuridade. Ora, repito, o problema da complexidade é, antes de tudo, o esforço para conceber um incontornável desafio que o real lança a nossa mente. O segundo mal-entendido consiste em confundir a complexidade com a completude. Acontece que o problema da complexidade não é o da completude, mas o da incompletude do conhecimento. Num sentido, o pensamento complexo tenta dar conta daquilo que os tipos de pensamento mutilante se desfaz, excluindo o que eu chamo de simplificadores e por isso ele luta, não contra a incompletude, mas contra a mutilação. Por exemplo, se tentamos pensar no fato de que somos seres ao mesmo tempo físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais, é evidente que a complexidade é aquilo que tenta conceber a articulação, a identidade e a diferença de todos esses aspectos, enquanto o pensamento simplificante separa esses diferentes aspectos, ou unifica-os por uma redução mutilante. Portanto, nesse sentido, é evidente que a ambição da complexidade é prestar contas das articulações despedaçadas pelos cortes entre disciplinas, entre categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento”. In **Ciência com**

Consolidação das Leis, a partir da Lei Complementar nº 95 e posteriormente a Lei Complementar nº 107, e que tem como origem o fundamento da racionalidade legislativa, está sendo conduzida, a partir do mesmo princípio para o Poder Judiciário²⁸. A racionalidade legislativa tem como fundamento básico a redução interpretativa a critérios técnicos e abstratos retirando da norma o seu próprio conteúdo normativo ao desconsiderar os fatores sociais que permeiam um processo legislativo democrático e participativo²⁹. Gilmar Mendes propõe a consolidação das leis como uma forma de aperfeiçoamento da democracia. Para ele a racionalização da legislação ordinária vai conferir à sociedade a segurança jurídica e, conseqüentemente, a redução dos conflitos. Para Gilmar Mendes, é esse arcabouço jurídico que traz a incerteza de como deve agir a sociedade para o respeito a lei. Gilmar Mendes cita que a dúvida quanto a vigência de uma lei é “o fator responsável por uma significativa parcela do caos que avassala o próprio Poder Judiciário. Quantas controvérsias teríamos no Judiciário afetas a certo tema? Essa lei foi revogada, não foi revogada? O que está em vigor? No âmbito do Supremo Tribunal Federal, quantas questões estão relacionadas a perguntas sobre se determinada lei foi, ou não, recepcionada pela Constituição de 1988? Ou, em razão da multiplicação de emendas, se determinada emenda constitucional superou, ou não, todo um quadro legislativo?”³⁰.

Consciência. Edição revista e modificada pelo autor. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 176/177. Para Morin, a complexidade é a “aquisição irreversível da revolução hubbleana é não apenas de ter destruído irremediavelmente a ordem antiga, máquina perpétua, o *steady state* o cosmos trivial e achatado, mas sobretudo de precisar o princípio complexo de explicação. A idéia simples de ordem eterna não saberia ser substituída por uma outra idéia simples, a da desordem. A verdadeira mensagem que nos trouxe a desordem, em sua viagem da termodinâmica à microfísica e da microfísica ao cosmos, é de nos ordenar de partir em busca da complexidade. A evolução não pode mais ser a idéia simples: o progresso em ascensão. Ela deve ser ao mesmo tempo degradação e construção, dispersão e concentração. Será impossível, nós veremos, de isolar uma palavra-mestre, de hierarquizar uma noção inicial, uma primeira verdade. A explicação não pode mais ser um esquema racionalizador. A ordem, a desordem, a potencialidade organizadora, devem ser pensadas juntas, ao mesmo tempo, em seus caracteres antagônicos bem conhecidos e seus caracteres complementares bem desconhecidos. Esses termos se remetem um ao outro e formam uma espécie de circuito em movimento. Para concebê-lo, é preciso muito mais do que uma revolução teórica. Trata-se de uma revolução de princípio e método. A questão da cosmogênese é, portanto, ao mesmo tempo, a questão-chave da gênese do método”. **O Método I: a natureza da natureza.** Tradução: Ilana Heineber. Porto Alegre: Sulina, 2005. p.65.

²⁸ Gilmar Mendes propõe a racionalização das leis como medida de segurança jurídica e concentração do controle judicial das leis desde “Participo desse debate desde 1991 ou 1992, quando, ainda no Governo Collor, trabalhei na revogação de vários decretos e na edição de um que tratava da disciplina legislativa no âmbito do Poder Executivo [...]In e posteriormente quando ainda era Sub-Chefe da Casa Civil do Governo Fernando Henrique Cardoso, tendo levado esta posição mais fortemente quando assumiu a Presidência do Conselho Nacional de Justiça, para o mandato de 2008/2010, conforme entrevista concedida ao CONJUR em 04 de novembro de 2008. http://www.conjur.com.br/2008-nov-04/judiciario_auxiliar_pais_enfrentar_crise?. acesso em 20 de dezembro de 2010.

²⁹ Sobre o processo legislativo democrático ver: CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo.**

³⁰ MENDES, Gilmar. **Consolidação da Leis e o aperfeiçoamento da democracia.** In, p. 68.

Mas este modelo de consolidação é fator determinante para a garantia da segurança jurídica? Terá efeito de eliminar a complexidade da sociedade? O que está em discussão é: o que é segurança jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito. Será que podemos reduzir a segurança jurídica a um modelo de consolidação? Na realidade o modelo de consolidação irá gerar mais complexidade e maior insegurança jurídica. Afinal, em um processo de consolidação, quem decide se determinada lei foi ou não revogada frente a superveniência da constituição? O próprio legislativo, a partir de uma comissão de notáveis? Retomamos a questão técnica do processo constituinte frente a participação popular dos processos de decisão.

De fato, ao estabelecer e fortificar o modelo de consolidação das leis a consequência lógica será a de estabelecer um processo de centralização da interpretação legislativa. Afastase, assim, do processo de decisão, no caso de interpretação, a própria sociedade, fechando a interpretação constitucional ao mesmo tempo em que se afirma aberta.

A defesa da consolidação das leis passa por posições políticas que interferem diretamente no direito. Ao “consolidar uma lei” estará o legislativo estabelecendo novo marco regulatório. Ao assim proceder, estará fortalecendo, novamente, o próprio sistema judicial de controle das leis, a partir do modelo concentrado³¹. Ao fim e ao cabo podemos afirmar que a segurança jurídica estará na concentração da interpretação da lei no processo legislativo, quando da elaboração da norma e, quando em eventual conflito judicial, na concentração da interpretação da constitucionalidade das leis pelo controle concentrado de constitucionalidade.

Habermas afirma que somente as expressões lingüísticas que contêm conhecimento passível de críticas podem ser consideradas racionais. Assim, todas as questões que venham a envolver dogmas (do direito, religioso) cuja finalidade é a de impor autoritariamente posições e opiniões não podem ser consideradas racionais. A racionalidade, para Habermas, não tem como consequência a simples capacidade de apresentar justificativas³².

³¹ Na situação das leis pré-constitucionais, deixarão de ser anteriores e passarão a ter sua vigência na atual constituição. Afasta-se qualquer forma de controle de constitucionalidade superveniente na medida em que este “controle” já fora efetuado pela “comissão de notáveis técnicos” que interpretou o texto anterior e definiu, às portas fechadas, a sua vigência.

³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 246.

É exatamente nesta concepção jurídica de concentração dos processos de decisão, quer em sentido legislativo quer em sentido jurisdicional, que encontramos o fundamentalismo hermenêutico. Portanto, os argumentos expostos sobre a crise do judiciário nos remetem ao debate sobre o fundamentalismo em todos os meios de comunicação, entre os modernistas e pós-modernistas, entre os pesquisadores e, entre a comunidade jurídica.

Como mencionado inicialmente, a expressão fundamentalismo nos remete, de plano, a um ambiente de terror da pós-modernidade, ao 11 de setembro³³ e, logicamente ao fundamentalismo religioso (islamismo)³⁴, e econômico³⁵ (da era George W. Bush)³⁶, ou seja,

³³ “Desde 11 de setembro de 2001, a ameaça de ataques terroristas tornou-se um dos aspectos mais perturbadores da vida do século XXI. Para quem vive nas áreas mais prósperas do mundo, a tecnologia moderna tem, em muitos sentidos, tornado a vida mais fácil do que era antes com relação a moradia, transporte, saúde e comunicações, ou por intermédio de uma variedade de outros serviços. Porém existe cada vez mais a sensação de que esse mundo ultramoderno e altamente tecnológico está ameaçado – seja por razões ambientais, como mudanças climáticas, ou pelas comunidades humanas excluídas desse desenvolvimento rápido, que agora procuram destruir esses benefícios usando todos os meios de que dispõem. E, apesar da retórica dos governos ocidentais sobre os benefícios da nossa maneira de viver, em termos de liberdade, democracia e crescimento econômico, muita gente sente um forte desconforto relacionado ao futuro. Há a sensação de que não entendemos realmente o que está acontecendo, seja porque não nos disseram a verdade, seja porque as questões são realmente muito complexas para uma pessoa comum compreender”. Anne Willians e Vivian Head, in **Ataques Terroristas: a face oculta da vulnerabilidade**. Tradução: Débora da Silva Guimarães Isidoro. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

³⁴ O fundamentalismo islâmico foi acusado ser o autor do ataque de 11 de setembro tanto nas Torres Gêmeas, símbolo do capitalismo ocidental, como ao Pentágono. Com base nesta acusação iniciou-se a chamada guerra ao terror. A guerra ao terror, forjada pelo Governo de George W. Bush, utilizou na mesma intensidade o fundamentalismo, denominado econômico.

³⁵ Para Menelick de Carvalho Netto, “A atual ameaça aos direitos fundamentais por intermédio de leis de combate ao terror – a inglesa da década de oitenta e a norte-americana bem mais recente - é uma das questões centrais do debate constitucional de nossos dias. E a comparação dessas leis nas distintas tradições constitucionais dos dois países coloca a necessidade de refletirmos acerca da importância que a formalidade constitucional deve assumir ao lado e concomitantemente com a exigência de materialidade, de concretude, dos direitos constitucionais na vida cotidiana de todos nós. Ou seja, também aqui coloca-se mais uma vez a imperatividade de uma reabordagem teórica que supere o enfoque dicotômico simplista e antinômico típico da ótica moderna clássica – Constituição formal x Constituição material”. A *Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. In **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 145.

³⁶ “[...] o presidente George W. Bush fez um discurso que foi um ponto de transformação na história da democracia americana. Ele falou sobre os Estados começarem uma ‘guerra ao terror’ e descreveu um ‘eixo do mal’ que o país tentaria destruir. O uso desses termos abstratos, ‘terror’ e ‘mal’, foi altamente importante. Em primeiro lugar, ao falar sobre ‘terror’ de uma forma abstrata, em vez de apontar culpados por trás dos ataques de 11 de setembro (um pequeno grupo de militantes extremistas com apoio global limitado), ele deu a si mesmo carta branca para declarar guerra contra qualquer que os Estados Unidos pudessem considerar inimigo. Na prática, isso significou invadir o Afeganistão e mais tarde o Iraque – não como nações inimigas que houvesse praticado atos agressivos contra os Estados Unidos, mas como parte da nova ‘guerra ao terror’. Em segundo lugar, ao usar a palavra ‘mal’, ele deu a impressão de que não havia uma questão política em jogo ali: isso era, em essência, uma luta simples entre as forças do Bem (Estados Unidos) e as forças do Mal (Al-Qaeda/Talibã/Saddam Hussein/ qualquer grupo ativista antiamericano ou anticapitalista). Muitos concordaram com Bush sobre o fato de os preceitos do fundamentalismo islâmico e do regime de Saddam Hussein contrariarem alguns dos princípios mais básicos do Ocidente quanto ao respeito pelos direitos humanos. Eliminar as diferenças entre essas duas abordagens distintas no mundo árabe e ignorar o contexto político do conflito deu a suas palavras um tom simplista, ideológico, que muitos consideraram desonesto e perigoso. E, embora em termos domésticos a estratégia de Bush pareça ter funcionado, pelo menos para a reeleição, no plano global sua atitude causou danos não relatados. Porque, usando esses termos abstratos, ‘terror’ e ‘mal’, Bush deu a impressão de que a Al-Qaeda era uma organização islâmica de imenso poder de milhões de seguidores espalhados pelo mundo – uma situação que, de maneira irônica, sua ‘guerra ao terror’ ajudou a criar na medida

uma doutrina baseada em hábitos e um livro sagrado cuja prática terrorista contra o ocidente é resultado do fundamentalismo³⁷ típico da religião e da política³⁸.

É necessária uma reflexão a partir de uma teoria reconstrutiva para que possamos entender este fenômeno polêmico e, tentar, na medida dos esclarecimentos, resistir a certas concepções fundamentalistas embutidas no âmbito da teoria constitucional.

O fundamentalismo na educação foi cunhado pela primeira vez pelo educador Paulo Freire, comprometido com a vida, que pensa a existência da pedagogia na práxis humana como prática da liberdade. Formalizou esta expressão em um ambiente autoritário da época do regime militar, cuja pedagogia estava voltada exclusivamente, para as classes dominantes, na medida em que, estas sociedades, autoritárias³⁹, são governadas por interesses de grupos e classe em que direciona o Estado a não conferir um mecanismo eficaz para a superação do analfabetismo⁴⁰ com um ensino pedagógico digno em um ambiente de liberdade⁴¹.

Paulo Freire ao propor uma pedagogia do oprimido, o faz a partir de situações existenciais concretas, que poderiam levar, a partir da conscientização, a um fanatismo destrutivo. Para ele, é a “conscientização, que possibilita inserir-se no processo histórico, como sujeito”, evitando, conseqüentemente, os fanatismos, inscrevendo-o na busca de uma

em que cada vez mais mulçumanos em países como o Paquistão, por exemplo, foram alienados do Ocidente e seguiram o caminho do fundamentalismo islâmico. Assim, por engano ou determinação, a resposta de Bush aos ataques de 11 de setembro, sua ‘guerra ao terror’, teve como efeito o mergulho dos mundos árabe e ocidental em um conflito global cada vez mais profundo cujas batalhas agora acontecem na forma de ataques terroristas nas ruas de nossas cidades, não mais entre soldados no campo de batalha”. In Anne Willians e Vivian Head, in **Ataques Terroristas: a face oculta da vulnerabilidade**. Tradução: Débora da Silva Guimarães Isidoro. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

³⁷Diante dos fundamentalismos postos, indaga Leonardo Boff: “Inauguramos uma guerra de fundamentalismos?”. In **Fundamentalismo: A globalização e o Futuro da Humanidade**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

³⁸ ROCHA, Marisa Lopes da. **Fundamentalismo e Discussões Contemporâneas acerca da crise da razão: implicações com as práticas educacionais**.

³⁹ Hannah Arendt apresenta uma constante e profunda crise da autoridade na modernidade cuja conseqüência foi o nascer dos regimes totalitários do Século XX. Por esta razão é que para Arendt o conceito de autoridade na modernidade se altera uma vez que não há qualquer possibilidade de uma leitura do que foi, de forma natural, o conceito de autoridade na antiguidade. Na modernidade, autoridade e poder não se confundem posto que a “autoridade, em contraposição ao poder (potestas), tinha suas raízes no passado, mas esse passado não era menos presente na vida real da cidade que o poder e a força dos vivos” Em suma, para Arendt o exercício do poder há a necessidade de união entre as pessoas para que assumam uma decisão comum, uma vez que poder é potência, possibilitando a alternância do próprio poder. Isto quer dizer que, o poder somente existirá com a participação ativa e plural dos homens na esfera pública com a finalidade de deliberar sobre o futuro de seu povo. In **Entre o Passado e o Futuro**. trad: Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo. Editora perspectiva, 3ª Edição, 1992. Capítulo 3, p. 164.

⁴⁰ Utilizo a expressão analfabetismo no sentido do cidadão que não obtém a consciência de seus direitos e deveres frente a sociedade e não àquele que não sabe ler e escrever.

⁴¹ FREIRE. Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

afirmação⁴².

É a partir desse processo histórico, para que possamos adquirir a conscientização necessária para evitarmos o “fanatismo”, que devemos nos referir ao fundamentalismo não somente a partir dos conceitos da religiosidade, encontrados no mundo cristão, islâmico, ou judaico, vinculado a dogmatismos, retirando a sua existência – do fundamentalismo – do mundo ocidental em razão das idéias modernas e liberais⁴³.

Para a origem do fundamentalismo é importante citar o que diz Pierucci:

O termo [fundamentalismo] nasceu, sim, em contexto religioso. De fato, sua origem é cristã, não islâmica, e desde o início o nome foi usado para designar um momento cristão: o fundamentalismo protestante. Tanto a coisa quanto o nome ‘fundamentalismo’ surgiram e se firmaram nas primeiras décadas do século passado, nos Estados Unidos: 1910, 1914, 1919, 1920, 1925 são datas marcantes da primeira onda fundamentalista. Como figura histórica original, o fundamentalismo é cristão, ocidental e protestante. Mais especificamente, filho do protestantismo conservador do sul do Estados Unidos, o estado do Tennessee é seu ícone geográfico. Designação fortemente pejorativa, hoje em dia, é curioso como a palavra inglesa *fundamentalism* foi, de início, um nome orgulhosamente auto-aplicado por seus próprios portadores para se distinguir dos protestantes ‘liberais’, deturpadores da ‘verdadeira’ fé cristã da bíblia⁴⁴.

Se a origem do fundamentalismo se dá a partir da religiosidade⁴⁵, devemos entendê-lo dentro de seu contexto de desenvolvimento, qual seja: a religiosidade e modernidade. Para Zygmunt Bauman o fundamentalismo é um fenômeno

⁴² FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

⁴³ Marisa Lopes da Rocha ressalta que esta postura, de impor apenas à religiosidade – islâmica - a existência do fundamentalismo, que “separam Oriente Médio e Ocidente nos modos de gestão do Estado e no funcionamento institucional em extremos opostos incompatíveis. ROCHA, Marisa Lopes da. **Fundamentalismo e Discussões Contemporâneas acerca da crise da razão: implicações com as práticas educacionais**. In GALLO, Silvio et ali VEIGA-NETO, Alfredo (orgs). **Fundamentalismo & Educação: A Vila**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.p. 204.

⁴⁴ PIERUCCI, A.F. Criacionismo é fundamentalismo. O que é fundamentalismo? <http://www.comciencia.br/>. Acesso em 20 de dezembro de 2010.

⁴⁵ Karen Armstrong cita uma passagem da campanha fundamentalista quando esta assume um caráter de batalha de um dos oradores fundamentalistas, Willian Bell Riley quando diz: ‘Creio que chegou o momento em que as forças evangelizadoras deste país, basicamente os institutos bíblicos, devem não só se levantar para defender a fé, mas compor uma frente unida e ofensiva’. Curtis Lee Laws definiu fundamentalista com alguém que está disposto a recuperar territórios perdidos para o Anticristo e a lutar por fundamentos da fé. In **Em nome de Deus: o fundamentalismo no judaísmo no cristianismo e no islamismo**. Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 241.

inteiramente contemporâneo e pós-moderno, que adota totalmente as ‘reformas racionalizadoras’ e os desenvolvimentos tecnológicos da modernidade, tentando não tanto ‘fazer recuar’ os desvios modernos quanto ‘os ter e devorar ao mesmo tempo’ – tornar possível um pleno aproveitamento das atrações modernas, sem pagar o preço que elas exigem. O preço em questão é a agonia do indivíduo condenado à auto-suficiência, à autoconfiança e à vida de uma escolha nunca plenamente fidedigna e satisfatória⁴⁶.

Anthony Giddens afirma que o fundamentalismo “surgiu em resposta às influências globalizantes que vemos por todos os fatos à nossa volta”⁴⁷. Os fundamentalistas, prossegue ele, “reclamam um retorno aos textos que as doutrinas derivadas de tal leitura seja aplicada à vida social, econômica e política”⁴⁸. E completa para afirmar que o fundamentalismo “confere nova vitalidade e importância aos guardiães da tradição”⁴⁹.

Se o fundamentalismo é, como afirmam Bauman e Giddens, um fenômeno pós-moderno, da globalização, certo é que há fundamentalismos e não tão somente fundamentalismo, ou seja, há o fundamentalismo religioso, econômico e político⁵⁰. A partir deste fenômeno, afirmamos a existência do fundamentalismo hermenêutico.

A concepção do direito moderno nos apresenta, como uma definição positivista da norma, forma de solução de conflitos, através de textos de caráter geral e abstrato, igualando todas as situações de fato em uma mesma situação jurídica, ou seja, restringe a relação entre o direito e a realidade a partir de preconceitos estabelecidos para a elaboração da norma.

⁴⁶ BAUMAN, Zigmund. **O Mal Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Revisão: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1998. p. 226.

⁴⁷ GIDDENS, Anthony. **O Mundo em Descontrole**. Tradução: Maria Luiza X. De A. Borges. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 58.

⁴⁸ GIDDENS, Anthony. **O Mundo em Descontrole**. P. 58.

⁴⁹ GIDDENS, Anthony. **O Mundo em Descontrole**. P. 58.

⁵⁰ Para Habermas, o “liberalismo político (defendido por mil na forma específica do republicanismo de Kant) entende-se como uma justificativa não religiosa e pós-metafísica dos fundamentos normativos do Estado constitucional democrático. Essa teoria enquadra-se na tradição de um direito racional que dispensa as fortes presunções de ordem cosmológica ou de história da salvação em que se baseiam as doutrinas clássicas e religiosas do direito natural. A história da teologia cristã da Idade Média, em especial a escolástica espanhola tardia, faz parte naturalmente da genealogia dos direitos humanos. Mas as bases legitimadoras de um poder ideologicamente neutro do Estado provêm, em última análise, das fontes profanas da filosofia dos séculos XVII e XVIII. A teologia e a Igreja conseguiram resolver os desafios espirituais do Estado Constitucional revolucionário só bem mais tarde. Do lado católico, que costuma ter uma relação serena com o *lumen naturale*, não me parece existir em princípio nenhuma objeção contra uma fundamentação autônoma (independentemente das verdades reveladas) da moral e do direito”. HABERMAS, Jürgen, RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização: sobre a razão religiosa**. Organização e prefácio de Florian Schuller. Tradução: Alfred J. Keller. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2007, p. 27/28.

Portanto, a formação normativa se limita a conferir a sua validade ao saber técnico relativo à melhor organização e redação das leis. Não por acaso que Kelsen afirma que a ausência do cumprimento de regras estabelecidas para a sua formação não detém validade jurídica⁵¹. A partir deste conceito de norma, buscou-se o reconhecimento de que a positividade da norma encontrava seu conteúdo de validade através de uma linguagem destituída de juízos de valor.

O positivismo jurídico formou um código de conduta do cidadão entre o certo e o errado e o justo e o injusto de acordo com o respeito ou o desrespeito à lei. Nesta linha de conduta, transforma-se a norma e o fato em pressupostos estabelecidos por preconceitos que envolvem a tradição⁵².

A partir destes pressupostos estabeleceu-se a conduta normativa através de uma racionalidade aonde limita-se a observar os procedimentos reduzindo o conteúdo normativo em mero apêndice interpretativo.

De fato, encontramos grandes resistências para alterações necessárias na mudança de paradigmas⁵³. Não há qualquer dúvida no sentido da importância que Kelsen tem para o direito. No paradigma em que ele viveu, sua teoria pura objetivamente refletia toda e qualquer forma de ver e interpretar o direito. Na modernidade, diante de sua indeterminação estrutural só se conhece o direito mediante textos. Conseqüentemente a possibilidade de manipulação abusiva na aplicação deve ser levantada e jamais ignorada. A criação de uma linguagem

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luis Carlos Borges. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fonte, 2005. p. 133.

⁵² Podemos traduzir em Kelsen este procedimento quando afirma: “Quando uma norma estatui uma determinada conduta como devida (no sentido de ‘prescrita’), a conduta real (fáctica) pode corresponder à norma ou contrariá-la. Corresponde à norma quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contraria a norma quando não é tal como, de acordo com a norma, deveria ser, porque é contrário de uma conduta que corresponde à norma. O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objectivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é ‘boa’. O Juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo. Significa que a conduta real é ‘má’. Uma norma objectivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo. A norma considerada como objectivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Coimbra Editora. 6ª Edição. Tradução João Baptista Machado. 1984, p. 37/38.

⁵³ Sobre os paradigmas no direito, Menelick de Carvalho Netto aponta a existência de quatro marcos teóricos distintos: O primeiro seria o pré-moderno que engloba a antiguidade e a Idade Média, no qual o Direito era tratado como um conjunto normativo, indiferenciado de religião, moral, tradição e costumes, transcendentalmente justificados, que consagrava os privilégios de cada uma das castas e suas facções. Sob tal paradigma, o juiz tinha a função de realizar a justiça, aplicando as normas concretas e individuais casuisticamente, pela ausência de normas gerais e abstratas válidas para todos. Por sua vez, o paradigma da modernidade se divide em três grandes paradigmas constitucionais: o do Estado de Direito, o do Estado de Bem-Estar Social e o do Estado Democrático de Direito. In CARVALHO NETTO. Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

destituída de conteúdos valorativos para fundamentar a possibilidade de se obter do próprio texto um quadro de leituras e sentido possíveis na sua aplicação é o marco do direito positivo.

O positivismo jurídico, em sua tradição clássica, trouxe consigo a concepção de regulação para o futuro através de normas gerais e abstratas para estabelecer os limites das liberdades individuais quer na suas relações privadas, quer nas públicas. A tentativa de trazer ao direito uma racionalidade normativa tem gerado a sua própria anomia, ou seja, o não direito.

A proposta de Kelsen de uma Jurisdição constitucional⁵⁴ concentrada limita a participação da sociedade na interpretação da norma, estabelecendo fortemente um sistema elitista de interpretação fechando o texto para um sistema de casta, a partir do fundamentalismo hermenêutico.

A concentração do controle de constitucionalidade das leis, proposto por Kelsen, traz em seu bojo a ausência de fundamentação permitindo, na realidade, apenas o fundamento de autoridade, fundamentalismo hermenêutico, posto que limita-se a estabelecer vigência e validade normativa deslocando-se da realidade, impedindo, ao fim e ao cabo a sua concretização. O direito intertemporal não pode ficar restrito apenas e tão somente a questões de legitimidade e validade normativa a partir do momento de sua elaboração. Incompatível, portanto, com a própria definição estabelecida pelo artigo 5º, § 2º da CRB/88⁵⁵ que afastou do nosso ordenamento jurídico a possibilidade de um fundamentalismo hermenêutico, exigindo a abertura da fundamentação voltada para a efetividade dos direitos constitucionais. Na realidade, da mesma forma que o processo constituinte rompeu com todo o sistema fechado de elaboração da constituição em um processo originário, permitindo a participação ativa da sociedade, não pode permitir, que a Jurisdição Constitucional se restrinja ao controle concentrado de constitucionalidade das leis, reduzindo, a interpretação constitucional, apenas e tão somente a alguns “iluminados”.

⁵⁴ A expressão Jurisdição Constitucional nasce a partir das propostas de Controle concentrado de constitucionalidade da Áustria e Alemanha. Estabelece uma divisão entre jurisdição constitucional e jurisdição infra-constitucional. O primeiro para o controle de constitucionalidade das leis e o segundo para o controle de legalidade. Esta divisão no Brasil não se aplica haja vista o sistema de controle misto de constitucionalidade (difuso e concentrado). Esta questão será mais detidamente comentada no segundo capítulo abaixo. Neste momento, é importante apontar que ao me referir à Jurisdição Constitucional estou a tratar dos dois modelos de jurisdição constitucional brasileira, o difuso e concentrado.

⁵⁵ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] **§ 2º** Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A jurisdição constitucional brasileira, tradicionalmente difusa, prevendo a existência de ações constitucionais, visa a dar solução imediata quando ocorrer a violação aos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, a concretização da constituição ocorre a partir da aproximação do direito a realidade, ou seja, a norma não se limita ao texto. O texto somente é norma quando aplicada ao caso concreto. É nesse contexto que Müller nos ensina que a “norma jurídica não é apenas um dado orientador apriorístico no quadro da teoria da aplicação do direito, mas adquire sua estrutura em meio ao processamento analítico de experiências concretas no quadro de uma teoria da geração do direito”⁵⁶.

A norma, portanto, é o ponto de partida para a concretização do direito, e não o seu ponto final, na medida em que se parte de um processo dinâmico e não estático da norma.

A partir de uma racionalidade normativa para a busca da solução de uma chamada crise do judiciário⁵⁷, iniciou-se uma tentativa profunda de concentração das decisões⁵⁸.

De fato, a partir da promulgação da Constituição de 1988 houve a ampliação aos poderes do controle concentrado de constitucionalidades das leis pelo Supremo Tribunal Federal. Esta tentativa, de reforçar o controle concentrado, se deu a partir de concepções do direito germânico, para a defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. O fundamento principal, como mencionado, é a crença de que a concentração da decisão trará maior racionalidade nas decisões, sob a premissa de que o papel do Supremo Tribunal Federal é a de garantir maior racionalidade na solução dos conflitos⁵⁹.

O fortalecimento do controle concentrado no Brasil ganhou mais força a partir da introdução, em nosso sistema de controle de constitucionalidade das leis, da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pela Emenda Constitucional nº 3/93, cujo objetivo foi o de garantir mais concentração do controle de constitucionalidade e conferir à decisão do Supremo Tribunal Federal, efeito vinculante para obrigar as demais jurisdições o acompanhamento das decisões⁶⁰.

⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

⁵⁷ A crise do judiciário se dá a partir do acúmulo de processos em tramitação em todas as esferas do Poder Judiciário e o tempo para o termino dos conflitos jurisdicionais individuais e coletivos.

⁵⁸ O fundamento para a concentração das decisões parte do pressuposto de que o acesso à justiça constitucionalmente prevista na Constituição de 1988 limita-se ao recebimento, por parte do Poder Judiciário, de processos e, a entrega da prestação jurisdição se limita à sentença proferida. Por estes fundamentos, a concentração da decisão faz com que milhares e milhares de “processos iguais”, para utilizar a expressão do Ministro Gilmar Mendes, tenham resultado mais célere.

⁵⁹ MENDES, Gilmar. “Entrevista – Gilmar Mendes”. **Correio Braziliense**, Brasília-DF, 17.08.08.

⁶⁰ A Emenda Constitucional nº 3/93 teve como fundamento: “p.14”. A EC nº 3/93, foi objeto de arguição de inconstitucionalidade incidental quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1. Em Questão de Ordem levantada pelo Ministro Relator Moreira Alves, foi afastada a inconstitucionalidade. O

A partir do final da década de 90, esta concentração da jurisdição constitucional brasileira passou a ficar mais forte com a promulgação da Lei 9.882/99, regulando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que, inclusive, veio a alterar a própria jurisprudência do STF quanto ao controle de constitucionalidade das leis anteriores à Constituição da República de 1988, normas pré-constitucionais⁶¹. Com a mesma intenção, a Lei 9868/99 veio a regulamentar a tramitação do processo constitucional, permitindo, inclusive, a modulação dos efeitos da decisão proferida⁶². No ano de 2004, a Emenda Constitucional nº 45 introduziu a Súmula Vinculante⁶³ e o sistema de repercussão geral aos recursos extraordinários⁶⁴.

fundamento da inconstitucionalidade foi a de que com a instituição de uma nova modalidade de controle concentrado de constitucionalidade de leis e ato normativo federal. Arguiu-se que a EC nº 3/93 estaria a violar os dispositivos constantes na Constituição originária que manteve, como regra, o controle difuso de constitucionalidade haja vista que violaria as cláusulas pétreas, artigo 60, § 4º, incisos III e IV da Constituição originária. Afirmou-se a adoção deste novo mecanismo estaria a abolir as garantias constitucionais do acesso ao judiciário, do devido processo legal, do contraditório e do amplo direito de defesa, bem como o princípio da separação dos poderes. Afastada a inconstitucionalidade, o Ministro Relator Moreira Alves afirmou que: “Não obstante a expansão dada ao controle de concentrado de constitucionalidade pela constituição de 1988, que se destina a, de modo direto e rápido, defender a Carta Magna declarando a nulidade dos atos normativos a ela infringentes, ou a assegurar a segurança jurídica declarando a constitucionalidade dos atos normativos impugnados [...] Ora, se a própria Constituição Federal admitiu a convivência do controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos com o controle concentrado deles, não há que pretender que a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, com a instituição do novo instrumento que visa a aperfeiçoar esse controle concentrado, haja, praticamente, destruído o controle difuso”. Seguindo este voto, o Ministro Sepúlveda Pertence afirma: “[...] Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo na legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da justiça, pela sua total capacidade de responder à demanda de centena de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito”.

⁶¹ Neste sentido são as decisões na ADIn nº 02 – DF – Distrito Federal, pub. 21.11.1997, PP. 60585, Ement. Vol. 01892-01, PP. 00001. Relator Ministro Paulo Brossard. A tentativa foi a de abstrativização do controle de constitucionalidade difuso das leis pré-constitucionais. Foi a maneira, na época, encontrada pelos adeptos à teoria da concentração dos julgamentos de subverter a jurisprudência da Corte.

⁶² **Art. 27.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁶³ **Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁶⁴ § 3º, no art. 102 - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. A lei nº 11.418/2006 foi editada

A jurisdição constitucional brasileira, passa, assim, a conferir maior importância ao controle concentrado de constitucionalidade das leis a partir da racionalidade-jurídica de um fundamentalismo hermenêutico⁶⁵.

O racionalismo jurídico com a concentração da jurisdição constitucional passou a estabelecer a disparidade entre os processos de justificação e de aplicação da norma. O Supremo Tribunal Federal, a partir de uma racionalidade normativa cada vez mais vem julgando, de forma concentrada, a partir dos modelos de justificação, jurisprudência de valores. Os processos de otimização buscam a obtenção de validade da norma tão somente pelo processo de sua elaboração, limitando-se a praticar a subsunção da norma aos fatos⁶⁶. O afastamento do direito da realidade acaba por retirar qualquer possibilidade de aplicação de uma hermenêutica constitucionalmente adequada.

O exercício pleno da autonomia privada como corolário do exercício democrático depende de fatores materiais (preservação da dignidade humana, cidadania e garantia dos

para regulamentar o referido dispositivo constitucional, criando o requisito de admissibilidade para os recursos, acrescentando ao Código de Processo Civil o artigo 543-A: O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. O Supremo Tribunal Federal, através da Emenda Regimental no 21/2007, regulamentou o processamento do recurso: **Art. 323.** Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o Relator submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. § 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral. § 2º Mediante decisão irrecurável, poderá o Relator admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral. **Art. 324.** Recebida a manifestação do Relator, os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. **Parágrafo único.** Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

⁶⁵ Para Gilmar Mendes, “a partir de 1988, todavia, somente faz sentido cogitar-se de um sistema misto se se tiver consciência de que a base desse sistema respalda-se no modelo concentrado”. **O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.** In **Tratado de Direito Constitucional 1.** Ives Gandra da Silva Martins [et Eli] São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 322.

⁶⁶ A prática de efetuar a subsunção das normas aos fatos, levou à jurisprudência dos Tribunais Superiores, quando se tratar de recurso de natureza extraordinária, a negar a análise do fato concreto ou mesmo em proceder a um novo conteúdo valorativo às provas realizadas. No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho há a Súmula nº 126 - Incabível o recurso de revista ou de embargos (CLT, artigos 896 e 894, b) para reexame de fatos e provas. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça há a Súmula nº 7 – A pretensão de simples reexame de prova não enseja o recurso especial. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, há a Súmula nº Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

direitos fundamentais individuais e institucionais) sem as quais não haverá a possibilidade da inclusão social. Enfim, é a interpretação constitucional, aberta, que possibilitará, em uma sociedade complexa, a tomada de decisões por meio de análise de fatos concretos, conferindo ao texto, a adequada interpretação a partir do contexto em que se é analisada. O atual sistema de interpretação tem gerado o paradoxo da jurisdição constitucional impondo uma tensão, entre o público e o privado, a partir de leituras inadequadas dos textos constitucionais e legais e o novo paradigma consubstanciado e suposto pela Constituição da República de 1988: o Estado Democrático de Direito.

A jurisdição constitucional apresenta-se como o intérprete oficial das normas de direitos fundamentais, guardando para si a responsabilidade de concretizá-las no seio da sociedade. Porém, não se pode perder de vista ser a constituição uma comunidade de princípios e como tal aberta. Sua interpretação não deve ser de exclusividade da jurisdição constitucional, tendo em vista o seu papel no Estado e para a sociedade, impondo, a responsabilidade de sua interpretação a toda a sociedade, já que esta é que a vive e a realiza, sendo, portanto, seu legítimo intérprete⁶⁷.

O que se coloca em debate é se o constitucionalismo contemporâneo permite, a partir dos supostos estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, uma racionalidade normativa em que exclua definitivamente, como o fazia o positivismo jurídico, a participação da sociedade em seu processo de elaboração e aplicação do direito. Esta forma de pensar reduz a um racionalismo de que a interpretação e a linguagem possam ser controladas mediante normas gerais e abstratas, ou seja, saber técnico que decorre para a melhor organização e redação de leis se sobrepõem às vontades públicas em uma sociedade complexa e hermeneuticamente aberta.

Menelick de Carvalho Netto, ao se referir ao controle difuso de constitucionalidade afirma ser ele de uma

tradição muitíssimo mais antiga e também melhor em termos de experiência e de vivência constitucional do que a alemã, extremamente mais sofisticada e muito mais efetiva como garantia da idéia de liberdade e de igualdade concretas⁶⁸.

⁶⁷ Neste sentido podemos verificar o esforço com que Peter Häberle propõe a interpretação aberta dos intérpretes a partir de um processo de participação junto à Corte Constitucional da Alemanha.

⁶⁸ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (ed.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 163

Para Marcelo Cattoni o controle difuso de constitucionalidade das leis, ao

possibilitar a garantia dos direitos fundamentais, reafirma as condições do exercício das autonomias pública e privada pelos cidadãos, e nesse sentido o controle judicial de constitucionalidade por via incidental também pode ser reconstruído tendo-se por referência a dinâmica do processo de fundamentação democrática de direito⁶⁹.

A racionalidade jurídica normativa não pode ser fundamento para a imposição de decisões maniqueístas do tudo ou nada, estabelecendo um processo de “escolha” da jurisdição constitucional a partir da privatização dos espaços públicos estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

Não se está a defender a retirada do controle concentrado de constitucionalidade das leis⁷⁰. Pelo contrário. Em certa medida, poderá ser um mecanismo de efetivação de direito; isso é realidade. Não se pode pensar o controle concentrado como o único e mais democrático mecanismo de interpretação da constituição e mecanismo de solução de conflito, se apegando, ainda e insistentemente, nas soluções abstratas iluministas. Contudo, é necessário reconstruir o projeto democrático frente à democracia radical, que exige a renúncia do universalismo abstrato do iluminismo quanto à indiferenciação da natureza humana.

Chantal Mouffe reforça esta tese ao afirmar que

Embora o surgimento das primeiras teorias da democracia moderna e do indivíduo como titular dos direitos fosse possibilitado por esses mesmos conceitos, eles tornaram-se hoje o principal obstáculo à futura expansão da revolução democrática. Os novos direitos que hoje são reclamados são expressão de diferenças cuja importância só agora começa a ser afirmada e deixaram de ser direitos que possam ser universalizados. A democracia radical exige que reconheçamos a diferença – o particular, o múltiplo, o heterogêneo -, tudo o que, na realidade, tenha sido excluído pelo conceito abstracto de homem. O universalismo não é rejeitado, mas

⁶⁹ CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 172.

⁷⁰ Se assim fizesse estaria eu próprio me convertendo ao fundamentalismo hermenêutico.

particularizado; o que é necessário é um novo tipo de articulação entre o universal e o particular⁷¹.

É a partir deste conceito, de democracia radical, para usarmos as palavras de Mouffe, qual seja, a reconstrução do universal e o particular, conferindo aos mesmos a complementaridade necessária para a efetivação dos direitos fundamentais, que os países europeus, cuja tradição é o controle concentrado de constitucionalidades das leis, tem revisitado suas concepções universais e admitindo, para os Tratados da União Européia, o controle de convencionalidade, ou seja, a análise da compatibilidade vertical entre os Tratados e as Constituições a partir do controle de prejudicialidade de constitucionalidade⁷².

Seguindo a busca por uma maior interpretação democrática a partir do próprio conceito de Bloco de constitucionalidade⁷³, através de reforma constitucional, a França insere em seu texto um novo sistema de controle de constitucionalidade⁷⁴, chamado de controle de prejudicialidade de constitucionalidade, conferindo maior ênfase ao controle difuso para o controle judicial das leis⁷⁵.

Retornemos, agora, à contradição em termos quando afirmamos a existência do fundamentalismo hermenêutico.

De fato, fundamentalismo hermenêutico é uma contradição em termos. Isto porque o fundamentalismo, como acima demonstrado, tem a concepção fechada de posições, interpretações, fundamentos de autoridade com posições absolutas que não reconhecem no

⁷¹ MOUFFE, Chantal. **O regresso do Político**. Tradução: Ana Cecília Simões. Revisão científica: Joaquim Coelho Rosa. Gradiva Publicações: Lisboa, 1996, p. 27.

⁷² Neste sentido: RIDEAU, Joel. **Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : les orphelins de la pyramide**. In Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger, n.3, p.602-630, mai/juin, 2009.

⁷³ Sobre o conceito de Bloco de Constitucionalidade iniciado na França ver: LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor Constitucional para a Efetividade dos Direitos Sociais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

⁷⁴ É importante ressaltar a tradição francesa do controle preventivo de constitucionalidade. Neste sentido ver FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora. 2004.

⁷⁵ O **artigo 61-1** da Constituição da França tem a seguinte redação: Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Em tradução livre: Quando, no decorrer do processo, uma das partes afirma que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades assegurados pela Constituição, o Conselho Constitucional poderá receber esta questão que será encaminhada pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação que se pronunciará dentro de um prazo determinado. Neste sentido: ROUSSEAU, Dominique. **La question préjudicielle de constitutionnalité: un big bang juridictionnel ?** In Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger, n.3, p.631-644, mai/juin, 2009.

outro a possibilidade de uma religação de posições⁷⁶. Por outro lado, a hermenêutica, em especial a hermenêutica filosófica, tem como característica principal a abertura da interpretação, a possibilidade da troca de existência e a possibilidade principal de coexistência. Mas, o que é interpretação? Como indaga Menelick de Carvalho Netto, interpretamos apenas textos? Menelick de Carvalho Netto, para responder a esta indagação, recorre a Hans Georg Gadamer e à denominada *virada hermenêutica* que empreendeu. Gadamer vincula-se à tradição teórica da hermenêutica filosófica, uma corrente de pensamento na história da filosofia que se dedica ao estudo do estatuto das denominadas ciências do espírito, das ciências humanas e sociais⁷⁷. Para Menelick de Carvalho Netto, no Estado Democrático de Direito e o seu direito participativo, pluralista e aberto, a atividade hermenêutica e interpretativa do Juiz altera significativamente a visão até então obtida desta atividade para exigir, enquanto postura do Juiz, a interpretação não restrita aos textos jurídicos “dos quais hauriria a norma, mas inclusive diante do caso concreto, dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade, integram necessariamente o processo de densificação normativa ou aplicação do direito”⁷⁸.

Como então afirmar a existência de um fundamentalismo hermenêutico? A resposta está exatamente no fundamento exposto por Paulo Freire ao afirmar a existência, no fundamentalismo, de posições sectárias. Para ele sectária é a posição adotada de forma fechada, irracional, que afasta o diálogo, transformando a realidade em uma falsa realidade que não pode ser mudada. É, por sua vez, um obstáculo à emancipação humana. Pretende domesticar o presente para que o futuro repita o presente domesticado⁷⁹. É uma forma de interpretar e viver a doutrina. É não considerar as mutações da sociedade, interpretando a

⁷⁶ O desprezo ao outro no fundamentalismo, para Zigmunt Bauman, se deu, na pós-modernidade pelo “fascínio do fundamentalismo provém de sua promessa de emancipar os convertidos das agonias das escolhas. Aí a pessoa encontra, finalmente, a autoridade indubitavelmente *suprema*, uma autoridade para acabar com todas as outras autoridades. A pessoa sabe para onde olhar quando as decisões da vida devem ser tomadas, nas questões grandes e pequenas, e sabe que, olhando para ali, ela faz a coisa certa, sendo evitado, desse modo, o pavor de correr risco. O fundamentalismo é um remédio radical contra esse veneno da sociedade de consumo conduzida pelo mercado e pós-moderna – a liberdade contaminada pelo risco (um remédio que cura a infecção amputando o órgão infeccionado – abolindo a liberdade como tal, na medida em que não há nenhuma liberdade livre de riscos). O fundamentalismo promete desenvolver todos os infinitos poderes do grupo que – quando plenamente disposto – compensaria a incurável insuficiência de seus membros individuais, e justificaria, dessa maneira, a indiscutível subordinação das escolhas individuais a normas proclamadas em nome do grupo”. In **O Mal Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Revisão: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1998. p. 228.

⁷⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. CATTONI, Marcelo (Org.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

⁷⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. CATTONI, Marcelo (Org.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

⁷⁹ FREIRE. Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 27.

realidade para manter a sua verdade essencial, absoluta, não tolerando outra verdade⁸⁰.

Habermas, ao tratar do fundamentalismo, afirma que utiliza o termo como “predicado para caracterizar uma posição mental peculiar, uma atitude teimosa que insiste na imposição política de suas próprias convicções e razões, mesmo quando elas estão longe de serem racionalmente aceitáveis”⁸¹.

Ao brevemente historiarmos o fundamentalismo, com os seus efeitos na política colocados em práticas no mundo moderno, podemos constatar as características que se apresentam quando se afirma, para o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, que o único caminho, democrático e racional para a segurança jurídica é a sua concentração. Nesta perspectiva, o desprezo da experiência brasileira do controle difuso de constitucionalidade afirma o sistema fechado da interpretação que se quer conferir ao texto, excluindo a pluralidade política os valores e tradições⁸², naturalizando princípios constitucionais como verdades. Portanto, é a partir deste debate dos parâmetros entre o controle concentrado e o difuso, para a afirmação dos direitos fundamentais, que a proposta de concentração em uma única instância, Supremo Tribunal Federal, fundamentaliza o poder de interpretação de normas. Este controle, concentrado, impede que o debate hermenêutico seja instalado, ou seja, que outras interpretações possam ser consideradas a partir do caso concreto, negando a existência de situações específicas da realidade, afastando o direito da realidade concreta⁸³.

⁸⁰ BOFF, Leonardo. **Fundamentalismo: A globalização e o Futuro da Humanidade**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 25.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida/Giovanna Borradori**. Tradução: Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2004, p. 43.

⁸² Utilizo o termo ‘tradição’ na perspectiva da ‘invenção’ definida por Eric Hobsbawm e Terence Ranger quando afirmam que “muitas vezes, ‘tradições’ que parecem ou são consideradas antigas são bastante recentes, quando não são inventadas. [...] O termo ‘tradição inventada’ é utilizado num sentido amplo, mas nunca indefinido. Inclui tanto as ‘tradições’ realmente inventadas, construídas e formalmente institucionalizadas, quanto as que surgiram de maneira mais difícil de localizar num período limitado e determinado de tempo – às vezes coisa de poucos anos apenas – e se estabeleceram com enorme rapidez. [...] Por ‘tradição inventada’ entende-se um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácita ou abertamente aceitas; tais práticas, de natureza ritual ou simbólica, visam inculcar certos valores e normas de comportamento através da repetição, o que implica, automaticamente um continuidade em relação ao passado. Aliás, sempre que possível, tenta-se estabelecer continuidade com um passado histórico apropriado”. In **A invenção das tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 9.

⁸³ Mesmo com a admissão do *Amicus Curiae* pela Lei 9868/99 não garante que a decisão a ser proferida seja analisada a partir do caso concreto. Pelo contrário. O limite desta participação a partir da pertinência temática possibilita tão somente a análise a partir de uma situação hermenêutica. Casos concretos somente podem ser analisados a partir de casos concretos. Situação hermenêutica, ao contrário, são situações em que se abstrativisa o concreto para julgar hermeneuticamente. Em dissertação de mestrado Aline Lisboa Naves Guimarães aponta para a dificuldade de ser ouvido no momento dos julgamentos do STF como *Amicus Curiae*. Afirma que “a despeito de os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal exaltarem a sua aproximação da sociedade, há uma dificuldade em se desvencilhar do modelo restritivo anterior, de modo que o Tribunal busca referências e aplica concepções advindas de outros contextos para sustentar interpretações que excluem as entidades da sociedade civil. Essas leituras afastam parcelas da sociedade dos debates constitucionais travados no STF,

A proposta de concentração do controle de constitucionalidade das leis nos leva à indagação da possibilidade de aplicação de teoria universalistas à ordem normativa. Este debate, do universalismo dos direitos humanos, nos remete a um questionamento que se vincula ao fundamentalismo hermenêutico, qual seja, o fundamento do direito. Há fundamento do direito? As pretensões relativistas do direito retiram do próprio direito o fundamento necessário para a sua aplicação. A relativização do direito reforça o próprio fundamentalismo hermenêutico impondo ao processo de decisão a retomada do positivismo jurídico em que confere, ao Juiz, o ato de vontade da decisão e portanto, sectárias⁸⁴.

Habermas, ao falar sobre o universalismo a partir da perspectiva da ‘tolerância’, afasta o sentido pejorativo e paternalista que de forma costumeira é empregado a este termo. Diz ele que:

A tolerância tem sido praticada há séculos com espírito paternalista. A declaração unilateral de que um monarca soberano ou a cultura da maioria estão dispostos, por seu próprio arbítrio, a ‘tolerar’ as práticas divergentes da minoria paternalista. Nesse contexto, o ato de tolerância detém um elemento de um ato de misericórdia, ou de um ‘favor’. Um partido permite a outro certa quantidade de desvio da ‘normalidade’ sob uma condição: que a minoria tolerada não pise além do ‘limiar de tolerância’. Houve críticas, e justificadas, contra essa ‘concepção permissiva’ autoritária, pois é óbvio que o limite de tolerância, que separa o que é ainda ‘aceitável’ do que não é, será estabelecido arbitrariamente pela autoridade existente. E surge assim a impressão de que a tolerância – uma vez que só pode ser praticada dentro de um fronteira além da qual ela cessaria – possui em si um cerne de tolerância.[...]

Hoje, por exemplo, encontramos esse paradoxo no conceito de

restringindo a mudança prevista pela Constituição de 1988”. In **Participação social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado defendida na UnB. In mimeo.

⁸⁴ Para Paulo Freire, ao contrario do sectarismo, o radicalização é sempre criadora pela criticidade que a alimenta [...] por isto libertadora. Libertadora porque, implicando o enraizamento que os homens fazem na opção que fizerem, os engaja cada vez mais no esforço de transformação da realidade concreta, objetiva.[...] Precisamente porque inscrito, como radical, num processo de libertação, não pode ficar passivo diante da violência do dominador. Por outro lado, jamais será o radical um subjetivista. É que, para ele, o aspecto subjetivo toma corpo numa unidade dialética com a dimensão objetiva da própria idéia, isto é, com os conteúdos concretos da realidade sobre a qual exerce o ato cognoscente. Subjetividade e objetividade, desta forma, se encontram naquela unidade dialética de que resulta um conhecer solidário com o atuar e este com aquele. É exatamente esta unidade dialética que gera um atuar e um pensar certos na e sobre a realidade para transformá-la. In **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

‘democracia militante’: nenhuma liberdade para os inimigos da liberdade. No entanto, a partir do exemplo, podemos também aprender que a desconstrução pura e simples do conceito de tolerância cai em uma armadilha, uma vez que o Estado constitucional contradiz precisamente a premissa da qual deriva o sentido paternalista do conceito tradicional de ‘tolerância’. No interior de uma comunidade democrática, cujos cidadãos concedem reciprocamente direitos iguais uns aos outros, não sobra espaço para que um autoridade determine *unilateralmente* as fronteiras do que deve ser tolerado. Na base dos direitos iguais dos cidadãos e do respeito recíproco de um pelo outro, ninguém possui o privilégio de estabelecer as fronteiras da tolerância do ponto de vista de suas próprias preferências e orientações segundo valores. Certamente tolerar a crença das outras pessoas sem aceitar a sua verdade, e tolerar outros modos de vida sem apreciar o seu valor intrínseco, como fazemos com relação a nós mesmos, isso requer um padrão comum. No caso de uma comunidade democrática, essa base de valor comum é encontrada no princípio da constituição⁸⁵.

A tolerância permissiva, portanto, leva ao autoritarismo e conseqüentemente ao sectarismo no poder de decisão já que será ele, individualmente e a partir de um ‘poder soberano’ que vai, dentro de sua vontade estabelecer os próprios limites da tolerância. Ao ‘tolerar’ a participação da sociedade nos processos de decisão está, na realidade, estabelecendo as premissas a serem postas no processo de decisão, ou seja, o direito de participação deixa de ser direito passando a ser ‘favor’. Portanto, aquele que obteve o ‘favor’ de poder participar certamente não poderá exercer esse ‘favor’ além dos limites postos ao exercício deste ‘favor’ pelo próprio ente que detém o poder de decisão. Se, como afirma Habermas, em uma democracia não há espaço para tomada de decisões unilaterais, individualistas, fechadas, sem que isso represente a quebra da própria constituição, já que esta constitui uma comunidade de princípios de pessoas livres e iguais e que se respeitam mutuamente a partir da sua própria diferença,⁸⁶ esta concentração do controle concentrado de constitucionalidade das leis nos remete diretamente e sem rodeios a uma decisão de cunho fundamentalista, ao fundamentalismo hermenêutico.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida/Giovanna Borradori**. Tradução: Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2004, p. 53

⁸⁶ Esta frase tem sido cunhada pelo Prof. Menelick de Carvalho Netto em suas instigantes aulas do mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da UnB em que a tomo emprestada.

O artigo 93, IX da Constituição da República do Brasil de 1988⁸⁷, exige no processo de decisão, que a mesma seja pública⁸⁸, acompanhada de uma interpretação aberta, constitucionalmente adequada, portanto, a partir do processo de aplicação do direito que somente ocorre no caso concreto. Ao exigir da decisão que a mesma seja fundamentada e pública, esta fundamentação pressupõe a abertura necessária para que a mesma seja constitucionalmente adequada. Isto estabelece o marco jurisdicional para o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro como constitutivo. A desconsideração dos fundamentos de aplicação que o próprio artigo 93, IX da CRB/88 exige tem como consequência a afirmação de um fundamentalismo hermenêutico que nega o próprio

⁸⁷ **Artigo 93.** A Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁸⁸ A constituição, ao afirmar que os julgamentos serão públicos, incluiu, na esfera pública, a abertura necessária para o processo de decisão. Sendo assim, não podemos concordar com Lênio Streck quando afirma que a sala de audiência não é o espaço público que afirma Habermas, para justificar o assento ao lado direito do Juiz para os integrantes do Ministério Público (Streck, 2009, p. 92) Ao contrário. O espaço público defendido por Habermas é a esfera pública. O público aqui não pode ser reduzido ao Estatal. A esfera pública é um fenômeno social e não pode ser entendida como uma instituição na medida em que ela não constitui uma estrutura normativa que diferencie entre competências e papéis. Ela se caracteriza através de horizontes abertos. É uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões. O sujeito da esfera pública é o público portador de opinião pública, como por exemplo, o caráter público dos debates judiciais. É, portanto, a abertura de poder participar do processo de decisão (Habermas, 2003). Não por acaso os processos judiciais tidos por segredo de justiça são a exceção a regra, ou seja, para obter o segredo de justiça há, inclusive, a partir do caso concreto, e somente deste, sem qualquer possibilidade de abstrativização, a necessidade de fundamentar a decisão; o processo de decisão deverá ocorrer a partir dos discursos de fundamentação para que seja conferido o suporte da sua validade no momento de sua aplicação. Decisão desfundamentada, aqui entendida aquela que passa exclusivamente por ato de vontade do juiz, é passível de reforma. Portanto, por natureza, a sala de audiência é pública e a tomada de decisão deve garantir a participação em igualdade de condições às partes. Os princípios da liberdade e igualdade no processo deve respeitar, inclusive as diferenças e como tal, não se pode conferir posições diferenciadas às partes do processo para que os seus supostos, a gramática das práticas sociais, possa ser atribuidora de sentido constitucional. Da mesma forma que a instituição Ministério Público, através do exercício da atividade profissional do seu representante, procurador, está legitimado para o exercício da jurisdição, para a proteção e obediência da Constituição, através do exercício de ação constitucional, Ação Civil Pública, ou ainda, na representação do Estado na esfera penal, o amplo direito de cidadania, conferido também pela Constituição (Preâmbulo: “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” c/c artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; c/c artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - prevalência dos direitos humanos; **Art. 4º** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VII - solução pacífica dos conflitos; confere, a qualquer cidadão o exercício de ação constitucional para a proteção e obediência da Constituição através da Ação Popular e na esfera penal, as ações de natureza “privada” que visam, ao fim e ao cabo, a proteção e obediência da Constituição, mesmo enquanto no exercício do amplo direito de defesa. Ressalte-se que o STF ao julgar a ADIn nº 758, Relator Ministro Celso de Mello e o Ag nº 1.364, Relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJ de 08.04.1994 e 02.05.2003, respectivamente, afirmou que o “Ministério Público, mesmo intervindo como fiscal da lei, qualifica-se como um dos sujeitos da relação processual”.

fundamento dado e retira da constituição a sua própria função normativa da garantia de aplicação dos direitos fundamentais.

A validade e a legitimidade do direito, para Habermas, devem partir do pressuposto, ou melhor, da retomada da distinção das diversas modalidades do discurso jurídico prático. Ao retomar a tradição kantiana da razão prática, Habermas compreende a moral como um âmbito de atribuições normativas universais. Retoma-se a discussão entre moral e direito e o papel a ser desempenhado pela razão prática no contexto da teoria do direito que não convive com as divisões entre facticidade/validade, moral/direito e teoria/prática. Portanto, a racionalidade normativa para Habermas se dá a partir do momento em que a legalidade tem que extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral. É neste aspecto que podemos afirmar que a concentração do controle de constitucionalidade das leis, expropriando o controle difuso de constitucionalidade, remete a um sistema de poder, no caso, poder de decisão judicial fundamentalista, permitindo, inclusive, a escolha e definições, hermeneuticamente fechadas, do que será passível ou não do controle jurisdicional⁸⁹. Esta escolha, repita-se, fundamentalista, porque exclui todo e qualquer possibilidade de fundamentos constitucionalmente adequados, tem gerado, inclusive, para a comunidade jurídica, um pessimismo jurídico, negando a função normativa da constituição, como podemos encontrar, por exemplo, na manifestação do renomado Jurista Fábio Konder Comparato:

Não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor. É pura perda de tempo discutir se a conjunção ‘e’ significa ‘ou’, se o caput de um artigo dita o sentido do parágrafo ou se o inciso tem precedência sobre a alínea. A Constituição é hoje o que a Presidência quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo

⁸⁹ Estou a me referir à posição do Supremo Tribunal Federal em não exercer a jurisdição constitucional quando se tratar de matéria atinente a atos do processo legislativo por se tratar de matéria *interna corporis*, sob pena de ofender o postulado da separação dos poderes, salvo se houver matéria específica no plano do direito constitucional. Marcelo Cattoni explicita este entendimento, não sem indignação ao dizer que se trata de “um clássico de formalismo jurídico [...] Esse entendimento jurisprudencial não considera nem a iniciativa nem a sanção como atos jurídicos que fazem parte de fases diferentes de uma mesma série procedimental, estruturada por uma forma específica de interconexão constitucional e regimentalmente prefigurada, cuja validade e eficácia devem ser analisadas a partir da unidade de cada procedimento legislativo (princípio da unidade de procedimento) e com referência à finalidade específica deste último, ou seja, da perspectiva da preparação (ou do fazer-se) de um determinado provimento legislativo (princípio da economia procedimental, combinado com o princípio da continuidade ou da dependência funcional da série procedimental). Assim é que a iniciativa legislativa e a apresentação de emendas a projetos de lei – que também se encontra na fase de propositura – têm por finalidade instaurar um procedimento, e a sanção, assim como a aprovação do projeto de lei nas Casas do Congresso – que também está na fase de perfeição e constituição da lei – tem por finalidade constituir ou perfazer a lei”. In **Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2006, p. 46.

Judiciário.

As ordenações Filipinas, que vigoraram entre nós por muito tempo, cominavam dois tipos de pena capital: a morte natural e espiritual. A primeira atingia o corpo; a segunda, a alma. O excomungo continuava a viver, mas só fisicamente: sua alma fora executada pela autoridade episcopal, com a ajuda do braço secular do Estado.

Algo semelhante aconteceu com a nossa Carta. Ela continua a existir materialmente, seus exemplares podem ser adquiridos nas livrarias (na seção de obras de ficção, naturalmente), suas disposições são invocadas pelos profissionais do Direito no característico estilo ‘boca de foro’. Mas é um corpo sem alma. Hitler, afinal, não precisou revogar a Constituição de Weimar para instaurar na civilizada Alemanha a barbárie nazista: simplesmente relegou às traças aquele ‘pedaço de papel’.

A única razão de ser de uma Constituição é proteger a pessoa humana contra o abuso de poder dos governantes. Se ela é incapaz disso, porque o governo dita a interpretação de suas normas ou as revoga sem maiores formalidades, seria mais decente mudar a denominação – ‘Presidente da República, ouvido o Congresso Nacional e consultado o Supremo Tribunal Federal, resolve: a Constituição da República Federativa do Brasil passa a denominar-se regimento interno do governo’⁹⁰.

A manifestação explicitada em artigo de jornal por Comparato aponta de forma evidente o fundamentalismo hermenêutico que vem sendo praticado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que mais ostensivamente à época da publicação do referido texto. Não por acaso que Menelick de Carvalho Netto expõe sua preocupação teórica e a necessidade de revisitação do sistema de controle de constitucionalidade ao afirmar:

São épocas difíceis para o constitucionalista essas em que o sentimento da Constituição, para empregar a expressão divulgada por Pablo Lucas Verdú, é aniquilado não só pela continuidade e prevalência de práticas constitucionais típicas da ordem autocrática anterior, mas igualmente pela tentativa recorrente de alteração formal da Constituição. Tentativas essas que, alcancem ou não o fim menor e específico a que visam diretamente, terminam sempre por ferir a aura de supremacia de que se deve revestir a Constituição para que seja capaz de legitimar e de articular tanto o Estado quanto todo o demais Direito que nela se assentam. Instaure-se, assim,

⁹⁰ COMPARTO, Fabio Konder. **Uma morte espiritual**. Folha de São Paulo. São Paulo, 14 de maio de 1998, Caderno 1, p. 3.

uma situação que tende a desvelar dois paradoxos básicos da modernidade. Torna-se cada vez mais visível que, na modernidade, tanto o Direito funda a si mesmo, bem como que igualmente a política, o Estado, é o próprio fundamento de si mesma. [...]

É a diferenciação entre um Direito superior, a Constituição, e o demais Direito, que acopla estruturalmente Direito e política, possibilitando o fechamento operacional, a um só tempo, do Direito e da Política. Em outros termos, é por intermédio da Constituição que o sistema da política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância ao Direito pode ser imposta de forma coercitiva.

Nessa situação, os próprios órgãos legitimados pela Constituição voltam-se contra a sua base de legitimidade para devorá-la[...]. Revela-se a face brutal da privatização do público, do poder estatal instrumentalizado, reduzido a mero prêmio do eleito, visto como ‘as batatas’ a que faz jus o vencedor, no dizer de Machado. É o sentimento de anomia que passa a campear solto, vigoroso, alimentando-se a fartar das dificuldades que encontramos em recuperar as sementes de liberdade presentes em nossa Constituição, mergulhadas em nossas tradições⁹¹.

As preocupações apontadas por Menelick de Carvalho Netto nos remetem, de forma direta e preocupante, à expropriação da experiência brasileira do controle difuso de constitucionalidade, para um caminho, consciente ou não, do fundamentalismo hermenêutico do controle concentrado.

Esta preocupação, iremos encontrar também em Canotilho, ao comentar a situação constitucional europeia, com modelo tradicional concentrado, apontando para o fundamentalismo hermenêutico. Diz Canotilho:

Na Alemanha, por exemplo, o Tribunal Constitucional viu-se obrigado a recorrer a uma justiça de ‘valores’ – a defesa da paz e dos princípios humanitários – para responder à questão da legitimidade da utilização das Forças Armadas fora das fronteiras. Em Portugal, e perante a solicitação do Procurador-Chefe da República, o Tribunal Constitucional demonstra uma clara inadaptação no julgamento da existência de organizações

⁹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. CATTONI, Marcelo (Org.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

partidárias que perfilham a ideologia fascista. Na Europa comunitária, os tribunais constitucionais legitimaram *a posteriori* a bondade constitucional da decisão política normativamente cristalizada no Tratado de Maastricht.

[...]

É que se a idéia de *Wertordnung* é actualmente depreciada como cânone metodológico espúrio, nem por isso a chamada atractividade dos valores - o valor paz, o valor da liberdade de associação, o valor do ideal europeu, o valor da vida – deixa de impedir a jurisdição constitucional para o acolhimento razoável de metapreferências em vez de aplicar metodicamente as normas ou princípios jurídico-constitucionais. Este ‘deslizar’ não explicitado da retórica interpretativa dos tribunais constitucionais no sentido de um discurso moral realizador-concretizador de valores pode, segundo alguns, transformar os tribunais em instâncias autoritárias-decisórias transportadoras de uma compreensão paternalista e moralizante da jurisdição constitucional⁹².

Na realidade, a “retórica interpretativa” a que se refere Canotilho, que ao fim e ao cabo transforma o tribunal constitucional em instâncias “autoritárias-decisórias” traz em seu conteúdo, o fundamentalismo hermenêutico na medida em que se fecha, em uma verdade única a sua interpretação. Esse fechamento interpretativo das cortes constitucionais europeias tem sido a tônica destes tribunais, qual seja, o fechamento do processo de decisão. Recentemente, o Presidente da Corte Constitucional de Portugal, Dr. Rui Manuel Gens de Moura Ramos em entrevista concedida e publicada aqui no Brasil⁹³ afirmou o caráter fechado do processo de decisão como um mecanismo inerente às cortes Constitucionais. Ao responder à pergunta sobre os julgamentos em Portugal acontecerem às portas fechadas respondeu que “O princípio é que o colégio deve ser preservado do contato com o exterior, quer dizer, não deve haver pressões da opinião. O processo é público, mas a decisão não pode ser discutida em praça pública”. O espaço público a que se refere o Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal detém outro significado. Há evidentemente o caráter nitidamente de privatizar o público retomando ao paradigma anterior do egoísmo liberal a partir do Controle concentrado de constitucionalidade⁹⁴.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Jurisdição Constitucional e intranqüilidade discursiva**. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais** – Nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, v.1.

⁹³ Revista Eletrônica Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-16/entrevista-moura-ramos-presidente-tribunal-constitucional-portugal>. Acesso em 23 de janeiro de 2011.

⁹⁴ Na mesma entrevista o Presidente do Tribunal Constitucional diz que o sistema de controle difuso de constitucionalidade brasileiro foi a inspiração para o deles. Disse o Presidente: “O Brasil é um Estado muito

Claudio Pereira de Sousa Neto aponta a existência de um fundamentalismo em discursos que visam restringir a possibilidade de o Estado intervir na economia. Para ele, “isso tem ocorrido através de interpretações hiper-expansivas do âmbito de proteção do princípio da livre iniciativa. Se tais interpretações atribuem conteúdo à livre iniciativa (*fundamentalização-inclusão*), também orientam a interpretação dos demais preceitos constitucionais relativos à atividade econômica (*fundamentalização-releitura*)”. Entende Sousa Neto que, essa “dupla fundamentalização viola o princípio republicano e o princípio democrático, ao limitar as deliberações das maiorias através de uma concepção ‘fundamentalista’ dos direitos fundamentais”⁹⁵. Para ele, a idéia de concepções fundamentalistas dos direitos fundamentais se traduz pela

Tentativa de inserir, no campo do que está fechado ao dissenso político, doutrinas abrangentes particulares. São fundamentalistas por não tratarem as demais doutrinas como dignas de igual respeito, não lhes reconhecendo a possibilidade de atribuírem conteúdo às prescrições legais mesmo se apoiadas pelas deliberações majoritárias. Ao incorporarem pretensões abrangentes ao conteúdo da livre iniciativa, e, ato seguinte, procederem à intervenção do Estado na economia, essas interpretações cerceiam o espaço democrático e tornam *constitucionalmente necessário* o que é *politicamente contingente*⁹⁶.

plural e, por isso, é difícil falar do Judiciário brasileiro como um conjunto. Meu maior contato é com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e posso dizer que a imagem que eu tenho é muito boa. Aliás, o nosso sistema de controle de constitucionalidade é inspirado no brasileiro. Por exemplo, o controle difuso de constitucionalidade, que permite que todo e qualquer tribunal se recuse a aplicar uma lei que entende estar em desacordo com a Constituição. Nós herdamos essa tradição”. In Revista Eletrônica Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-16/entrevista-moura-ramos-presidente-tribunal-constitucional-portugal>. Acesso em 23 de janeiro de 2011.

⁹⁵ SOUSA NETO, Claudio Pereira. **Constitucionalismo Democrático e Governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 158.

⁹⁶ SOUSA NETO, Claudio Pereira. **Constitucionalismo Democrático e Governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159.

A retomada da abertura e da afirmação de decisão constitucionalmente adequadas somente ocorrerá se for afastado o fundamentalismo hermenêutico⁹⁷ e levando a sério, para utilizar a expressão de Dworkin, as experiências praticadas em sede do controle difuso de constitucionalidade.

Definidas as premissas para o exercício de uma jurisdição brasileira constitucionalmente adequada, podemos passar, neste momento, às experiências da jurisdição constitucional e as suas perspectivas na medida em que constitucionalismo e democracia são constitutivos de direitos e, portanto, complementares.

⁹⁷ Habermas ao falar sobre o processo de secularização como uma forma de aprendizagem duplo e complementar afirma que “Ao contrário da abstinência de um pensamento pós-metafísico que carece de qualquer conceito de obrigatoriedade geral a respeito de uma vida boa e exemplar, encontram-se nas sagradas escrituras e nas tradições religiosas intuições sobre faltas e redenção, sobre desfecho salvador de uma vida originalmente experimentada como irremediável, que durante milênios foram sutilmente soletradas e conservadas pela prática hermenêutica. Por isso, é possível que na vida das comunidades religiosas – contanto que evitem o dogmatismo e a coerção das consciências – permaneça intacto algo que se perdeu alhures e que não pode ser recuperado, nem mesmo com a ajuda exclusiva do conhecimento profissional de especialistas; estou falando de possibilidade de expressão e sensibilidade suficientemente diferenciadas para uma vida malograda, para patologias sociais, para o fracasso de projetos de vida individuais e as deformações de nexos de vida truncados. Partindo da assimetria das pretensões epistêmicas, é possível justificar na filosofia uma disposição para aprendizagem frente à religião, não por razões funcionais, e sim por razões de conteúdo, lembrando os bem-sucedidos processos de aprendizagem ‘hegelianos’. [...] A transformação da condição de similaridade com Deus do ser humano em dignidade igual e incondicional de todos os seres humanos é uma dessas transposições preservadoras que, para além dos limites da comunidade religiosa, franqueia ao público em geral, composto por crentes de outras religiões e de descrentes, o conteúdo de conceitos bíblicos. [...] Partindo dessa experiência de aproveitamento de potenciais de significação ligadas a um conteúdo religioso, podemos dar ao teorema de Böckenförde um sentido inofensivo. Mencionei o diagnóstico que afirmar estar ameaçado o equilíbrio que se estabeleceu na Idade Moderna entre os três grandes meios de integração social, porque os mercados e o poder administrativo desbancam a solidariedade social de um número crescente de âmbitos da vida, o que implica um enfraquecimento de sua ação coordenadora sobre valores, normas e o uso da linguagem voltado para o entendimento. Por isso, é também do interesse do Estado constitucional que se usem todas as fontes culturais de uma maneira moderna, porque é nelas que se abastecem a consciência normativa e a solidariedade dos cidadãos. Essa consciência que se tornou conservadora repercute no discurso da ‘sociedade pós-secular’”. HABERMAS, Jürgen, RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização: sobre a razão religiosa**. Organização e prefácio de Florian Schuller. Tradução: Alfred J. Keller. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2007, p. 49/51.

2. A jurisdição constitucional do trabalho: o interesse público no espaço democrático de direito.

No paradigma do Estado democrático de direito o debate sobre a supremacia do interesse público⁹⁸ na esfera do poder público sofreu uma radical transformação. O abandono da perspectiva puramente estatal, transformando o público em uma relação privada do Estado em nome de um suposto interesse público, deve sofrer uma releitura a partir dos conceitos políticos de democracia, como mencionado no Capítulo anterior, e um exercício muito mais profundo de uma reflexão no nível da Teoria da Constituição.

A partir do paradigma do Estado democrático de direito ao debatermos a competência da Justiça do trabalho devemos fazê-lo a partir de sua competência enquanto capacidade jurídica da análise do conteúdo de validade e eficácia da norma jurídica. A competência, enquanto capacidade jurídica, pode gerar a não competência, ou seja, a ausência da própria competência, a ausência da própria Constituição. Se nas relações de trabalho os interesses entre Estado e “súditos” são antagônicos o são a partir de uma condição de complementariedade em que estes opostos se complementam e não se repelem.

Nessa estrutura de Poder⁹⁹ a afirmação de direitos é estabelecida ou negada dentro da capacidade jurídica da Jurisdição do trabalho.

Na ADIn nº 492, marco interpretativo para a Competência jurídica da Justiça do Trabalho processar e julgar as questões decorrentes da relações de trabalho com o Estado, reforçou-se o fundamento de uma supremacia do interesse público. Os fundamentos ali estabelecidos, que foram inclusive mantidos na Adin nº 3395-6, reduziram o público ao estatal. Como nos ensina Menelick de Carvalho Netto, “hoje nos é dado ver claramente que o

⁹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, conceitua interesse público como um “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.[...] A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressa através da afirmação de que voga a verticalidade nas relações entre a Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos.[...] as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesse público; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais”. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 70/73.

⁹⁹ Aqui estou a mencionar da concepção interna e externa de Poder conferida por Pierre Bordieu, in **O Poder Simbólico**. Tradução: Tomaz Fernando. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 14ª Ed. 2006.

público não se reduz ao estatal, pelo contrário sabemos que sempre que essa redução ocorre, estaremos diante de uma privatização do público, passível de ser objeto do controle de constitucionalidade¹⁰⁰”.

A supremacia do interesse público interpretado a partir dos conceitos abertos ou mesmo indeterminados não afirma que o poder discricionário da administração está além dos princípios constitucionais que protegem o cidadão dos abusos deste próprio Estado. São na realidade conceitos determináveis que deverão ser aplicados em situações concretas, caso a caso. A tessitura aberta ou indeterminada, principiológica, somente se dá a conhecer pela mediação dos textos normativos¹⁰¹. Portanto, a partir do paradigma do Estado democrático de direito o enfoque da esfera pública deverá ocorrer para a proteção do cidadão detentor de direitos fundamentais que não poderão ser sopesados por interesse meramente estatal¹⁰².

Nas relações de trabalho, a contribuição da teoria da constituição para o conceito de democracia e das relações entre o servidor público e o Estado permite-nos reconstruir a relação a partir da própria indeterminação e abertura dos conceitos do direito na medida em que a tessitura aberta do direito é o seu ponto de partida¹⁰³.

¹⁰⁰ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria da Constituição.** In: Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte, v. 1. nº 1, Março de 2001, p. 11.

¹⁰¹ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria da Constituição.** In: Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte, v. 1. nº 1, Março de 2001, p. 11.

¹⁰² Habermas ao tratar da fundamentação do Estado Constitucional secular a partir das fontes da razão prática afirma que “O ponto de referência dessa estratégia de fundamentação é a constituição que os cidadãos associados se dão a si mesmos, e não a domesticação de um poder de Estado pré-existente. Esse poder só passa a existir na medida em que é produzido pela constituinte. Um poder de Estado ‘constituído’ (e não apenas constitucionalmente domesticado) está juridificado até o âmago, de modo que o direito perpassa o poder político de uma maneira completa e total. Enquanto o positivismo da vontade do Estado da teoria alemã do direito político (desde Laband e Jellinek até Carl Schmitt), que tinha suas raízes fincadas no império, ainda deixara uma escapatória para uma substância moral ajurídica ‘do Estado’ ou ‘do elemento político’, já não existe no Estado constitucional um sujeito de domínio que possa alimentar-se de alguma substância pré-jurídica. Não sobra nenhuma lacuna deixada pela soberania pré-constitucional do príncipe que, agora, precise ser preenchida – na figura do ethos de um povo mais ou menos homogêneo – por uma soberania popular igualmente substancial. [...] Caso o processo democrático não seja entendido de modo positivista (como no caso de Hans Kelsen ou Niklas Luhmann), e sim, como método para produzir legitimidade a partir da legalidade, não resulta daí nenhum déficit de validade que tenha de ser preenchido pela ‘moralidade’. Em oposição a uma interpretação jurídico-hegeliana do Estado constitucional, a concepção procedimentalista inspirada em Kant se baseia na fundamentação autônoma dos princípios constitucionais que pode ser aceita racionalmente por todos os cidadãos”. HABERMAS, Jürgen, RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização: sobre a razão religiosa.** Organização e prefácio de Florian Schuller. Tradução: Alfred J. Keller. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2007, p. 27/28.

¹⁰³ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria da Constituição.** In: Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte, v. 1. nº 1, Março de 2001, p. 12.

2.1. A supremacia do interesse público no regime jurídico único dos servidores públicos

A abrangência do conceito de relação do trabalho a ser aplicado no âmbito da administração pública teve com a Constituição da República de 1988 a sua ampliação rompendo com o passado ao firmar o conflito a partir da expressão trabalhadores e empregadores¹⁰⁴. Se as constituições anteriores¹⁰⁵ excluíaam a competência da Justiça do Trabalho a partir de expressões cuja interpretação era restritiva – empregados e empregadores – a abertura constitucional da expressão trabalhadores e empregadores não foi suficiente para a ruptura interpretativa por parte do Supremo Tribunal Federal.

Na ADIn nº 492, o Supremo Tribunal Federal, quando instado a interpretar a competência da Justiça do Trabalho para os servidores públicos, manteve a separação conceitual entre regime de natureza contratual e regime de natureza jurídico – administrativa.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492, proposta pelo Procurador Geral da República, este arguiu a inconstitucionalidade do artigo 240 alíneas “d” e “e” da Lei 8.112 de 19 de abril de 1991, que dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. As alíneas “d” e “e” do artigo 240 da Lei 8.112/90 tinham a seguinte redação:

Art. 240 – Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrente:

[...]

d) de negociação coletiva

e) de ajuizamento, individual e coletivamente, frente à Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição Federal.

¹⁰⁴ CRB/88 – artigo 114 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

¹⁰⁵ As Constituições de 1946 (artigo 123), 1967 (artigo 134) e a de 1967 com a redação dada pela EC nº 1/69 (art. 142) sempre utilizaram a expressão “empregados e empregadores”.

A Procuradoria Geral da República defendeu a tese da supremacia do interesse público¹⁰⁶ para afastar a relação contratual entre servidor público e a administração pública¹⁰⁷. Fundamentou, ainda, o desprezo ao direito do trabalho e conseqüentemente à jurisdição do trabalho ao afirmar a sua inferiorização perante o direito administrativo¹⁰⁸. Fundamentou, por fim, a tradição constitucional dos últimos anos e interpretações já conferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Relator Carlos Velloso separou em dois pontos distintos o seu voto: a) competência da Justiça do Trabalho e b) negociação coletiva.

O voto vencedor, por maioria, do Ministro Relator, fundamenta a exclusão da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as relações decorrentes de servidores públicos e a administração pública conceituando o vocábulo “trabalhador” diferenciando-o dos servidores estatutários.

Para o Ministro relator, conforme resumo apresentado pelo voto divergente do Ministro Marco Aurélio,

¹⁰⁶ “a) o regime jurídico único tem caráter estatutário, objetivo, pois ‘os direitos, deveres, garantias e vantagens dos servidores públicos – seu status, enfim – são definidos unilateralmente pelo Estado-legislador, que pode, também unilateralmente, alterá-lo a qualquer momento, sem se cogitar de direito do servidor à manutenção dos regime anterior; b) enquanto as relações de direito público caracterizam-se pela desigualdade jurídica das partes (Estado e administrado), nas de Direito Privado impõem-se a igualdade jurídica, a despeito de ser comum a desigualdade econômica; [...] d) a superioridade jurídica do Estado nas relações com seus servidores (e com os administrados em geral) também objetiva única e exclusivamente a satisfação do interesse público. Portanto, aos entes públicos é vedado renunciar a ela e aos privilégios dela decorrentes.. Só isso é suficiente para afastar a possibilidade da negociação coletiva, que pressupõe a transigência das partes envolvidas, para que possam chegar a um acordo. [...] (fls 83/84 do Acórdão)”

¹⁰⁷ “g) e) o processo trabalhista é incompatível com o caráter estatutário do regime jurídico dos servidores públicos e com a superioridade jurídica de que goza o Estado nas relações dele derivadas. Não há lugar para conciliação, que pressupõe a capacidade de transigir e, como há se mostrou, o Estado não pode abrir mão de seus privilégios, porque conferidos no interesse público, que é indisponível; [...] “g) a Constituição impõe a representação paritária de patrões e empregados em todos os órgãos da Justiça do Trabalho, mas não prevê qualquer procedimento para a escolha de representantes do Estado nos órgãos judiciários trabalhistas. Também não é aceitável que o Estado seja representado perante a Justiça do Trabalho por particulares, ‘que lá estão para defender interesses privados, exclusivamente, nunca o interesse público’; h) a menção feita pelo art. 114 aos entes da administração pública direta e indireta refere-se às demandas propostas pelos inúmeros servidores sujeitos ao antigo regime dito celetista, que a ele continuariam – como continuaram e, nos casos de Estados e Municípios, ainda continuam – submetidos durante bom tempo após a vigência da Constituição”; (fls.85 e 86 do acórdão).

¹⁰⁸ “f) a extensão do art. 114 às demandas entre o Estado e os servidores estatutários viria a inferiorizá-los indevidamente em relação aos demais administrados, que usufruem da garantia constitucional do mandado de segurança contra atos ilegais da autoridade pública, lesivos de direito líquido e certo. É inegável que, nas relações com seus servidores o ente público, diferentemente do empregador privado, atua como autoridade, isto é, com uso de poder público e em posição de superioridade jurídica”; (fls. 85 do Acórdão)

[...]

o Ministro relator externou seu convencimento sobre a natureza do regime previsto no artigo 39 da Constituição Federal e revelado na citada Lei, apontando-o como estatutário, endossando, assim, o parecer do Ministério Público Federal quanto à possibilidade de, a qualquer momento, o Estado-legislador vir a alterá-lo, sem que assista ao servidor o direito à manutenção do que estabelecido inicialmente. Referindo-se ao voto proferido quando da apreciação cautelar, oportunidade na qual o Tribunal apenas suspendeu a eficácia dos preceitos atinentes à negociação coletiva e ao dissídio coletivo concluiu que tais dispositivos conflitam com o artigo 37 da Carta da República. Após, examinando a ação direta de inconstitucionalidade no tocante aos litígios individuais, lembrou que o regime jurídico dos servidores da União é o estatutário e aludiu a precedentes d Corte sobre a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas que envolvam servidores estatutários, citando aresto da lavra proficiente do Ministro Octávio Gallotti, no qual ficou assentada a subsistência da atuação da Justiça Comum para dirimir controvérsias sobre o regime administrativo especial originário de que cuidava o artigo 106 do Diploma Maior pretérito. Fez referência, ainda, a entendimento sustentado quando honrava o Superior Tribunal de Justiça e discorreu a respeito do trabalho do Ministro Orlando Teixeira da Costa sobre o tema ‘Os Servidores Públicos e a Justiça do Trabalho’ e que foi publicado na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região do semestre de janeiro/junho de 1992. Registrou que nos sentido do vocábulo ‘trabalhador’ não se enquadra o servidor público, nem a União no de empregador. Mais uma vez, adotou a visão do Ministério Público, isto para explicar o alcance da parte final do artigo 114 da Lei Básica Federal. Jungiu-se a demandas outras, de procedimentos diversos dos dissídios individuais e coletivos, mas sempre resultantes da relação de trabalho de natureza contratual-empregatícia, voltando às lições do Ministro Orlando Teixeira da Costa para, a seguir, transcrever trecho do parecer sugundo o qual ‘o processo trabalhista é incompatível com o o caráter estatutário do regime jurídico dos servidores públicos e com a superioridade jurídica de que goza o Estado nas relações dele derivadas’. Reportou-se, ainda, ao magistério de Arion Sayão Romita e de Floriano Correa Vaz, ambos no sentido de inconstitucionalidade da Lei nº 8.112/91, no que nela previsto o acesso ao Judiciário Trabalhista e

fulminou declarando que até mesmo a estrutura deste é incompatível com a apreciação de questões de Direito Administrativo, razão a ser somada às demais quanto à inconstitucionalidade das alíneas “d” e “e” do artigo 240 da Lei nº 8.112/90¹⁰⁹.

O voto divergente do Ministro Marco Aurélio estabelece uma verdadeira ruptura com o passado para com os conceitos estabelecidos da supremacia do interesse público a partir do paradigma da Constituição da República de 1988 e da própria Lei 8.112/90. A partir da interpretação do vocábulo estabelecido no próprio texto constitucional “servidor público” em substituição a funcionário público previsto nas Constituições pretéritas¹¹⁰, o Ministro Marco Aurélio a partir da hermenêutica filosófica diz:

[...]

A partir da valoração social do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito, em substituição, no campo em exame, ao Estado Autoritário, abandonou-se a esdrúxula distinção relativa ao tomador de serviços, buscando-se, com isso, afastar o que se mostrou, durante longo período, um privilégio do Estado no que podia alterar, como lhe conviesse, normas até então observadas, repercutindo a vontade momentânea e isolada exteriorizada nas situações reinantes sem que os prejudicados pudessem obter, no Judiciário, a preservação do statu quo ante. Com a Constituição de 1988, buscou-se o afastamento de tamanho poder. No artigo 37, inciso VI, estendeu-se aos servidores em geral o que, até então, era prerrogativa exclusiva da magistratura, muito embora selada pela inocuidade da visão nominalista. Alçou-se à dignidade de garantia constitucional a irredutibilidade dos vencimentos e, com isto, ficou obstaculizada a atuação redutora, ainda que empolgada sob o ângulo polivalente da dualidade tão a gosto de certos administrativistas – a revelada pela conveniência e a oportunidade do ato – que muitas vezes a elegem como verdadeiro dogma, apontando, como consequência, o afastamento da revisão judicial. Já mediante a regra do artigo 39 objetivou-se por um termo final em algo que discrepava do princípio isonômico.[...]

O preceito do artigo 39 em comento tem a virtude de alijar do cenário jurídico, quer na área da União, quer dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, a famigerada trilogia do sistema constitucional anterior,

¹⁰⁹ Acórdão Adin 492, fls. 110/112.

¹¹⁰ As Constituições de 34,46 67 e EC/69, todas faziam referência a funcionário público.

beneficiando, com isto, os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas. E que regime único é esse? Di-lo-á cada uma das legislações específicas, porquanto a uniformidade de tratamento somente é imposta no âmbito de uma mesma pessoa jurídica de direito público – União, Estados e Municípios – tomadora dos serviços. A possibilidade de adoção deste ou daquele regime, desta ou daquelas normas de regência é total, podendo vir a ser até mesmo repetida, em sua quase totalidade, senão no todo, a disciplina geral, ou seja, a da Consolidação das Leis do Trabalho. Não obstante, o certo é que, ao menos relativamente ao conteúdo, à respectiva razão de ser, está fechada a porta, constitucionalmente, ao ressuscitamento do regime estatutário, pois incompatível com a Carta de 1988, no que aproximou o Estado, nas relações mantidas com os servidores, dos demais tomadores de serviço, providência que reputo de grande cunho social e, portanto, digna de encômios, ficando afastada a interpretação conservadora que acabe por amesquinhá-la. Assim digo porque o art. 39 - § 2º - fez-se referência a vários incisos do artigo 7º da Lei Máxima, com o inegável objetivo de uniformizar as situações dos trabalhadores urbanos e rurais em geral e dos outrora inferiorizados, quanto ao tomador do trabalho, servidores públicos¹¹¹.

Ao dar seguimento ao seu voto, o Ministro Marco Aurélio defende a tese da contratualidade como regime jurídico entre servidor público e administração pública. Para ele a própria Lei 8.112/90 em seu artigo 13 permite o estabelecimento do regime contratual como decorrente dos fundamentos de uma nova concepção entre Estado e sociedade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

[...] o que se contém no artigo 13 da Lei nº 8.112/90, a revelar que direitos e obrigações são estabelecidos, no ato da posse, não para serem alterados pela União, no momento que melhor lhe parecer, e em vista da titularidade dos predicados ‘conveniência’ e ‘oportunidade’, mas para serem observados. Rememore-se o teor do preceito:

Art. 13 – A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.

¹¹¹ Acórdão Adin 492, fls. 116/118.

Nesse contexto constitucional e legal, difícil é conceber a insistência na manutenção do Estado em constrangedora posição de supremacia quanto àqueles que, na qualidade de servidores e não de funcionários públicos, prestam-lhe serviços, compondo o grande contingente de trabalhadores brasileiros.

O Regime jurídico Único é dos servidores não dos funcionários públicos e encerra direitos e obrigações inalteráveis ao alvedrio dos que por ele estão alcançados,, sendo muito sintomático o esforço pedagógico do legislador ao aludir à lavratura de termo e emprestar a este conteúdo que o revela verdadeiro ajuste, um contrato, isto ao cogitar não só de direitos e obrigações inalteráveis, mas também referir-se aos partícipes, concedendo-se-lhes a condição de partes¹¹².

O voto convergente¹¹³ do Ministro Sepúlveda Pertence, muito embora focado não na ruptura com o passado quanto a supremacia do interesse público, tanto que acompanha o voto do Ministro Relator no tocante a possibilidade de negociação coletiva e dissídio coletivo, mas pela própria normatividade do disposto no artigo 114 da Constituição, apontou, de forma contundente, o preconceito à jurisdição do trabalho. Afirmou o Ministro:

[...]

Mas há, no artigo 114 da Constituição, outra norma, Senhor Presidente, que já não é de outorga direta de competência da Justiça do Trabalho, mas da expressa reserva de competência ao legislador ordinário para estender a jurisdição da Justiça do Trabalho a ‘outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho’. Não consigo me convencer que a relação do Estado com os seus servidores, ainda que regida pelo chamado regime estatutário, não seja uma ‘relação de trabalho’. Ficou à opção do legislador definir a Justiça competente para compor as lides dela oriundas. Por isso, legitimamente, ao meu ver, optou a lei pela competência da Justiça do Trabalho.

Outros argumentos, que se trazem, atinentes à composição, à natureza, às inclinações da Justiça do Trabalho, com todas as venias, trazem um preconceito a que não adiro¹¹⁴.

¹¹² Acórdão Adin 492, fls. 119/210.

¹¹³ Ressalto que o Ministro Octavio Gallotti acompanhou de forma integral o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, declarando inconstitucional a alínea “d” do artigo 240 da Lei 8.112/90 que trata sobre a negociação coletiva. Em seu voto, enfatizou o Eminente Ministro, que “tanto o Conflito de Jurisdição, de que fui Relator, como o Recurso Extraordinário julgado pela Primeira Turma, ambos hoje lembrados, referiam-se a vínculos de caráter estadual”. Acórdão Adin 492, fls. 165.

¹¹⁴ Acórdão Adin 492, fls. 162/163.

O voto vencedor do Ministro Relator muito embora tenha suscitado o debate sobre mudança terminológica relativa aos pólos da relação de emprego, vocábulo “trabalhador”, o que pode ser considerado como um *Obiter Dictum*, fortaleceu-se com os fundamentos da supremacia do interesse público. Os votos convergentes o foram neste sentido. O Voto do Ministro Celso de Mello partindo de uma interpretação autêntica kelseniana fora contundente ao afirmar a pureza do texto normativo da constituição ao fundamentar que o

O regime jurídico dos servidores públicos da União está sujeito ao princípio da reserva absoluta da lei. Trata-se de postulado que decorre de cláusula constitucional expressa. O constituinte ao enunciar a exigência de reserva legal, operou uma separação das matérias, selecionando e indicando aquelas – como a definição do estatuto jurídico dos agentes da Administração Federal – que, **por sua natureza**, só podem e devem ser tratados e desenvolvidas por lei formal. (o realce é do original)

[...]

A lei que, ao dar cumprimento ao disposto no art. 39 da Constituição Federal, institucionalizou, no âmbito da União, o regime jurídico único, não consagrou nem proclamou o princípio da contratualidade na definição do vínculo, **essencialmente estatutário**, que ainda continua a existir entre essa pessoa estatal e os agentes públicos que lhe prestam serviços. Não extraio do conteúdo normativo da regra consubstanciada no art. 13 da Lei nº 8.112/90 a conclusão de que, descaracterizada a relação jurídico-estatutária entre a União Federal e os seus servidores administrativos, existiria entre eles verdadeiro contrato de função pública. (o realce é do original)¹¹⁵.

Seguindo o voto divergente o Ministro Octavio Gallotti fundamentou entendendo ser juridicamente possível a Justiça do Trabalho processar e julgar os dissídios individuais decorrentes da relação de trabalho inserindo, neste conceito, os servidores públicos sujeitos ao regime jurídico único de natureza estatutária¹¹⁶.

¹¹⁵ Acórdão ADin nº 492, p. 151/158.

¹¹⁶ Acórdão ADin nº 492, p. 165.

Resgatando a “tradição constitucional” o Ministro Moreira Alves afirma que a relação de trabalho significa relação trabalhista regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT¹¹⁷. O Ministro Sydney Sanches afirma que o constituinte originário não teve a intenção de “romper com o tradicional ordenamento”¹¹⁸.

A “tradição constitucional” tem sido até o presente momento a pedra de toque para que seja afirmado pelo Supremo Tribunal Federal que a relação entre Estado e servidor está limitada a uma relação de contrato administrativo. Trata-se, na realidade, de pré-concepções estabelecidas pela teoria da constituição tradicionalmente defendida em que a “tradição constitucional” não pode ser modificada com a evolução da própria sociedade no marco do paradigma do Estado Democrático de Direito. De fato, democracia é uma das palavras consideradas óbvias e por isso mesmo repleta de paradoxos tendo em vista os supostos a ela atribuídos como se todos atribuíssem a ela o mesmo sentido semântico¹¹⁹.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 trouxe novo texto ao artigo 114 da Constituição da República. Este texto fora debatido a partir da interpretação conferida na ADin nº 492. O constituinte derivado, portanto, adequou ao texto constitucional a abertura da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os conflitos individuais entre servidor público e Estado que o Supremo Tribunal Federal exigia. Retirou-se do texto original a expressão empregado e empregadores. Contudo, a “tradição constitucional” permaneceu a mesma, mesmo tendo ocorrido uma substantiva alteração dos membros integrantes do Supremo Tribunal Federal.

A tradição constitucional permaneceu nos votos proferidos na ADin nº 3395. Nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE e Associação dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES foi requerida, de forma subsidiária¹²⁰, a aplicação da interpretação conforme à constituição ao inciso I do artigo 114

¹¹⁷ Acórdão ADin nº 492, fl. 167.

¹¹⁸ Acórdão ADin nº 492, fl. 168.

¹¹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria da Constituição**. In: Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte, v. 1. nº 1, Março de 2001, p. 12.

¹²⁰ Para fim deste estudo, vou me limitar a arguição de constitucionalidade no tocante a questão de mérito na medida em que a petição inicial invocou a inconstitucionalidade formal da proposta de emenda. Afirmam os autores que a “proposta de emenda, aprovada em dois turnos pela Câmara dos Deputados (nº 96/1992), conferiu-lhe a seguinte redação: ‘Compete à Justiça do Trabalho processar e julgars: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’. O Senado Federal aprovou o texto, também em dois turnos,

para que seja excluída do seu âmbito material de abrangência os conflitos que envolvam “servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos entes da federação” e o Poder Público. Ao fim requerem a procedência da Ação para “declarar a inconstitucionalidade formal do inciso I do artigo 114 da CF/88, inserido pela EC 45/2004, com eficácia ex tunc” ou “sucessivamente, caso rejeitada a inconstitucionalidade formal, declara a inconstitucionalidade do inciso I do art. 114 da CF/88, com eficácia ex tunc, para que lhe seja dada interpretação conforme, sem redução texto, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da interpretação que inclua na competência da Justiça do Trabalho a relação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios com o seus servidores ocupantes de cargos criado por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas, de cada ente da Federação”.

O ministro Cezar Peluso, em voto vencedor que confirmou a liminar anteriormente deferida pelo Ministro Nelson Jobim no exercício da presidência¹²¹ reafirmou a “tradição constitucional” reproduzindo todos os fundamentos constantes nos votos vencedores na ADin nº 492.

O ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir o seu voto invocou a tradição histórica para dizer:

[...]

É preciso examinar a matéria, com todo o respeito, dentro de uma perspectiva histórica. Historicamente, a partir da constituição da Justiça do Trabalho, desde a época do Estado Novo, inegavelmente a vocação da Justiça laboral é no sentido de dirimir dissídios de natureza trabalhista.

Parece-me certo exagero, com todo o respeito, querer-se ampliar essa competência e avançar para campos tradicionalmente, historicamente, delimitados para a Justiça Estadual e a Justiça Federal.

com o seguinte acréscimo: ‘exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação’. À norma promulgada, no entanto, suprimiu-se o trecho acrescentado pelo Senado, resultando na redação final idêntica àquela aprovada na Câmara dos Deputados” Defendem, assim, a violação ao disposto no artigo 60, § 2º da Constituição Federal, uma vez que o texto promulgado não foi efetivamente aprovados pelas duas Casas Legislativas (fls. 16 e ss).

¹²¹ Durante as férias, com fulcro no artigo 13, inciso VII, do RISTF, *ad referendum* do Plenário, para o fim de suspender “toda e qualquer interpretação dada do inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a ‘...apreciação...de causas que...sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo” (fl. 521).

Dentro dessa perspectiva histórica, também dou interpretação conforme a Constituição no sentido de afastar do conteúdo jurídico da expressão ‘relação de trabalho’ os servidores estatutários ou com vínculo de caráter jurídico-administrativo¹²².

O Ministro Joaquim Barbosa entende que “a relação entre a Administração e os servidores detentores de vínculo estatutário – legal, portanto – em nada se assemelha à relação contratual que une o trabalhador do setor privado às empresas regidas pela legislação trabalhista. Não há – todos nós sabemos – contornos negociais. São dois universos distintos”¹²³.

O Ministro Marco Aurelio, retomando os fundamentos principais da ADIn nº 492 ressaltou que naquela oportunidade afastou a competência da Justiça do Trabalho tendo em vista ter sido pontencializado o emprego do vocábulo “empregadores” que pressupunha a relação jurídica entre empregados e empregadores, logo, de vínculo de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Pontuou que na EC nº 45/2004 ocorreu uma ampliação significativa para excluir os fundamentos postos anteriormente ao aprovar um texto cujo conteúdo retirou os vocábulos “empregados” e “empregadores” substituindo-os, literalmente, por “ações oriundas da relação de trabalho”. Portanto, não havendo mais a referência a empregadores, fazendo diretamente a alusão a tomador de serviços¹²⁴.

Ao retomar os fundamentos sobre a aplicação do artigo 13 da Lei 8.112/90, o Ministro Marco Aurélio afirma que a relação entre servidor público e Estado é contratual. Afirmou que “Está revelado no preceito que, na admissão do servidor, será lavrado termo do qual constarão direitos e obrigações inalteráveis por qualquer das partes”¹²⁵. Para o Ministro Carlos Britto, “é uma impropriedade técnica”¹²⁶.

Ao fim e ao cabo, manteve-se em sua totalidade a “tradição constitucional”, como afirmara o Ministro Moreira Alves em seu voto na ADIn nº 492.

¹²² Acórdão ADIn nº 3395/DF , fl. 296/297.

¹²³ Acórdão ADIn nº 3395/DF , fl. 298.

¹²⁴ Acórdão ADIn nº 3395/DF , fl. 303/304 e 307.

¹²⁵ Acórdão ADIn nº 3395/DF , fl. 316.

¹²⁶ Acórdão ADIn nº 3395/DF , fl. 316.

Extrai-se dos fundamentos postos para discutir a competência da Justiça do Trabalho que o debate não ocorreu a partir da capacidade jurídica, mas a partir dos supostos do conceito de trabalhador e servidor público.

Em uma demonstração de um fundamentalismo hermenêutico a partir da análise do Poder Soberano, trabalhador e servidor público perdem sua condição de cidadão, passando um em relação ao outro como sendo dicotômicos e estes, para com o Estado, como súditos.

2.2. A garantia constitucional da negociação coletiva nas relações entre o Estado

Os fundamentos pela inconstitucionalidade da alínea “d” do artigo 240 da Lei 8.112/90, que permitia a negociação coletiva no âmbito do Estado, vem como tese jurídica da Procuradoria Geral da República que o direito de negociação coletiva assegurado aos servidores públicos civis regidos pela Lei nº 8.112/90 sendo “incompatível com a sistemática adotada pela Constituição Federal, principalmente quanto ao disposto nos seus artigos 37 e 41, já que qualquer vantagem atribuída ao servidor há de ser conferida por lei”¹²⁷. Para a Procuradoria Geral da República, “enquanto as relações de Direito Público caracterizam-se pela desigualdade jurídica das partes (Estado e administrado), nas de Direito Privado impõe-se a igualdade jurídica, a despeito de ser comum a desigualdade econômica”¹²⁸. Portanto, “aos entes públicos é vedado renunciar a ela e aos privilégios dela decorrentes. Só isso é suficiente para afastar a possibilidade da negociação coletiva, que pressupõe a transigência das partes envolvidas, para que se possam chegar a um acordo”¹²⁹.

Em seu voto, o Ministro relator Carlos Velloso afirmou concordar com a tese da Procuradoria Geral da República de que “os direitos, deveres, garantias e vantagens dos servidores públicos – seu status, enfim – são definidos unilateralmente pelo Estado-legislador, que pode, também unilateralmente, alterá-lo a qualquer momento, sem se cogitar de direito ao servidor à manutenção do regime anterior”. Portanto, entendeu o Ministro Relator que “é fácil perceber que a negociação coletiva (alínea d do art. 240) e o direito à ação coletiva (alínea e) é absolutamente inconciliável com o regime jurídico estatutário do servidor público”. Para ele, o conceito de negociação coletiva tem como finalidade a

¹²⁷ Acórdão ADin nº 492, p. 82.

¹²⁸ Acórdão ADin nº 492, p. 84.

¹²⁹ Acórdão ADin nº 492, p. 84.

[...]

alteração da remuneração. Ora, a remuneração dos servidores públicos decorre da lei e a sua revisão geral, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data (C.F., art. 37, X, XI). Toda a sistemática de vencimentos e vantagens dos servidores públicos assenta-se na lei, estabelecendo a Constituição a isonomia salarial entre os servidores dos três poderes (C.F., art. 37, XII), a proibição de vinculação e equiparação de vencimentos e que a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos e atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho (C.F., art. 39, § 1º).

Acresce que a Constituição deixa expresso que a lei que disponha sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, é de iniciativa privativa do Presidente da República (C.F., art. 61, § 1º, II, a), como é de iniciativa privativa do Presidente da República e a lei que disponha sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis (C.F., art. 61, § 1º, II, c). Quer dizer, a sistemática dos servidores públicos, regime jurídico, vencimentos e remuneração, assentam-se na lei, mesmo porque legalidade constitui princípio a que a Administração Pública deve obediência rigorosa (C.F., art. 37).

A Constituição, aliás, ao assegurar aos servidores públicos uma série de direitos dos trabalhadores em geral, (C.F., art. 39, § 2º), a eles não garantiu o direito ao 'reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho' (C.F., art. 7º, XXVI). Isto ocorreu, certamente, porque as relações entre os servidores públicos e o poder público são regidas por normas legais, porque sujeitas ao princípio da legalidade.

Não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar aos servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos de empregadores e de empregados, ou entre sindicatos de empregados e empresas e, malgrado o acordo, o direito de ajuizar o dissídio coletivo. E é justamente isto o que está assegurado no art. 240, alíneas d (negociação coletiva) e e (ajuizamento coletivo frente à Justiça do Trabalho) da citada lei 8.112, de 11.12.90.

[...]

Hoje, mais do que ontem, estou convencido da inconstitucionalidade da alínea d do art. 240 da Lei 8.112/90, que assegura aos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, o direito ‘de negociação coletiva’, e das disposições que, na alínea e, do mesmo artigo, asseguram aos referidos servidores públicos o direito à ação coletiva frente à Justiça do Trabalho. Tais disposições legais violam o art. 37 da Constituição Federal¹³⁰.

O Ministro Marco Aurélio, trazendo o fundamento em que rompe com o passado dentro do novo paradigma constitucional, diverge frontalmente do Ministro Relator quanto a impossibilidade de negociação coletiva. Em seu voto, afirma:

[...]

Um novo panorama constitucional surgiu com a Carta de 1988, considerada a relação de forças no embate administração pública – servidores, a ponto de viabilizar profícua dialética. Compreendeu-se a valia da atuação coletiva e, assim, foram previstos dois direitos indispensáveis à verificação desta última – o da sindicalização dos servidores e o de greve. A retrógrada visão de que o agrupamento sindical colocava em risco o bem comum visado pelo Estado fez-se substituir pelo reconhecimento de um direito que, desde muito cedo, desde a revolução industrial, mostrou-se salutar, contribuindo sobremaneira para a correção de desigualdades. No inciso VI do artigo 37 previu-se o direito à associação sindical e constata-se que a justificativa socialmente aceitável para a existência das entidades sindicais está, justamente, na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas – inciso II do artigo 8º. O frágil diálogo servidor, individualmente considerado, e Administração Pública cedeu lugar a outro em que os mais fracos envolvidos na relação jurídica atuam em conjunto e, por isso, passam a dispor de tom de voz mais audível. Por sua vez, o Estado conta hoje com interlocutor autorizado. Ainda como elemento viabilizador de uma maior atenção por parte do Estado, fixou-se, no inciso VII do citado artigo, o direito à greve, ou seja, de coletivamente demonstrar-se insatisfação com as circunstâncias reinantes por meio da paralisação dos serviços. Tal direito giza de forma

¹³⁰ Acórdão ADin nº 492, p. 93/95.

mais nítida o abandono das idéias pretéritas e é elemento revelador da postura democrática.

Pois bem, que valia terão os aludidos direitos se, a um só tempo, conclui-se que todos podem negociar, menos o majestático Estado?

Articulam os receosos do diálogo, aliás preconizado nas Convenções nº 151 e 154 da OIT, formalizadas em 1978 e 1991, com o fato de o Estado estar jungido, na outorga de direitos e vantagens, a previsão legal – artigo 169 da Constituição Federal. O enfoque não fulmina a salutar negociação, no que visa ao afastamento de um possível conflito coletivo de trabalho. A uma, porque a origem da regra do artigo 169 não está em paternalismo notado em rodadas de negociação coletiva com os servidores, mas nas distorções que outrora correram à conta de inescrupulosos administradores que, ao tratar com a coisa pública, faziam-no sem apego a princípios elementares, apadrinhando aqueles mais chegados e em relação aos quais buscavam, por isto ou por aquilo, agradar. A duas, porquanto negociação coletiva tem abrangência que extrapola a simples concessão de direitos, e exclui a de benesses. Pode mostrar-se como meio hábil até mesmo ao encaminhamento de projeto de lei contendo as condições de trabalho almejadas, como ocorreu, aliás, no período anterior ao próprio envio ao Congresso Nacional do Projeto que deu origem à Lei 8.112/90. Portanto, ainda que se diga que nem mesmo no campo coletivo, no qual pouca influência têm os interesses individuais, o Estado não pode transigir objetivando modificar as condições reinantes, tornando-se titular de direitos e detentor de obrigações, isto em face às peias do artigo 169, impossível é deixar de admitir que a negociação coletiva pode visar ao afastamento do impasse, do conflito seguido de greve, mediante a iniciativa, exclusiva do Executivo, de encaminhar projeto objetivando a transformação em lei do que acordado na mesa de negociações. A três, de vez que do Estado devem ser cobrados atos responsáveis, descabendo a adoção de medidas como se merecedor fosse de uma tutela extravagante e obstaculizadora de um entendimento em alto nível. A quatro, porquanto nem mesmo o Estado, do qual é esperado procedimento exemplar, pode prescindir desse instrumento viabilizador da paz social que é a negociação coletiva, no que, para a busca do entendimento global, geralmente coloca em plano secundário interesses isolados e momentâneos.

O que se mostra paradoxal é a existência de norma constitucional expressa prevendo a sindicalização e, mais do que isto, o direito à greve, para, a seguir, em interpretação de preceito constitucional diverso, dizer-

se que o Estado está protegido pela couraça da proibição de dialogar, ainda que objetivando o envio de projeto ao Legislativo, para este, na voz balizada dos representantes dos Estados – os Senadores – e do povo – os Deputados, diga da procedência do que reivindicado e negociado, não só considerados os interesses coletivos dos servidores, como também os da sociedade como um todo.

Entrementes, aponta-se que na referência à aplicabilidade aos servidores de direitos pertinentes aos trabalhadores urbanos e rurais não se fez alusão ao inciso do art. 7º da Carta que versa sobre o reconhecimento aos acordos e convenções coletivos – o de nº XXVI. Realmente, deu-se o silêncio. Todavia, há de se indagar: o legislador ordinário está impossibilitado de avançar no campo social e prever outros direitos além dos assegurados constitucionalmente? Em feliz imagem, é dado dizer, com já o fizeram alguns doutrinadores, que em termos de direitos sociais não se tem no ápice da pirâmide das normas jurídicas a de nível constitucional, mas aquela mais favorável ao trabalhador e mostra-se descabido dizer que os servidores públicos não o são. Por sinal, a própria Lei nº 8.112 contém a outorga de direitos que não estão sequer no rol do artigo 7º da Constituição Federal e para exemplificar cito a licença para tratamento da própria saúde por até dois anos e o prêmio por assiduidade. Se de um lado podemos ter como inviabilizada a formalização de convenção coletiva de trabalho, visto que a ordem jurídica exclui a formação de sindicatos de pessoas jurídicas de direito público – União, Estados e Municípios – de outro não se pode deixar de reconhecer que estes últimos podem firmar acordos coletivos, a menos que se queira alijar, no campo interpretativo, preceitos da própria Carta, tomando-os, também, por inconstitucionais. É que, na remissão contida no § 2º do artigo 39 supamencionado, há indicação de dois incisos do artigo 7º que versam justamente sobre o instrumento que é o acordo coletivo. Refiro-me aos incisos VI e XIII. O primeiro, após dispor sobre a irredutibilidade salarial, afasta-se desde que em convenção ou acordo coletivo as partes ajustem a respeito. O segundo, indica como via idônea à adoção quer do regime de compensação de horário, quer o de redução da jornada, o acordo coletivo.

Ora, difícil é conceber não só o enfoque limitativo da remissão, como também da feitura de acordo coletivo que somente beneficie o Estado, a menos que se tenha o sindicato da categoria profissional dos servidores como integrado por ‘pelegos’, vocábulo outrora consagrado para designar

aqueles que atuavam como dirigentes sindicais sem independência, ou seja, presos à autoridade do Ministério do Trabalho.

Frise-se, por oportuno, que, no tocante ao inciso VI, a remissão contida no § 2º somente se justifica quanto à parte final, já que, em relação à regra básica nele contida, ter-se-ia a superposição, pois o inciso XV do artigo 37 da Carta dispõe especificamente sobre a irredutibilidade de vencimentos.

A forma viável de o Estado chegar à redução dos salários, à compensação da jornada ou à redução desta é, como está na Lei Máxima – incisos VI e XIII do artigo 7º, aplicável ao servidores por remissão inserta no § 2º do artigo 39 – negociando – e, como é óbvio, a negociação não é via de mão única, sob pena de revelar-se unilateralmente e, portanto, uma verdadeira imposição.

Peço vênias ao nobre Relator para dele divergir. Entendo que a negociação coletiva está assegurada pela própria Constituição Federal, quer implicitamente, ao prever o direito à sindicalização e à greve, quer por remissão expressa – incisos VI e VII do artigo 7º, no que dispõem que os salários e a jornada de trabalho podem ser reduzidos, desde que isto ocorra mediante acordo coletivo - § 2º do artigo 39.

De qualquer maneira, dentre as interpretações possíveis, deve ser agasalhada a que conduza à compatibilidade do texto com a Carta. Impossível é concluir pela inconstitucionalidade de um preceito de lei mediante presunção discrepante da normalidade, sendo que do administrador somente pode esperar-se procedimento harmônico com os princípios que norteiam os atos da Administração Pública. Frente às limitações constitucionais, as negociações com os servidores certamente não terão a amplitude daquelas ligadas ao setor privado, mas daí excluí-las é olvidar o próprio texto constitucional além de retroagir-se a fase em relação à qual não se deve guardar saude¹³¹.

Ficando isoladamente vencido neste ponto, o voto proferido pelo Ministro Relator fora vencedor ficando mantida, portanto, a tese do interesse do Estado frente aos servidores públicos e administrados, quer no tocante às relações de trabalho quer no tocante ao processo de negociação coletiva.

¹³¹ Acórdão ADin nº 492, p. 121/126.

As teses antagônicas apontadas pelo voto vencedor do Ministro Relator e do voto vencido do Ministro Marco Aurélio apontam para a insistência da doutrina clássica da dicotomia público e privado. Enquanto o primeiro reafirma o paradigma do Estado Liberal¹³², o segundo aponta visivelmente para o paradigma do Estado Social¹³³.

¹³² No Estado Liberal o público acaba por ser reduzido as suas funções mínimas e o privado passa a ser superdimensionado.

¹³³ No Estado Social o público passa a ser superdimensionado enquanto o privado passa a ser reduzido a suas funções mínimas.

2.3. A reconstrução da efetividade da cidadania: a mudança de paradigma da teoria constitucional

A efetividade da cidadania necessariamente nos conduz à mudança de paradigma da teoria da constituição, a partir de uma proposta discursiva onde seremos reconhecidos como sujeitos ativos e destinatários ao mesmo tempo. A reconstrução da configuração discursiva do público e do privado num Estado Democrático de Direito é fundamental não para alargarmos a tábua de direitos fundamentais mas para que possamos ter olhar para a relação entre o Estado e cidadão.

A visão kelseniana de que o interesse público deve se sobrepor a todas as formas de condutas da sociedade a partir do conceito de que o público se reduz ao estatal não atende mais às mudanças ocorridas na estrutura social em que se exige que o público passe a ser visto como a esfera pública constitucional a partir de uma distinção constitutiva entre o público e privado. A distinção entre o público e o privado no paradigma do Estado Democrático de Direito é muito bem apontada por Cristiano Paixão quando observa que:

A relação **público-privado** passa por nova transformação. Analisando-se retrospectivamente essa dicotomia nos dois paradigmas anteriores, percebe-se que, não obstante a oscilação de orientação entre público e privado (no Estado Liberal, o privado superdimensionado e o público reduzido a suas funções mínimas, e no Estado Social, uma inversão dos pólos), há uma linha de continuidade entre os dois modelos de constitucionalismo: ambos tendem a diluir o público no estatal. Ocorre, porém, que, com a emergência dos movimentos sociais mencionados, não há mais como identificar o público com o Estado. Na verdade, as manifestações que surgem de forma difusa em setores da sociedade – relacionadas aos chamados “direitos de terceira geração” – veiculam reivindicações de direitos que não podem ser atendidos (mediante compensação) pelo Estado, que é, em grande parte das situações, responsável (por ação ou omissão no dever fiscalizador) pelos danos que ocasionam as próprias reivindicações (os exemplos mais evidentes concentram-se nas demandas relativas à tutela do meio ambiente, ao direito do consumidor, à defesa do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico e à atenção a pessoas portadoras de necessidades especiais). De outra parte, a esfera privada aparece revalorizada. Tanto é

assim que a proposta discursiva de Habermas procurará, na formulação teórica do Estado Democrático de Direito, resgatar as pretensões de autodeterminação, autonomia e liberdade, que estão na base de sua teoria do agir comunicativo e de sua proposta de releitura da racionalidade construída no Ocidente. E, evidentemente, a efetividade dessas premissas depende da existência de uma esfera privada independente do poder administrativo. Observa-se, pois, que as esferas do público e privado, tratadas, tanto no paradigma do Estado Liberal quanto no do Estado Social como opostas (modificando-se apenas a direção da “seta valorativa”), passam, num cenário de construção do paradigma do Estado Democrático de Direito, a ser vistas como complementares, equíprimordiais. E é essa mesma relação de equíprimordialidade que norteará a redefinição da dicotomia **direito público-direito privado**. Numa sociedade complexa, algumas distinções conceituais tornam-se fluidas e variáveis. O direito privado passa a ter espaços – antes inteiramente preservados de qualquer disposição de ordem normativa – regulamentados em lei. Isso se torna visível especialmente no direito de família. E, da mesma forma, algumas das disciplinas antes classificadas como de direito público passam a assumir uma feição cada vez mais aberta à possibilidade de argumentação, à inserção de elementos ligados à iniciativa individual. Um exemplo ilustrativo são as normas que autorizam transação penal ou suspensão da punibilidade em face da admissão da prática do ilícito¹³⁴.

Como afirma Paixão, a complexidade da sociedade não nos permite que se estabeleça conceitos rígidos, imutáveis. É a situação do conceito de serviço público, que vem sendo empregado pelo Supremo Tribunal Federal para afastar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os conflitos entre o Estado e seus servidores públicos.

Nesta perspectiva não se pode conceber que o direito de cidadania tenha o seu corte de proteção no momento em que passa, nas relações de trabalho, a ser servidor público. Os princípios constitucionais da administração pública não podem ser o fator de exclusão de cidadania, posto que, ao assim proceder, o Estado deixa de ser democrático, passando ao fundamentalismo.

¹³⁴ PAIXÃO, Cristiano. **Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito**. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003.

A noção de serviço público deve ser reconstruída a partir da tensão constitutiva entre soberania popular e direitos humanos vinculando à noção de cidadania e dos mecanismos de legitimação democrática exercida pelo poder público a legitimação do direito¹³⁵.

Mesmo utilizando os conceitos clássicos de serviço público em que este deve ser prestado à sociedade pelo Estado,¹³⁶ não se pode perder de vista que o servidor público é sujeito ativo e destinatário ao mesmo tempo desta relação entre Estado e sociedade.

A Constituição da República de 1988 nos sinaliza o caminho que a linguagem jurídica deve trilhar para obter a real interpretação do conceito de serviço público a partir do exercício da cidadania. O artigo 1º da Constituição da República do Brasil de 1988 afirma que esta é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania, II - a cidadania, III - a dignidade da pessoa humana, IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o V - pluralismo político¹³⁷. O artigo 3º confere aos objetivos da República Federativa do Brasil como fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção, sem preconceitos de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹³⁸. A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa cujo objetivo a ser alcançado é a existência digna de todos de acordo com a justiça social e os princípios a serem observados como: “I – soberania nacional, II – propriedade privada, III – função social da propriedade, IV – livre concorrência, V – defesa do consumidor, VI – defesa do meio ambiente, VII – redução das desigualdades regionais e sociais, VIII – busca do pleno emprego e IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”¹³⁹.

¹³⁵ Habermas, (1997a, p. 113-240)

¹³⁶ Neste sentido Eros Roberto Grau afirma que a noção de serviço público “há de ser construída sobre as idéias de *coesão* e de *interdependência social*. Dela nos aproximando, inicialmente diremos que assume o caráter de serviço público qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima)”. **Constituição e Serviço Público**, p. 265. In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). **Direito Contitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros Editores. 2001.

¹³⁷ Constituição da República do Brasil – CRB/88

¹³⁸ Constituição da República do Brasil – CRB/88 – artigo 3º, inciso I a IV.

¹³⁹ Constituição da República do Brasil – CRB/88 - artigo 170.

Os princípios constitucionais impõem uma coesão interna entre cidadania, Estado e Direito. O princípio da soberania popular expressa-se nos direitos fundamentais e participação que asseguram a autonomia pública dos cidadãos¹⁴⁰.

Este rompimento entre o conceito do passado é exigido tendo em vista não se poder mais entender a liberdade como ausência de leis e igualdade como meramente formal. Trata-se, portanto, de se entender a liberdade como numa igualdade tendencialmente material reconhecendo na lei a diferença material entre as pessoas e sempre a proteção do lado mais fraco das relações intersubjetivas.¹⁴¹

Ao negar a condição de cidadão do servidor público afastando os direitos previstos na constituição decorrente de uma relação de trabalho o Supremo Tribunal Federal deslegitima o próprio direito. Segundo Habermas,

O direito legitima-se dessa maneira como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada. Ainda assim, a filosofia política não logrou de forma séria dirimir a tensão entre soberania popular e direito humanos, entre a ‘liberdade dos antigos’ e ‘liberdade dos modernos’. A autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis. Quando é esse o caminho traçado, entrão uma das idéias só pode ser validada à custa da outra. E a equiprimordialidade de ambas, intuitivamente elucidativa, não segue adiante.[...]

a legitimidade dos direitos humanos se deveria ao resultado de um auto-entendimento ético e de uma autodeterminação soberana de uma coletividade política; no outro caso, os direitos humanos, já em sua origem, constituiriam barreiras que vedariam à vontade do povo quaisquer ataques a esferas de liberdade subjetivas e intocáveis.¹⁴²

¹⁴⁰ Habermas, **Inclusão do Outro**. p. 298.

¹⁴¹ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Constrole de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria a Constituição**. In: Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte, v. 1. nº 1, Março de 2001, p. 17.

¹⁴² Habermas, **Inclusão do Outro**. p. 299.

No paradigma do Estado Democrático de Direito há o rompimento da relação verticalizada entre o Estado e o servidor público momento em que esta relação passa a se dar a partir da horizontalização dos direitos. Não há mais espaço para poder de império, absoluto. Não há mais a possibilidade de olharmos o servidor público como serviçal sem direitos para com o Estado apenas os deveres impostos por estar à “serviço da sociedade”. Os direitos de cidadania devem ser aplicados em todas as esferas do Poder independentemente da forma de sua contratação ou seja, quer seja resultante de contrato administrativo ou contrato de trabalho. A Constituição, ao tratar dos servidores públicos nos artigos 39 a 41, estabeleceu a relação entre o servidor público e o Estado a partir de uma nova configuração interna, democrática, que impede uma supremacia do Estado em que despreza o direito de cidadania¹⁴³. A Constituição da República, ao regular entre Estado e servidor público, aproximou a relação bilateral definindo tão somente o âmbito de atuação do Estado, não para impor a sua supremacia, mas para poder estabelecer, democraticamente, a relação de proteção contra atos abusivos e controle do Estado.

A imposição de uma dicotomia entre relações de trabalho e relações jurídico-administrativas mantidas pelo Supremo Tribunal Federal em várias decisões¹⁴⁴ invade o

¹⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello em sentido contrário, afirma que a Constituição ao tratar dos “Servidores Públicos, empenhou-se em traçar, nos numerosos parágrafos e incisos que o compõem, os caracteres básicos de um regime específico, distinto do trabalhista e tratado com amplitude”. Para ele, as normas específicas sobre aposentadoria, sobre estabilidade, sobre reintegração, disponibilidade e ao referir-se a ‘cargo’, não foram textualmente escritas para depois permitir que “tal regime fosse desprezado e adotado o regime laboral comum (ainda que sujeito a certas refrações)”. Seria, para ele, “um contra-senso a abertura de toda uma ‘Seção’, com minuciosa disciplina atinente aos ocupantes de cargo público, se não fora para ser este o regime de pessoal eleito com prioridade sobre qualquer outro”. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 28ª Edição, 22.12.2010, p. 261.

¹⁴⁴ A Ministra Carmem Lúcia, em voto vencedor nos autos da Reclamação nº 4489-1 – Pará, fundamentou que: “É inquestionável que somente a Justiça do Trabalho tem competência para reconhecer a existência de vínculo empregatício cuja relação jurídica seja regida pela legislação trabalhista. No entanto, da mesma maneira que a Justiça Comum não pode dizer da existência ou da descaracterização de uma relação trabalhista, também não pode a Justiça do Trabalho o fazer relativamente às relações jurídico-administrativas. Se, apesar de o pedido relativo a direitos trabalhistas, os autores da ação suscitam a descaracterização da contratação temporária ou do provimento comissionado, antes de se tratar um problema de direito trabalhista a questão deve ser resolvida no âmbito do direito administrativo, uma vez que para o reconhecimento da relação trabalhista terá o juiz de decidir se há vício na relação administrativa que o descaracterize. Sob a alegação de ser preservar a competência da Justiça do Trabalho para o exame da caracterização de eventual relação regida pelo direito do trabalho o Supremo Tribunal estaria delegando àquela justiça especializada a possibilidade de desconsiderar a relação jurídico-administrativa originalmente formada entre as partes por força da lei e do contrato. Isso, data venia, fere a decisão liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395, simplesmente porque não é possível reconhecer-se a existência de vínculo de natureza trabalhista entre servidor com contrato temporário ou provimento comissionado e a Administração Pública sem antes analisar a correção da relação administrativa originalmente estabelecida”. DJE 222, Publicação em 21/11/2008. Nesta reclamação importante salientar o voto do Ministro Marco Aurélio em que partindo de pressupostos processuais julgava, enquanto relator, improcedente a Reclamação. Fundamentou o Ministro Marco Aurélio que “no caso concreto, houve – e houve perante a jurisdição cível especializada, que é a jurisdição do trabalho – o ajuizamento de uma ação trabalhista em que a prestadora dos serviços acionou princípio muito caro ao Direito do Trabalho, que é o da realidade. E apontou que a contratação ocorrida seria simplesmente uma contratação de fachada. E evocou a existência de vínculo não especial, mas empregatício, pretendendo, nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho e legislação esparsa, aviso prévio, décimo terceiro salário, fundo de garantia, multa pelo despedimento sem justa causa e, friso,

campo do público e privado impondo interpretação em que o servidor público perde sua condição de sujeito de direitos, sua própria identidade constitucional para ceder lugar ao interesse do Estado impondo uma relação submissa, de escravo.

Nesta perspectiva, a releitura a partir da perspectiva discursiva nos permite traçar a estreita relação entre o paradigma do Estado Democrático de Direito e a reconstrução hermenêutica entre Estado e Servidor público. Com a mudança de paradigma o direito de cidadania passa a ser o foco da relação entre o público e privado como complementariedade, como um processo de participação efetiva. Novos tipos de direitos emergem desta relação, direitos estes que se apresentam como natureza de proteção jurídica de interesses difusos que vão além do público e privado problematizando todo o campo relacional exigindo a todo momento a revisão de tudo¹⁴⁵.

Os princípios constitucionais que regem o servidor público com a sua relação com o Estado não podem ser o ponto de chegada para uma interpretação constitucionalmente adequada e sim o seu ponto de partida. A conquista destes direitos constitucionais é apenas um início, uma vez que os princípios maiores da igualdade e liberdade foram devidamente alcançados. É o desafio da aplicação do direito. Para Menelick de Carvalho Netto,

A validade da própria lei e de seus dispositivos específicos depende de sua coerência com os princípios que se encontram na base da (comunidade de princípios instituída pela) Constituição, ou seja, a validade da leitura do legislativamente aprovado deve ser condicionada pela melhor leitura dos princípios constitucionais em um amplo e

anotação da Carteira de Trabalho. Como é definida a competência? A jurisdição é una, mas sabemos que, ante a necessidade de racionalização, há diversos segmentos. Como é definida a competência considerada certa causa ajuizada? É definida a partir das causas de pedir e dos pedidos formulados na inicial. Procedência ou improcedência resolve-se em outro campo, que não é o da competência. Se a recorrida tivesse realmente ajuizado uma ação acionando a lei estadual, que encerra o citado regime especial, ajuizou uma ação trabalhista, evocando, a partir do princípio da realidade, a partir do dia-a-dia da prestação de serviços, a existência de contrato de trabalho. Ora, temos decidido – e cito um precedente de Vossa Excelência, Presidente, neste Plenário, no Conflito de Competência nº 7.128-1, Santa Catarina – que, nesses casos em que se pede – repito – o reconhecimento do vínculo empregatício, competente para dizer se existente ou não o vínculo é a Justiça do Trabalho. E quer considerada a Constituição anterior, quer a Constituição atual, que, ante a Emenda Constitucional nº 45, ampliou-se e muito a competência da Justiça do Trabalho, no que veio a expungir a referência, no artigo 114, a empregador – que pressupõe sempre o vínculo empregatício -, aludindo à relação trabalho-gênero”. Acórdão fls. 202/203.

¹⁴⁵ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria a Constituição.** In: Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte, v. 1. nº 1, Março de 2001, p. 17.

contínuo debate público, difuso e institucional, que também leve em conta reflexivamente o nosso passado para melhor compreendermos os desafios presentes e não nos cegarmos quanto aos desafios futuros com que virá a se defrontar o nosso projeto comum. Desafios sempre postos de forma constitutiva a esse fluxo comunicativo que, hoje, em doutrina constitucional, denominamos “povo”. Desse modo, a Filosofia Política, a Teoria da Constituição e a Teoria e a Sociologia do Direito podem ver hoje que o Legislativo é somente a porta de entrada de argumentos no sistema jurídico; a leitura e as releituras, o desenvolvimento e a aplicação desses textos que expressam os argumentos ali aprovados serão realizados, inclusive ao longo do tempo, pela própria sociedade em geral, pela Administração Pública de ofício e com poder império e, na hipótese de controvérsia acerca do sentido ou da viabilidade constitucional das pretensões neles fundadas, mediante provocação, pelo Judiciário, a quem cabe dirimir de forma vinculante esses conflitos e dúvidas¹⁴⁶.

A abertura da Constituição, estabelecida no § 2º do artigo 5º, nos impõe o dever de interpretar a relação entre o Estado e o servidor público não mais como subserviência. O fim do sistema feudal nos obriga a reconstruir a relação dos servidores públicos com o Estado¹⁴⁷. Como afirma Mario de La Cueva, “a expansão do direito do trabalho para o servidores públicos não foi um elemento co-substancial das origens do estatuto laboral, mas um efeito posterior, consequência de sua força expansiva e de seu sentido de universalidade”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. **Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei**. Publicado na Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara -Veredas do Direito Vol. 2 - Nº 4 - jul. a dez. – 2005.

¹⁴⁷ Mario de La Cueva afirma que a “Revolução Francesa, que derrubou o antigo regime, impôs um fim ao sistema medieval dos ofícios e comissões e abriu as portas para a restauração da função pública em conformidade com o pensamento democrático que o animou”(tradução livre). No original: “La Revolución Francesa, que derrumbó a L’Ancien Règime, puso fin al sistema medieval de los oficios y comisiones y abrió las puertas a la reestructutación de la función pública de confirmidad con el pensamiento democrático que la animaba”. **El Nuevo Derecho Mexicano Del Trabajo: História, princípios fundamentais, derecho individual y trabajadores especiales**. Decimacuarta Edición. Tomo I. Editorial Porrúa S.A. México, 1996, p. 616. A partir do século das luzes, revolução francesa, é importante frisar que a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789 em seu artigo 6º decretou que “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer para sua formação, pessoalmente ou através de seus representantes. Ela deve ser a mesma para todos, seja aos que protege, seja aos que pune. **Todos os cidadãos sendo iguais aos seus olhos são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção, além de suas virtudes e seus talentos**”. (o realce é meu).

¹⁴⁸ “la extensión del derecho del trabajo a los trabajadores públicos no fue un elemento co-substancial en los orígenes del estatuto laboral, sino en efecto posterior, consecuencia de su fuerza expansiva y de su sentido de universalidad”. In **El Nuevo Derecho Mexicano Del Trabajo: História, princípios fundamentais, derecho individual y trabajadores especiales**. Decimacuarta Edición. Tomo I. Editorial Porrúa S.A. México, 1996, p. 623.

2.4. Trabalho, Estado e negociação coletiva

A reconstrução necessária da relação entre Trabalho, Estado e negociação nos impõe olhar para o passado de uma maneira crítica, sob pena de reproduzirmos no futuro o próprio passado. A relação jurídico-política a partir de uma conceituação filosófica constitucional do trabalho reafirma a necessidade de encontrarmos a verdadeira identidade constitucional do trabalho. Nessa concepção, ou seja, na filosofia político-constitucional contemporânea, o indivíduo não vive mais sozinho, ele não se basta em si mesmo. Nessa filosofia comunicativa (Habermas) o indivíduo só existe se é percebido em razão de sua linguagem. Portanto, o cidadão somente adquire direitos porque é percebido pelo outro. Significa que no mundo contemporâneo não há mais a existência individual, egoísta. Por este motivo, fazemos uma troca nas relações coletivas. Nesse aspecto, a filosofia, quando dialoga com o direito afirma não existir mais relações individuais, devendo ser preservadas as relações coletivas. Reforça-se aqui o conceito de solidariedade, um conceito a partir do qual eu só existo em razão do outro e não para que eu me baste em mim mesmo. E se eu somente existo em razão do outro é porque existe um Direito maior: o direito coletivo.

O direito coletivo passa a nos proteger dentro das relações individuais e não mais, como era num concepção liberal, em que o direito individual busca de forma eventual a proteção coletiva. Neste contexto, o conceito de cidadania está intimamente ligado a um conceito coletivo de direito, de solidariedade. Essa percepção deve permear toda a relação de trabalho quer entre o capital e o trabalho, quer entre o Estado e o trabalho, a sociedade. Esta relação não pode ser vivida, entendida e aplicada de forma isolada sob pena de quebrar o conceito coletivo de Direito, de solidariedade, com privilégio individual, logo, violando os princípios constitucionais da liberdade e igualdade.

O constitucionalismo social afirmou o direito coletivo como direito fundamental, um direito institucional do trabalhador como direito de cidadania. A mudança de paradigma para o Estado Democrático de Direito nos ensinou que texto não é capaz de solucionar o conflito, mas apenas de reduzir a sua complexidade. Se a hermenêutica filosófica político-constitucional mais adequada é aquela que busca a finalidade do texto a partir do contexto que se está interpretando, temos que a capacidade de aplicar a norma a partir dessa interpretação deve se voltar para o olhar coletivo de proteção dos direitos fundamentais. Não

existe igualdade entre norma e direito. Por isso a complexidade da sociedade requer que as decisões coletivas sejam levadas em consideração para efetivar o direito.

Neste contexto, a interpretação conferida pela ADin nº 492 no tocante à impossibilidade dos servidores públicos exercerem de forma democrática, ampla, solidária e participativa de um processo negocial com o Estado retira da Constituição o seu próprio conteúdo normativo privatizando a própria esfera pública. As aporias dos direitos fundamentais nos remetem à necessidade de um olhar coletivo para a proteção individual perante o Estado. Se pensarmos que a relação do Estado com o servidor público permanece como no século IX existindo como forma de proteção do Estado e submissão da sociedade a ele iremos negar a própria cidadania.

A negociação coletiva decorre do reconhecimento do próprio direito de sindicalização em reconhecimento ao direito coletivo do trabalho, quer nas relações privadas, quer nas relações públicas, como mecanismo democrático e eficaz para a solução dos conflitos. A redução da negociação coletiva à reivindicação de remuneração congela o direito coletivo do trabalho no tempo e retira do próprio artigo 37, inciso VI¹⁴⁹ da Constituição da República o seu conteúdo normativo, com consequências que atingem inclusive o direito internacional, uma vez que a Organização Internacional do Trabalho, através da Convenção nº 87¹⁵⁰, confere aos servidores públicos o direito à sindicalização¹⁵¹.

¹⁴⁹ CRB/88 – artigo 37 – [...] VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

¹⁵⁰ Sobre a aplicação no ordenamento jurídico doméstico da Convenção nº 87 da OIT independentemente de sua ratificação ver: LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor Constitucional para a Efetividade das Relações de Trabalho**, São Paulo: Editora LTr, 2006.

¹⁵¹ Mario de La Cueva citando Georges Spyrouopoulos, membro ativo da Oficina Internacional do Trabalho, ao tratar do âmbito de aplicação da Convenção nº 87 da OIT diz que “se aplica a todos os trabalhadores e a todos os empregadores, sem nenhuma distinção. Consequentemente, os funcionários públicos podem se beneficiar dela. Existe, porém, uma ressalva, uma vez que o artigo 9º da Convenção remete para a legislação nacional a faculdade de decidir se as garantias nela previstas se aplicam às forças armadas e a polícia”. (tradução livre). Original: “se aplica a todos los trabajadores y a todos los empleadores, sin ninguna distinción. En consecuencia los funcionarios públicos pueden acogerse a ella. Existe, sin embargo, una reserva, pues en el artículo noveno de la convención deja a la legislación nacional la facultad de decidir si las garantías previstas por ella se aplicarían a las fuerzas armada y a la policía”. **El Nuevo Derecho Mexicano Del Trabajo: História, principios fundamentales, derecho individual y trabajadores especiales**. Decimacuarta Edición. Tomo I. Editorial Porrúa S.A. México, 1996, p. 627.

De fato as primeiras manifestações de uma negociação coletiva tiveram como escopo unicamente o estabelecimento de melhores condições de salário¹⁵². Contudo, esta perspectiva limitada ao salário foi sendo afastada, na medida em que o direito coletivo ganha força como mecanismo concreto de proteção das relações de trabalho¹⁵³. Ampliando seu poder de estabelecimento de normas, a negociação coletiva foi inserida como mecanismo de estabelecer novas condições de trabalho com a participação ativa dos atores envolvidos – trabalhador e empregador.

Seguindo o princípio de liberdade sindical e negociação coletiva estabelecido pelas Convenções nº 87 e 98¹⁵⁴ da Organização Internacional do Trabalho, foi garantida, a negociação coletiva no âmbito da Administração Pública, com a adoção da Convenção nº 151 da OIT em 27 de junho de 1978. Esta convenção estabelece que o País que a ratificar deverá adotar as medidas adequadas às condições nacionais para estimular o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de negociação entre as autoridades públicas e as organizações de trabalhadores públicos, visando a permitir a participação destes na determinação das

¹⁵² Para Mauricio Godinho Delgado “A importância da negociação coletiva transcende o próprio direito do Trabalho. A experiência histórica dos principais países ocidentais demonstrou, desde o século XIX, que uma diversificada e atuante dinâmica de negociação coletiva no cenário das relações laborativas sempre influenciou, positivamente, a estruturação mais democrática do conjunto social. Ao revés, as experiências autoritárias mais proeminentes detectadas caracterizam-se por um Direito do Trabalho pouco permeável à atuação dos sindicatos obreiros e à negociação coletiva trabalhista, fixando-se na matriz exclusiva ou essencialmente heterônoma de regulação das relações de trabalho. [...] Considerada a evolução do Direito do Trabalho nos séculos XIX e XX, podem-se perceber alguns modelos principais de ordens jurídicas trabalhistas nos países ocidentais de capitalismo central.[...] O primeiro padrão de organização (que se desdobra em dois subtipos) corresponde àquele inerente às sociedades democráticas consolidadas, cumprindo relevante papel na configuração própria da Democracia nessas sociedades. O outro padrão principal de estruturação do mercado de trabalho e do seu ramo jurídico especializado consiste no padrão corporativo-autoritário, que teve presença marcante em diversas experiências políticas do mundo ocidental contemporâneo”. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 1303.

¹⁵³ Mauricio Delgado aponta que a negociação coletiva possibilita uma ampla possibilidade de “validade e eficácia jurídica das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, está também claro que essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis. Há limites objetivos à adequação setorial negociada; limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista”. Para Delgado, este “patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança do trabalho, normas concernentes as bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc)”. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 1330/1331.

¹⁵⁴ **artigo 4º** prevê a adoção de medidas que estimulem e fomentem a o pleno desenvolvimento e o uso de procedimentos de negociação voluntária entre organizações sindicais, com o objetivo de regulamentar por meio de contratos coletivos as condições de emprego. Seu **art. 5º** prevê que a legislação nacional estabeleça o alcance destas medidas no que respeita à sua aplicação com relação à polícia e forças armadas, com o quê torna-se clara sua aplicação ao serviço público.

referidas condições de trabalho¹⁵⁵. Traz esta Convenção, a 151, o pressuposto de que o processo de negociação coletiva não mais está restrito às reivindicações de aumento salarial¹⁵⁶.

A Organização Internacional do Trabalho afirma a igualdade de tratamento, quer para os trabalhadores do setor privado, quer dos trabalhadores do setor público. Não faz distinção entre os direitos de sindicalização e de negociação coletiva.

O Supremo Tribunal Federal, no exercício do seu controle concentrado de constitucionalidade, desprezando a experiência de um direito coletivo e de uma jurisdição difusa de constitucionalidade a partir da jurisdição constitucional do trabalho, ao julgar o Mandado de Injunção de 712 faz uma clara distinção, ou melhor, uma discriminação entre os trabalhadores da iniciativa privada e os trabalhadores, servidores públicos. Para os trabalhadores em geral estabeleceu um forte componente de complementariedade entre o público e o privado, já que garante eficazmente no âmbito da esfera pública um direito coletivo institucional (direito de greve). Afirmou neste julgamento, a partir do voto vencedor do Ministro Relator Eros Grau, que aos trabalhadores em geral o direito de greve, logo, direito coletivo, a Constituição cofere um direito “ilimitado” de greve, já que afirma que a Constituição “não prevê limitação do direito de greve”¹⁵⁷. Entende que a liberdade de exercê-lo é exclusivamente dos trabalhadores, assim como o direito a se defender. Afirmou que a lei,

¹⁵⁵ A Convenção nº 154 da OIT, adotada pela OIT em 19 de junho de 1981 e ratificada pelo Brasil em 10 de julho de 1992, visa ao estabelecimento de medidas que fomentem a prática de negociação coletiva quer no âmbito público quer no âmbito privado.

¹⁵⁶ É importante ressaltar que este posicionamento da Organização Internacional do Trabalho já vem sendo aplicado há muito pelo seu Conselho de Administração através de decisões cujas queixas são apresentadas a Estados parte que, tendo ratificado a Convenção nº 151 se recusa a proceder a negociação coletiva. Cita-se: **893**. Todos os trabalhadores da administração pública, que não estão a serviço da administração do Estado, deveriam gozar do direito de negociação coletiva e se deveria dar prioridade a esse direito como meio de resolver os conflitos que possam surgir na definição das condições de emprego na administração pública. [Ver informe 291º, Caso nº 1557, parágrafo 285(a)]; **898**. O Comitê está consciente de que a negociação coletiva no setor público exige a verificação dos recursos disponíveis nos distintos organismos ou empresas públicas; de que esses recursos estão condicionados a orçamento do Estado e de que o período de vigência dos contratos coletivos no setor público nem sempre coincide com a vigência orçamentária do Estado, o que pode por dificuldades. Na medida em que as receitas das empresas e entidades públicas dependem do orçamento do Estado, não seria objetável que – depois de uma ampla discussão e consulta entre empregadores e organizações sindicais interessadas no seio de um sistema que conte com a confiança das partes – se estabelecessem tetos salariais em leis orçamentárias do Estado e que o ministério da economia e da fazenda fizesse um relatório antes de se iniciar a negociação coletiva com vista a que se respeitassem os ditos tetos. Independentemente de toda opinião expressa pelas autoridades financeiras, as partes na negociação deveriam estar em condições de poder concluir livremente um acordo; se assim não fosse, o exercício das prerrogativas da autoridade pública em matéria financeira, que tenha por efeito impedir a livre conclusão de convenções coletivas, não seria compatível com o princípio da liberdade de negociação coletiva. Nesse sentido, dever-se-ia prever um mecanismo para que, no processo de negociação coletiva em empresas do Estado, as organizações sindicais e os empregadores fossem devidamente consultados e pudessem expressar seus pontos de vista às autoridades financeiras responsáveis pela política de remuneração das empresas do Estado. [Ver informe 292º, Caso nº 1731, parágrafo 778.]

¹⁵⁷ Voto Relator Ministro Eros Grau, Acórdão de fl. 394.

“não pode restringí-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve: greves reivindicatórias, greves de solidariedade, greves políticas, greves de protesto”. A lei somente poderá definir os “serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”¹⁵⁸.

Contudo, para os servidores públicos faz uma nítida diferenciação entre o direito coletivo (no caso greve) constitucionalmente previsto. Afastando o direito ilimitado, afirma que o “artigo 37, VII, consubstancia norma especial em relação ao caráter geral do preceito veiculado pelo artigo 9º”¹⁵⁹, na medida em que este remete para a lei específica os termos e os limites do exercício do direito coletivo de greve¹⁶⁰.

Para o Ministro Eros Grau, há duas razões específicas para esta “diferenciação”:

[...]

15. Em primeiro lugar porque na relação estatutária do emprego público não se manifesta entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de Capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício.

16. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. Vale dizer: a greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação de serviço público. Por isso é relativamente tênue, por exemplo, enquanto poder de fato dotado de capacidade de reivindicação social, a greve exercida no setor de ensino público. Como a falta da utilidade social somente será sentida a tempo mais longo, as paralisações aí praticadas permanecem durante largos períodos de tempo, até que as reivindicações às quais estejam voltadas sejam atendidas, quando e se isso ocorra.

¹⁵⁸ Voto Relator Ministro Eros Grau, Acórdão de fl. 395.

¹⁵⁹ Voto Relator Ministro Eros Grau, Acórdão de fl. 395.

¹⁶⁰ Voto Relator Ministro Eros Grau, Acórdão de fl. 395.

16. Em segundo lugar, na noção que dele podemos enunciar é --- observei alhures --- a atividade explícita ou implicitamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (DUGUIT) --- ou, em outros termos, atividade explícita ou implicitamente definida pela Constituição como serviço existencial [permito-me enfatizar: existencial, não essencial, mais do que essencial] existencial, dizia, relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (CIRNE LIMA).

18. Daí o caráter especial --- de norma especial --- do artigo 37, VII, em relação à norma geral extraída do artigo 9º da Constituição do Brasil, cujo § 1º diz que “[a] lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade.

19. Por isso tenho que a Lei nº 7.783, de 20.06.89, atinente à greve dos trabalhadores em geral, não se presta, sem determinados acréscimos, bem assim algumas reduções do seu texto, a regular o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Este reclama, em certos pontos, regulação peculiar, mesmo porque ‘serviços ou atividades essenciais’ e ‘necessidade inadiáveis da coletividade’ não se superpõem a ‘serviços públicos’; e vice-versa. Trata-se aí de atividades próprias do setor privado, de um lado --- ainda que essenciais voltadas ao atendimento de necessidades inadiáveis da coletividade --- e de atividades próprias do Estado, de outro.

20. Daí porque, de início, não me parece deva ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei nº 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício.

21. Isso me leva a alterar posição que anteriormente assumi, ao afirmar que a norma veiculada pelo artigo 37, VII é de eficácia contida. Pois é certo que ela reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. Por isso, ao adotarmos a classificação usual das normas constitucionais segundo critério da eficácia, devo necessariamente tê-la como de eficácia limitada; e assim a tenho porque esta conclusão que necessariamente se extrai da interpretação da Constituição no seu todo. A Constituição --- e isso repetirei inúmeras vezes neste Tribunal --- a Constituição não pode ser interpretada em tiras, aos pedaços, porém no seu todo¹⁶¹.

¹⁶¹ Voto Relator Ministro Eros Grau, Acórdão de fl. 395/398.

Extraí-se de seus fundamentos algumas conseqüências que não estão explicitamente colocadas, mas que posteriormente serão reveladas em seu Voto na Reclamação nº 6568¹⁶².

O fundamento de não aplicação de forma analógica da Lei 7783/89 aos servidores públicos tem como consequência a retirada do próprio direito coletivo. É a afirmação de um conceito de interesse público que não mais pode ser aplicado no paradigma do Estado Democrático de Direito como já manifestado acima.

Quando impõe o interesse do Estado sobre o servidor público privatiza-o, logo transforma o interesse social em interesse privado, egoístico, do governo de plantão. Como já mencionado o trabalhador público é sujeito ativo e destinatário de direitos ao mesmo tempo. Portanto, também é cidadão. Não há serviço público decente se o trabalhador não tem condições decentes de trabalho, quer seja quanto a sua remuneração, quer seja enquanto o seu próprio ambiente de trabalho, que deve ser garantido para a preservação de sua dignidade¹⁶³.

Em seu voto, quando enfatiza a diferenciação entre “existencial” afirma se tratar de instituto maior do que o essencial, logo, os limites impostos pela Constituição seriam muito mais rígidos. Na realidade, com esta afirmação está a dizer que o servidor público além de não deter direitos fundamentais, está excluído da sua condição de cidadão; não possui direitos coletivos, uma vez que o exercício do direito de greve é um direito coletivo. Aqui é o perigo da interpretação que, apesar de se dizer como “um todo” fatiou os direitos fundamentais e os princípios constitucionais. Enfim, para o Ministro Eros Grau, a “coesão social” retira do trabalhador público a condição de cidadão, logo de sujeito de direito coletivo.

Este é fundamento para que posteriormente venha a defender a impossibilidade do exercício do direito de greve dos servidores públicos em seu voto na Reclamação nº 6568. Em seu voto o Ministro Eros Grau reafirma a diferenciação do “existencial” como instituto maior do que o essencial e retira de todos os órgãos do Estado a possibilidade do pleno exercício do direito de greve. Para ele,

¹⁶² No plano da eficácia limitada, por exemplo, conforme conceitua José Afonso da Silva, “são aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte. Para ele, as normas constitucionais de eficácia limitada são de dois tipos: “a) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo, que, por brevidade temos chamado de normas constitucionais de princípio institutivo; b) as definidoras de princípio programático, ou, simplesmente, normas constitucionais de princípio programático. In Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 117/166.

¹⁶³ Artigo 225 da CRB/88.

[...]

não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei nº 7.783/89. A esta Corte caberia traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. Mencionei a necessidade de assegurar-se a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, às quais a prestação continuada dos serviços públicos é imprescindível.

[...]

O direito de greve está, sim, integrado ao patrimônio jurídico dos servidores públicos. Dada a índole das atividades que exercem, não é, todavia, absoluto.

[...]

13. Recorro, neste passo, à doutrina do duplo efeito, Segundo Tomás de Aquino, na Suma Teleológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. [...] A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. A serviço dessa totalidade que aqui estamos, neste tribunal. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo --- disse-o então e não tenho pejo em ser repetitivo --- que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Referia-me especialmente aos desenvolvidos por grupos armados. As atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV]¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Acórdão, fls. 744/748.

Percebe-se o esforço do relator de buscar um convencimento para os limites que quer implantar em seu voto. Insiste em que coesão social deve se sobrepor aos direitos coletivos dos servidores como se estes não fossem sujeitos de direitos e ao mesmo tempo não fossem destinatários desta mesma coesão social. A totalidade do serviço a ser prestado à sociedade requer uma leitura muito mais atenta do que a simples possibilidade do serviço. A pergunta que se faz é: qual a totalidade do serviço a ser prestado à sociedade na área da saúde se médicos, enfermeiros, técnicos, os servidores da área da saúde¹⁶⁵ não conseguem sequer viver dignamente? Qual será o tipo de serviço a ser concedido para a sociedade? Será em sua totalidade ou será como corriqueiramente nos deparamos com a ausência de atendimento da área da saúde muito embora estejam todas as portas abertas. A força normativa da Constituição exige que o Estado atenda em sua totalidade todos os cidadãos brasileiros, conferindo-lhes a dignidade humana independentemente de serem ou não servidores públicos.

De fato, a Constituição é um todo e assim deve ser interpretada. Mas esse todo não se limita apenas e tão somente à concepção de um direito posto a partir de afirmações de uma supremacia do Estado para com os cidadãos. Na realidade, trata-se de uma interpretação a partir do conceito de Bloco de Constitucionalidade¹⁶⁶ onde todos os princípios constitucionais, inclusive o preâmbulo da Constituição, devem ser aplicados de forma vertical e horizontal, já que a concretização normativa da Constituição somente ocorrerá quando preservados e efetivados os direitos fundamentais, quer na esfera coletiva, quer na esfera individual.

Portanto, ao comparar o exercício do direito de greve, direito coletivo fundamental, com ato “lícito de matar a outrem em vista do bem comum”, retira a própria força normativa da Constituição que tanto insiste em afirmar estar aplicando já que está a defender, diretamente, a pena de morte, cujo fundamento é retirar da sociedade, a vida daquele que coloca o bem comum em risco. Portanto, o exercício de um direito coletivo, greve, pelos servidores públicos, para o Ministro Eros Grau, coloca em risco o bem comum da sociedade, sendo não

¹⁶⁵ Em seu voto o Ministro Eros Grau afirma que “15. Note-se, quanto às atividades relacionadas à prestação dos serviços de saúde --- serviço público que a iniciativa privada pode exercer livremente, nos termos do que define o artigo 199 da Constituição [isto é, independentemente de permissão ou concessão] --- que a recusa dessa prestação é inadmissível mercê, na dicção de Karl Larenz, de limitação imanente ao próprio instituto contratual. Essa recusa contraria os bons costumes e caracterizará, em certas circunstâncias, o delito de omissão de socorro”. Acórdão, fls. 748/749.

¹⁶⁶ Para o objeto do presente estudo não nos interessa neste momento fazer uma análise mais detalhada sobre o conceito de Bloco de Constitucionalidade. Sobre este tema ver: LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor Constitucional para a Efetividade dos Direitos Sociais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2006, Terceira Parte, Capítulo IV.

só permitido mas um dever de “matar” este exercício a partir de “limites” impostos pela interpretação.

Para Habermas, na modernidade, “não há direito algum sem a autonomia privada de sujeitos de direito”¹⁶⁷. Sem os direitos fundamentais que assegurem a autonomia privada dos cidadãos, segundo Habermas, não haveria o médium para que os sujeitos de direito pudessem fazer uso da autonomia pública quando do pleno exercício de sua cidadania. Por este motivo é que afirma que

a autonomia pública e privada se sobrepõem-se mutuamente. Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos¹⁶⁸.

A reconstrução do direito a partir do paradigma para a interpretação do direito, em especial a da interpretação constitucional, segundo esclarece Menelick de Carvalho Netto, é sempre uma questão central.

Isto porque estaremos sempre falando da reconstituição do sentido de textos e, desse modo, uma noção básica é hoje requerida: a noção de paradigma, que abre inclusive a nossa Constituição, a do Estado Democrático de Direito¹⁶⁹.

Novamente nos reportamos à abertura do texto constitucional a partir do disposto no § 2º do artigo 5º. Os princípios da liberdade e igualdade não podem ser fundamento para impor um modelo de interpretação em que direitos fundamentais sejam aplicados a partir de uma relativização. Ao relativizar o exercício de um direito coletivo, o Ministro Eros Grau impôs limites ao próprio exercício da negociação coletiva no âmbito do serviço público. Essa relativização certamente trará conseqüências, negativas, quando da vigência da Convenção nº

¹⁶⁷ HABERMAS, A Inclusão do Outro. p. 293.

¹⁶⁸ HABERMAS, A Inclusão do Outro. p. 293.

¹⁶⁹ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Constrole de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria a Constituição.** In: Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte, v. 1. nº 1, Março de 2001, p. 14.

151 da OIT em nosso ordenamento jurídico. O Brasil ratificou¹⁷⁰ a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da OIT, tendo feito o depósito junto a Organização Internacional do Trabalho em 15 de junho de 2010¹⁷¹.

Com a ratificação da Convenção nº 151 da OIT o Estado brasileiro reafirmou o seu interesse em redefinir todo o sistema a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Para Cristiano Paixão, a

redefinição do Estado não se reporta apenas ao tamanho de seu aparato; ela também pressupõe o questionamento do forte apelo hierárquico e verticalizante que norteia várias noções de direito administrativo desde sua sistematização doutrinária. Figuras jurídicas clássicas como a de “discricionariedade da Administração” ou a de “ato de império” passam a ser observadas, sob o ponto de vista de uma crítica “radicalmente” democrática, como esferas de atuação do poder administrativo que atuaram, por grande período de tempo, isentas de qualquer controle ou discussão por parte da sociedade, o que pode ser interpretado como decorrência da submissão do público ao estatal.

Vive-se imerso na intensa dinâmica do tempo histórico presente. A emancipação de uma esfera pública independente dos comandos estatais e que viabilize a redefinição da relação entre a dimensão **privada** da existência e o aspecto **público** da organização social constitui o maior desafio a ser enfrentado por sociedades que se pretendam democráticas. A sobrevivência e a renovação do constitucionalismo, como construção social típica do mundo moderno, dependem, em grande parte, dessa relação complementar. E o direito administrativo, como ramo do conhecimento jurídico apto a propiciar, em seu campo de abrangência, a

¹⁷⁰ A promulgação da Convenção nº 151 pelo Poder Legislativo ocorreu através do Decreto Legislativo nº 206/2010, em 07 de abril de 2010, com ressalvas. O artigo 2º do Decreto Legislativo diz que no caso brasileiro: “I - a expressão “pessoas empregadas pelas autoridades públicas”, constante do item 1 do artigo 1 da Convenção nº 151, de 1978, abrange tanto os empregados públicos, ingressos na Administração Pública, mediante concurso público, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, quanto os servidores públicos, no plano federal, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e os servidores públicos, nos âmbitos estadual e municipal, regidos pela legislação específica de cada um desses entes federativos; II - consideram-se organizações de trabalhadores abrangidas pela Convenção apenas as organizações constituídas nos termos do art. 8º da Constituição Federal”. O Decreto do Executivo

¹⁷¹ Sobre o procedimento de ratificação e vigência das Convenções da OIT ver: SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª Edição. São Paulo: LTr, 2000 e LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor Constitucional para a Efetividade dos Direitos Sociais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2006, Segunda Parte, Capítulo I.

mediação entre esses pólos, reveste-se de uma importância imensurável¹⁷².

Portanto, o paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito¹⁷³ nos obriga a repensar o Estado, o direito, a constituição e a sociedade com os olhos voltados para a experiência presente, sob pena de retirarmos da constituição seu conteúdo normativo, democrático para impor o fundamentalismo hermenêutico.

¹⁷² PAIXÃO, Cristiano. **Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito**. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

¹⁷³ Para Habermas “Um paradigma jurídico explica, com a ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, como devem ser entendidos e tratados os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, para que possa cumprir, no dado contexto, as funções que normativamente lhes são atribuídas. Um ‘modelo social do direito’[Wieacher] representa algo assim como a teoria implícita que a sociedade tem do sistema jurídico, a imagem que este faz de seu ambiente social. O paradigma jurídico indica, então, como no marco de tal modelo, podem ser entendidos e realizados os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito. Os dois paradigmas jurídicos, que mais consequências tiveram na história do Direito moderno, e que ainda hoje competem entre si, são o do Direito formal burguês e do Direito materializado do Estado Social”. (tradução livre) **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Introducción y traducción, sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo. Quinta Edición: Madrid: Editora Trotta, 2008, p. 263/264. “Un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que pueden cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas. Un ‘modelo social del derecho’ (Wieaker) representa algo así como la teoría implícita que de la sociedad tiene el sistema jurídico, es decir, la imagen que éste se hace de su entorno social. El paradigma jurídico indica entonces cómo en el marco de tal modelo pueden entenderse y realizarse los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho. Los dos paradigmas jurídicos que más consecuencias han tenido en la historia del derecho moderno y que aun hoy siguen compitiendo entre sí son el del derecho formal burgués y el del derecho materializado en términos de Estado social”.

Capítulo II.

A Jurisdição Constitucional das liberdades: a tensão constitutiva do controle de constitucionalidade das leis no Dissídio Coletivo

2. A tensão produtiva entre Constituição e Democracia: os limites procedimentais ao exercício do poder político

Não é objeto da presente pesquisa aprofundar a história do constitucionalismo¹⁷⁴ e democracia¹⁷⁵ mas sim, estabelecer as referências próprias para o seu surgimento e as bases que fizeram constar na Constituição da República do Brasil de 1988. Os apontamentos colocados, contudo, servirão tão somente para conferir a adequada subsunção dos fatos à norma para a adequada reconstrução do constitucionalismo e democracia brasileira como mecanismo de garantia da Constituição.

A garantia constitucional a partir do constitucionalismo e democracia ocorrerá a partir de uma teoria constitucional que reconstrua as bases do constitucionalismo clássico¹⁷⁶, reafirmando as diferenças materiais, as desigualdades efetivamente existentes entre os indivíduos afastando, conseqüentemente, a pré-compreensão formal e ligada intimamente à propriedade privada da liberdade e igualdade¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Existe já um grande número de estudos comparativos no campo do direito constitucional, assim como no da história constitucional. Neste sentido, ver: DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Editora Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 2007.

¹⁷⁵ Refiro-me neste aspecto à concepção da ciência política. Isso não quer dizer que o presente trabalho não fará sua análise sobre o conceito de democracia. Até porque, direito e democracia acabam por pertencer a disciplinas diversas, e, conseqüentemente, sua abordagem acadêmica da mesma forma. Neste sentido, Habermas afirma que “a jurisprudência trata do direito, a ciência política trata da democracia; uma delas trata do Estado de direito sob pontos de vista normativos, e a outra, sob pontos de vista empíricos. A divisão científica do trabalho não cessa de valer nem mesmo quando os juristas se ocupam ora do direito e do Estado de direito, ora da formação da vontade no Estado constitucional democrático; nem quando os cientistas sociais se ocupam, como sociólogos do direito, do direito e do Estado de direito, e, como cientistas políticos, do processo democrático. Estado de direito e democracia apresentam-se para nós como objetos totalmente diversos. Há boas razões para isso. Como todo domínio político é exercido sob a forma do direito, também aí existem ordens jurídicas em que o poder político ainda não foi domesticado sob a forma do Estado de direito. E da mesma forma há Estados de direito em que o poder governamental ainda não foi democratizado. Em suma, há ordens jurídicas estatais sem instituições próprias a um Estado de direito, e há Estados de direito sem instituições democráticas. Essas razões empíricas para um tratamento acadêmico dos dois objetos marcado pela divisão do trabalho, porém, não significam de modo algum que possa haver do ponto de vista normativo um Estado de direito sem democracia”. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**. P. 294.

¹⁷⁶ “Que o constitucionalismo moderno surgiu no século XVII parece ser um facto indiscutível. As Revoluções Americana e Francesa constituíram, nas palavras de Maurizio Fioravanti, um ‘momento decisivo na história do constitucionalismo’, ao inaugurar ‘um novo conceito e uma nova prática’ constitucionais. Passados duzentos anos, todos os países do mundo, com exceção do Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, exibem uma constituição escrita própria, fundada nos princípios do constitucionalismo moderno”. DIPPEL, Horst. p. 2.

¹⁷⁷ CARVALHO NETTO, Menelick. *A Jurisdição Constitucional*, in Sampaio, p. 149.

A relação entre o constitucionalismo e democracia insinua um paradoxo, na medida em que os limites estabelecidos ao próprio Estado para a preservação dos direitos e liberdades individuais do cidadão começam a ser reduzidos a partir dos limites impostos pela própria democracia, enquanto esfera política de proteção da maioria e o respeito às posições da minoria no reconhecimento mútuo da existência de pessoas livres e iguais: com a liberdade para a sua escolha de ser diferente e a garantia da igualdade em sua diferença.

Constitucionalismo é a “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”¹⁷⁸. A partir do conceito estabelecido por Canotilho, pode-se afirmar que o constitucionalismo tem como finalidade estabelecer os limites do Estado para a proteção dos direitos fundamentais reconhecidos e plasmados na própria constituição. É o poder de limitar o Estado em sua atuação, quer enquanto poder absolutista, quer enquanto poder emanado do Estado de Direito¹⁷⁹. Os direitos fundamentais, protegidos pelo constitucionalismo, são fruto do próprio debate político estabelecido de forma soberana dos povos. Estes limites estabelecidos ao Estado garantiram ao povo o funcionamento da democracia.

¹⁷⁸ CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª edição. P. 51.

¹⁷⁹ Para Luigi Ferrajoli “A expressão ‘Estado de Direito’ é utilizada normalmente com dois significados diversos que é oportuno manter rigorosamente distintos. Em sentido amplo ou fraco ou formal, ela designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos. Neste sentido, correspondente ao uso alemão de ‘Rechtsstaat’, são Estados de Direito todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais não –liberais, nos quais os poderes públicos têm uma fonte e uma forma legal. Em um segundo sentido, forte ou substancial, ‘Estado de Direito’ designa, ao contrário, aqueles ordenamentos nos quais o poderes públicos estão igualmente sujeitos à (e por isso limitados ou vinculados pela) lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto aos conteúdos do seu exercício. Neste significado mais restrito, que corresponde àquele predominante ao uso italiano, são Estados de Direito aqueles ordenamentos nos quais todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos costumeiramente por normas constitucionais, como a separação de poderes e os direitos fundamentais. **O Estado de Direito: História, teoria e crítica.** ZOLO Danilo e COSTA Pietro (Org), com colaboração de Emilio Santoro. Tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417/418.

Mas podemos afirmar se de fato existe o paradoxo entre constitucionalismo e democracia? Esta contradição em termos gera, ao fim e ao cabo, a exclusão de um no tocante ao outro? No paradigma¹⁸⁰ do Estado Democrático de Direito¹⁸¹ podemos afirmar a existência de uma tensão constitutiva entre constitucionalismo e democracia. Tensão esta que, ao contrário de repelir os conceitos se complementam garantindo, ao fim e ao cabo a própria afirmação de ambos.

Nesta perspectiva, podemos destacar, como faz Habermas, que a democracia existente a partir do Estado democrático de direito¹⁸² somente será democracia se for lida, interpretada e aplicada como um mecanismo procedimentalista¹⁸³, ou seja, a partir da teoria do discurso.

¹⁸⁰ No sentido de descontinuidade do conhecimento científico pela alteração de paradigmas. Para Kuhn, paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, um comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma. [...] KUHN, Thomas S. **A estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9º Ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 221. Para Menelick de Carvalho Netto, o conceito de paradigma de Kuhn “possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. [...]também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades pro certos períodos de tempo e em contextos determinados. [...] o nível de detalhamento e preciosismo na reconstrução desses paradigmas vincula-se diretamente aos objetivos da pesquisa que se pretende empreender. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional, in Cattoni Marcelo, p. 29. Ainda sobre o conceito de paradigmas ver AGAMBEN, Giorgio. **Le Règne et La Gloire: Pour une généalogie théologique de l'économie et Du gouvernement - Homo Sacer, II**, 2. Traduit de Italien Joel Gayraud et Martin Rueff. Paris: Éditions Du Seuil. 2008, p. 17/37.

¹⁸¹ Podemos discorrer sobre três grandes paradigmas. Para o objeto de nossa pesquisa, nos deteremos à análise do paradigma do Estado Democrático de Direito, suposto pela Constituição da República de 1988, salientando, contudo, a existência dos paradigmas do **a)** do Estado de Direito e **b)** do Estado do Bem-Estar Social que antecederam o Estado Democrático de Direito.

¹⁸² Habermas “A teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e o combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva um posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático”. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. – São Paulo: Edições Loyola, p. 288.

¹⁸³ Habermas afirma a existência de três modelos normativos de democracia: a liberal e republicana de política e a concepção procedimentalista, política deliberativa, por ele defendida. Ao comparar os três modelos em uma dimensão política para a formação de democracia a partir da opinião e da vontade que resulta em eleições gerais e decisões parlamentares, diz: “Segundo a concepção liberal, esse processo apenas tem resultados sob a forma de arranjos de interesses. As regras de formação de acordos desse tipo – às quais cabe assegurar a justiça e a honestidade dos resultados através de direitos iguais e universais ao voto e da composição representativa das corporações parlamentares, suas leis orgânicas etc – são fundamentadas a partir de princípios constitucionais liberais. Segundo a concepção republicana, por outro lado, a formação democrática da vontade cumpre-se sob a forma de um auto-atendimento ético; nesse caso, a deliberação pode se apoiar quanto ao conteúdo em um consenso a que os cidadãos chegam por via cultural e que se renova na rememoração ritualizada de um ato

Segundo Habermas,

A teoria do discurso acolhe elementos ideais para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse procedimento democrático cria a coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e forma argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação lingüística¹⁸⁴.

É a partir do procedimento democrático que se traça o itinerário para que se possa chegar a conceituação normativa de Estado e de sociedade¹⁸⁵. A teoria do discurso, como defende Habermas,

não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito. Ela não opera por muito tempo com o conceito de um todo social centrado no Estado e que se imagina em linhas gerais como um sujeito acional orientado por seu objetivo. Tampouco situa o todo em um sistema de normas constitucionais que inconscientemente regram o equilíbrio do poder e de interesses diversos de acordo com o modelo de funcionamento do mercado. Ela se despede de todas as figuras de pensamento que sugeriram atribuir a práxis de autodeterminação dos cidadãos a um sujeito social totalizante, ou que sugeriram referir o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si¹⁸⁶.

republicano de fundação”. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. – São Paulo: Edições Loyola, p. 286.

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: p. 286.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: p. 287.

¹⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: p. 288.

Portanto, somente a partir desta abertura democrática, garantindo-se a discussão pública, é que se poderá afirmar existente o Estado democrático de Direito, para que se assegure igual participação de toda a sociedade, ou seja, dos diferentes grupos, nos espaços formais ou não¹⁸⁷, sendo a cidadania um processo de participação política e, portanto um eterno aprendizado, em que a sociedade irá aprender a responder aos seus anseios a partir de seus próprios erros.

É este o conceito de soberania que podemos afirmar existente no Estado democrático de direito. Porém, ao afirmamos esta soberania, o seu exercício apresenta-se como uma nova tensão entre o constitucionalismo, democracia e soberania. É que, como exercer a soberania dentro dos limites impostos pela própria constituição? Como estabelecer a soberania entre poder constituinte e constituído?

Para se evitar uma relação conflitiva entre democracia, constitucionalismo e soberania, há a necessidade de se reconstruir os fundamentos das relações da autonomia pública e privada e a relação entre constitucionalismo e democracia, na perspectiva desenvolvida pela teoria discursiva da democracia.

¹⁸⁷ Os espaços não formais, da esfera pública, se direciona no que Roberto Lyra Filho denominou de “direito achado na rua” cujo objetivo é “caracterizar uma concepção de Direito que emerge, transformadora, dos espaços públicos – a rua – onde se dá a formação de sociabilidades reinventadas que permitem abrir a consciência de novos sujeitos para uma cultura de cidadania e de participação democrática. Esta proposta está imbuída de um claro humanismo, pois toma o protagonismo dos sujeitos enquanto disposição para quebrar as algemas que os aprisionam nas opressões e espoliações como condição de desalienação e de possibilidade de transformarem seus destinos e suas próprias experiências em direção histórica emancipadora, como tarefa que não se realiza isoladamente, mas em conjunto, de modo solidário. A tese é a resultante de um trabalho simultaneamente político e teórico. Ela traduz este duplo aspecto contido em uma prática solidária e cooperativa, no âmbito do conhecimento e do ensino do Direito, que venho desenvolvendo desde os anos 1980, atualmente consolidado em linha de pesquisa e um curso organizado na Universidade de Brasília para capacitar assessorias jurídicas de movimentos sociais que possam reconhecer na atuação jurídica dos novos sujeitos coletivos e das experiências por eles realizadas de criação de direito. Seus objetivos centrais são: 1) determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos ainda que contra legem; 2) definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; 3) enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas. Para desdobrar esses eixos de reflexão tratei inicialmente do Direito como liberdade, abordando-a enquanto problema, legitimidade e projeto. Em seguida, trabalhei os temas do acesso democrático à Justiça e da educação jurídica, pela mediação de uma pluralidade de enfoques (ensino do direito, assessoria jurídica popular, acesso à universidade, práticas jurídicas emancipatórias, compromissos e responsabilidade social das faculdades de Direito), por meio dos quais se pode compreender as dimensões instituintes do direito achado na rua. O passo seguinte foi configurar a categoria sujeito coletivo de Direito, tendo em vista seus principais componentes: os movimentos sociais e redes de movimentos nos quais se inscrevem os novos sujeitos, fazendo o resgate de diferentes experiências que permitam configurar o alicerce teórico e político da categoria sujeito coletivo de Direito. A pretensão é indicar caminhos que permitam abrir a consciência jurídica para uma cultura de cidadania e participação democrática, de onde emerge, transformador, “o direito achado na rua”. **Direito como liberdade : o Direito achado na rua : experiências populares emancipatórias de criação do Direito** SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Tese de doutorado defendido na Universidade de Brasília – UnB.

Para a teoria discursiva da democracia a institucionalização jurídico-constitucional dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes é que confere a sustentabilidade da política deliberativa, considerando como resposta “consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de um formação democrática da vontade e da opinião políticas”¹⁸⁸.

Mesmo em uma concepção moderna de soberania,¹⁸⁹ na qual esta é popular, logo, cabe ao povo¹⁹⁰ a competência para autolegislar, fundando a norma (constituição), logo, os seus limites, não opõe democracia e constitucionalismo quando reconstruído na perspectiva do Estado democrático de Direito. De fato, esta perspectiva nos remete também a outro possível paradoxo que deverá ser reconstruído, que é a relação entre soberania e poder constituinte¹⁹¹.

¹⁸⁸ CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 2ª edição. p.110.

¹⁸⁹ Não podemos deixar de mencionar, mesmo não sendo o pano de fundo desta investigação os conceitos definidos por Jean Bodin, filósofo francês do século XIX, considerada como a primeira tese sobre soberania, em sua obra “**Les six livres de La Republique** (Os seis livros da República), 1576, através da teoria da ‘potência soberana’. Para ele, para o conceito de soberania, “conjuga, no direito político, a preocupação humanista que o orienta para o pensamento moderno com um naturalismo profundo que colhe seu alento na metafísica tradicional na qual ele próprio é pautado pelo teologismo”. Mas, como adverte Simone Goyard-Fabre, não sem paradoxos, Bodin, “na virada das duas eras, mantém-se o filósofo da ambivalência: se, com sua teoria da soberania, Bodin coloca, como jurista, a pedra angular do Estado moderno, centralizado e administrativo, ele conjuga, essa renovação da problemática fundamental das repúblicas em temas metajurídicos e metapolíticos que pertencem à *philosophia perennis*. Assim, ‘o governo de direito’ da República não é concebível, segundo ele, sem a obediência às ‘leis de Deus e da natureza’, que constituem o pano de fundo de sua construção doutrinária.” GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25. Para Friederich Müller, por razões históricas a soberania se viu obrigada a se “tornar posteriormente soberania popular, deveu-se precisamente ao fato de que foi ‘o’ povo (na forma da buguersia) que estava lutando por uma nova forma em prol de uma sociedade nova no seu conteúdo”. Para ele, o ‘povo’ “foi para o ato da constituição da Constituição novamente a instância à qual o poder correspondente podia ser ‘o’ povo que estava lutando por um Estado de novo tipo, que era tanto fundamentado por uma Constituição (escrita)[...]”. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 24.

¹⁹⁰ Para Friederich Müller “Desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago. Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha por todos os interessados no poder ou no poder-violência, sem que antes lhe tivessem perguntado. A diferença reside no fato de que o povo poderia ter sido perfeitamente consultado. Mas nesse caso os donos do poder deveriam ter se contentado com a população real, e nesse caso resultariam sempre desejos distintos, o caráter heteróclito das necessidades, a contraditoriedade dos interesses, a incompatibilidade das intenções, em suma, a situação real. Em vez disso, e provavelmente também por causa disso, a despedida de Deus não foi aceita sem ambigüidades. E o dono do poder (juntamente com os seus adversários que queriam tornar-se donos do poder) criou o povo conforme a sua imagem; conforme as suas necessidades e o seu gosto ele o criou”. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 22.

¹⁹¹ Para Friedrich Müller, o poder constituinte é “uma expressão da linguagem e, como expressão nos diplomas constitucionais, um texto escrito”. Portanto, a “invocação do poder constituinte ‘do’povo, a sua invocação mágica, sugere ilusoriamente, um ‘povo’ (i.é, a totalidade de todas as pessoas do grupo; e a sua totalidade como algo ainda não sistematicamente cindido por isso não necessitou de uma Constituição”. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 20/21.

O Poder constituinte vem sendo discutido contemporaneamente pelo filósofo político Antonio Negri. Para ele “o poder constituinte não tem sido considerado apenas fonte onipotente e expansiva que produz normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito desta produção e expansiva”¹⁹². Por esta razão, o “poder constituinte tende a se identificar com o próprio conceito de política, no sentido em que este é compreendido em uma sociedade democrática”¹⁹³. Para Negri, definir poder constituinte é “qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas, sobretudo, ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, a regular a política democrática”¹⁹⁴.

Agamben, ao afirmar que o paradoxo da soberania é identificado com o problema do poder constituinte e sua relação com o poder constituído, cita Burdeau para demonstrar a dificuldade de se caracterizar esta distinção. Para Burdeau:

A razão disto, é que, se pretende-se dar o seu verdadeiro sentido à distinção entre poder constituinte e poder constituído, é preciso necessariamente colocá-los em dois planos diversos. Os poderes constituídos existem somente no Estado: inseparáveis de uma ordem constitucional preestabelecida, eles necessitam de uma moldura estatal da qual manifestam a realidade. O poder constituinte, ao contrário, situa-se fora do Estado; não lhe deve nada, existe sem ele, é a fonte cujo uso se faz de sua corrente não pode mais exaurir¹⁹⁵.

A relação dentro e fora do Estado, poder constituído e constituinte, somente poderá levar a efeito se houver a mediação de uma democracia procedimentalista no paradigma do Estado democrático de Direito. Caso contrário, podemos chegar a um resultado de soma zero, na medida em que poder constituinte somente estará “fora” do Estado de forma autônoma, ou seja, para o pleno exercício dos poderes de autolegislar, se o poder constituído for

¹⁹² NEGRI, Antonio. **O Poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução: Adriano Pillati. P. 7.

¹⁹³ NEGRI, Antonio. **O Poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução: Adriano Pillati. P. 7.

¹⁹⁴ NEGRI, Antonio. **O Poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução: Adriano Pillati. P. 7.

¹⁹⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e vida nua I**. Tradução: Henrique Burigo, 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 47.

reconhecido como democrático para a constituição de uma comunidade de princípios de pessoas livres e iguais.

Para Negri, “É por isto que poder constituinte se forma e reforma incessantemente em todo lugar. A pretensão do constitucionalismo em regular juridicamente o poder constituinte não é estúpida apenas porque quer – e quando quer – dividi-lo; ela o é sobretudo quando quer bloquear sua temporalidade constitutiva”¹⁹⁶. O poder constituinte, ao se formar e reformar incessantemente em todo lugar, passa a ser sempre, tempo forte e futuro, mantendo, sempre, uma relação singular com o tempo, posto que, é, o poder constituinte, “uma vontade absoluta que determina o seu próprio tempo [...] o poder constituinte representa um momento essencial na secularização do poder e na laicização da política. O poder torna-se uma dimensão imanente à história, um horizonte temporal em sentido próprio”¹⁹⁷. Enfim, o poder constituinte representa uma efetiva e forte aceleração do tempo.

Por outro lado, o constitucionalismo é sempre passado na medida em que, sua doutrina jurídica somente conhece o passado.

Por esta razão, como afirma Agamben,

é tão árduo pensar uma ‘constituição da potência’ integralmente emancipada do princípio da soberania e um poder constituinte que tenha definitivamente rompido o bando que a liga ao poder constituído. Não basta, de fato, que o poder constituinte não se esgote nunca em poder constituído: até mesmo o poder soberano pode manter-se indefinidamente como tal, sem nunca passar ao ato. Seria preciso, preferivelmente, pensar a existência da potencia sem nenhuma relação com o ser em ato – nem ao menos na forma extrema do banco e da potencia de não ser, e o ato não mais como cumprimento e manifestação da potência – nem ao menos na forma de um doar de si e de um deixar de ser. Isto implicaria, por;em nada menos que pensar a ontologia e a política além de toda figura da relação, seja até mesmo aquela relação limite que é o bando soberano; mas isto é justamente o que muitos hoje não estão dispostos a fazer por preço algum¹⁹⁸.

¹⁹⁶ NEGRI, Antonio. **O Poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução: Adriano Pillati. P. 21.

¹⁹⁷ NEGRI, Antonio. **O Poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução: Adriano Pillati. P. 22.

¹⁹⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e vida nua I**. Tradução: Henrique Burigo, 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 54.

Para afastar a aporia da soberania, evitando-se o paradoxo entre constitucionalismo e democracia, tornando-a, ao fim e ao cabo, uma tensão constitutiva de um direito que afirma ser democrático, em que reside uma comunidade jurídica que se autoorganiza, há a necessidade de revisitar os termos intersubjetivos da idéia de soberania popular. Ao revisitar o conceito de soberania popular, esta,

mesmo quando se torna anônima, retrocede aos procedimentos democráticos e à implementação legal de seus exigentes pressupostos comunicativos só para se fazer sentir como um poder engendrado comunicativamente. No sentido estrito da palavra, esse poder comunicativo deriva das interações entre a formação da vontade institucionalizada juridicamente e os públicos mobilizados culturalmente. Estes últimos, por seu turno, encontram fundamento nas associações de uma sociedade civil completamente distinta tanto do Estado quanto do mercado¹⁹⁹.

É neste sentido que, sob o paradigma procedimentalista do Estado democrático de Direito e na visão procedimentalista do direito, o paradoxo entre constitucionalismo e democracia torna-se uma tensão constitutiva²⁰⁰ ou seja, opostos que se complementam e não mais se repelem.

¹⁹⁹ HABERMAS, Jürgen, 1995b:120.

²⁰⁰ A “soberania popular assume forma jurídica, através do processo legislativo democrático, que faz valer o nexos interno entre autonomia pública e autonomia privada dos cidadãos, concebidas, desde o início, como dimensões co-originárias e quiprimordiais da autonomia jurídica. Em outros termos, uma soberania popular interpretada procedimentalmente garante que as duas dimensões da autonomia jurídica se articulem reciprocamente, pois os destinatários das normas jurídicas vigentes, enquanto sujeitos jurídicos privados, pelo processo legislativo democrático que se realiza através da mediação jurídica entre canais institucionalizados e não institucionalizados de formação da vontade e da opinião políticas, enquanto cidadãos, tornam-se os autores de seus próprios direitos e deveres.[...]Sob o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, o exercício da autonomia jurídica ramifica-se, assim, no uso público das liberdades políticas (liberdades comunicativas) e no uso privado das liberdades individuais (liberdades subjetivas), sem que se reduza à autonomia moral ou à escolha racional[...] Vista em toda sua integridade, a autonomia jurídica, em suas dimensões pública e privada, compõem-se, então, de três elementos distintos: da autonomia dos cidadãos, exercida em comum, da capacidade para uma escolha racional e do direito à atuação-realização ética, cujo nexos deve ser garantido pelo processo de mediação jurídica que representa o processo legislativo democrático”. CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 2º edição.p.115.

A constituição de 1988 incorporou o Estado democrático de Direito já em seu preâmbulo, instituindo-o a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”²⁰¹. Destacou, desta forma, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político²⁰², fixando em seu artigo 3º, os objetivos fundamentais do Estado brasileiro de “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A história constitucional brasileira nos demonstra, em especial a do período de 1960/1988²⁰³, que a partir da sua própria reconstrução constitutiva, isto é, “não vista como um repositório de fatos extraídos do passado, mas como um elemento constitutivo da experiência presente²⁰⁴,” que o processo constituinte de 1987/88 afirma uma sociedade aberta, plural que visa a construção para o futuro. Uma construção, aliás, que rompeu com um passado autoritário, vinculando governo e Estado à uma univocidade de pensamento e a uma idiolitice de conduta.

Como nos ensinam Cristiano Paixão e Leonardo Barbosa,

A reconstrução histórica desses processos não busca a autoridade de uma interpretação autêntica, ou um retrato das raízes do ordenamento. Ela concentra seu enfoque nas práticas discursivas dos movimentos sociais, nas respostas institucionais, nas formas criativas de produção do direito, na inovação constitucional.

E, nesses campos, a experiência brasileira é riquíssima. E ela se inicia com a própria reflexão em torno do sentido do trabalho de elaboração do texto constitucional.

²⁰¹ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁰² CRB/88 – art. 1º, incisos II, III e V).

²⁰³ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós -1964**. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Brasília – UnB, em 17.06.2009.

²⁰⁴ PAIXÃO, Cristiano e BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Cidadania, democracia e **Constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988**. In PEREIRA UNES, Flávio Henrique e FONSECA DIAS, Maria Tereza. **Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 129.

O pensamento constitucional autoritário, que encontra suas origens na teoria geral do Estado na Alemanha da segunda metade do século XIX, resolve em torno da idéia de uma Constituição que existe em função do Estado, cujos burocratas e autoridades executivas se responsabilizam pela definição do interesse público, o qual se confunde com o interesse estatal. É instrutivo observar os ecos dessa concepção na história constitucional brasileira.

O estabelecimento da lei torna-se, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, uma atividade ‘de per si técnica’. Miguel Reale, em artigo de 1985, intitulado ‘Como deverá ser a nova Constituição’, escreveu:

Não é segredo para ninguém que a elaboração de um texto constitucional representa uma tarefa eminentemente técnica, não só por envolver o conhecimento de múltiplos domínios da experiência humana, como por exigir harmonioso senso unitário de equilíbrio, inesparável do valor ‘arquitetônico’ que Aristóteles considerava a nota essencial da Política.

A concepção do direito como problema ‘técnico’ integra, em alguma medida, o ‘senso comum teórico’ dos juristas. Sua presença renitente no processo constituinte pôde ser sentida, por exemplo, no pronunciamento do então presidente José Sarney em cadeia nacional de rádio e televisão, no dia 26 de julho de 1988. Sarney criticou a qualidade do trabalho da Assembléia dizendo: ‘os brasileiros receiam que a Constituição torne o país ingovernável’. A ‘governabilidade’, essa palavra-chave dotada de poder de justificação que se pretende irresistível, é, juntamente com as idéias de ‘paz social’ e ‘conciliação’, a grande senha do pensamento conservador durante o processo constituinte”²⁰⁵.

Felizmente, este fundamentalismo hermenêutico ficou vencido no processo constituinte de 1987/1988, tendo em vista a ampla participação popular, ou seja, a sociedade brasileira organizada²⁰⁶, mesmo em um período ainda crítico por que passava o país, tomou à

²⁰⁵ PAIXÃO, Cristiano e BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Cidadania, democracia e **Constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988**. In PEREIRA UNES, Flávio Henrique e FONSECA DIAS, Maria Tereza. **Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 130.

²⁰⁶ A pesquisa de Leonardo Augusto de Andrade, em sua tese de Doutorado defendida na Universidade de Brasília – UnB, nos demonstrou que o processo constituinte de 1987-1988 não foi um ato de concessão governamental e muito menos se iniciou naqueles anos. O processo constituinte foi fruto de um período de organização da sociedade brasileira, mesmo com os limites impostos pelo autoritarismo ditatorial do regime militar, que, não concordando com o golpe militar de 1964, manteve-se organizado tendo o seu ponto mais forte, a década de 1970, em especial o ano de 1974, quando, mesmo em uma votação não livre, a oposição, representado pelo MDB, levou a maioria dos votos da população brasileira.

frente e, diante de sua autonomia democrática, exigiu, diante de sua participação ativa e organizada, a alteração do regimento interno constituinte e reconstruiu, de fora para dentro, o poder constituinte, comprovando que, *pouvoirs constitués e pouvoir constituant*, é uma tensão constitutiva para a afirmação de um Estado Democrático de Direito. Em suma, a participação popular no processo constituinte de 1987-1988 acabou por romper, mesmo que não totalmente, o fundamentalismo hermenêutico até então vigente. Apontou, como afirmam Cristiano Paixão e Leonardo Barbosa, uma alternativa concreta,

Afinal, a atuação de um conjunto de deputados e senadores, nem todos (quicá uma pequena minoria) de perfil técnico, associado à intensa interferência da opinião pública, a mecanismos institucionais de participação popular e a uma dinâmica descentralizada em mais de duas dezenas de subcomissões temáticas, sem a orientação de qualquer anteprojeto de Constituição, poderia resultar em qualquer coisa, menos em um texto dotado de ‘harmonioso senso unitário de equilíbrio’. Em outras palavras, as forças políticas envolvidas no processo constituinte jogaram-se nele sem nenhuma certeza sobre como ‘aquilo’ iria acabar: O poder constituinte tornara-se órfão de ‘objetivos nacionais’. Não havia um ‘projeto oficial’ a ser traduzido pela Constituição, mas diversos projetos políticos e ideológicos fragmentários a articular; mediados por uma forte exigência de cidadania, entendida principalmente como direito à participação ativa na vida política do país. Esta é a nota de ineditismo e ruptura que atribui à Constituição de 1988 um caráter verdadeiramente inovador²⁰⁷.

No mesmo sentido, podemos compreender, com Marcelo Cattoni, que a transição política brasileira se trata de um processo constituinte democrático a longo prazo²⁰⁸. Ao reconstruir o processo constituinte de 1987-1988, Menelick de Carvalho Netto ressalta que

²⁰⁷ PAIXÃO, Cristiano e BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Cidadania, democracia e **Constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988**. In PEREIRA UNES, Flávio Henrique e FONSECA DIAS, Maria Tereza. **Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 130/131.

²⁰⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Democracia sem espera e processo de constitucionalização: um crítica aos discursos oficiais sobre a chamada ‘transição política brasileira’**. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e AMORIM MACHADO, Daniel (coordenadores). **Constituição e Processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 385.

Na verdade, a grande legitimidade que caracteriza a Constituição de 1988 decorreu de uma via inesperada e, até o momento da eleição da Assembléia Constituinte, bastante plausível. Com a morte do Presidente eleito, Tancredo Neves, e a posse como Presidente do Vice-Presidente eleito, José Sarney, as forças populares mobilizadas pela campanha das ‘Diretas já’ voltaram a sua atenção e interesse de maneira decisiva e para os trabalhos constituintes, então em face inicial, pois a de organização ou de definição do processo havia acabado de se encerrar. Como resultado dessa renovada atenção, o tradicional processo constituinte pré-ordenado, contra todas as previsões, subitamente não mais pode ser realizado em razão da enorme mobilização e pressão populares que se seguiram, determinando a queda da denominada comissão de notáveis – a comissão encarregada da elaboração do anteprojeto inicial – e a adoção de uma participativa metodologia de montagem do anteprojeto a partir da coleta de sugestões populares. Canais de participação direta e indireta da sociedade civil organizada terminaram encontrando significativa acolhida no regimento revisto do processo constituinte; o despertar do interesse de todos alimentou e fomentou o aprofundamento dos debates, acompanhados por todo o país toas as noites através da televisão. Foi desse processo, profundamente democrático, que a CONSTITUIÇÃO hauriu sua legitimidade original, resultando de uma autêntica manifestação de poder constituinte, em razão do processo adotado²⁰⁹.

Os princípios do Estado Democrático de Direito conferidos pela Constituição da República do Brasil de 1988 nos remetem à aplicação da teoria do discurso para uma democracia procedimentalista defendida por Jürgen Habermas. Ao contrário das vozes que a contestam, a aplicação de uma democracia procedimental no Brasil está cada vez mais se concretizando a partir dos supostos estabelecidos por esta doutrina. Muito embora tenhamos passado por uma estagnação social por um longo período e, mais fortemente na década de 90 com a implantação do neoliberalismo, fato é que a atuação da sociedade nos processos de decisão tem sido cada vez mais constante. Participe destes processos, quer no aspecto formal de atuação²¹⁰, quer no aspecto informal²¹¹, as conquistas obtidas nos últimos 10 (dez) anos, a

²⁰⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

²¹⁰ Diversos são os órgãos do Estado em que há a participação direta dos representantes da sociedade para a participação e decisão: Lei 7.998/90, parágrafo 3º, do artigo 18 - Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências - Art. 18. É

instituído o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat), composto de 9 (nove) membros e respectivos suplentes, assim definidos: I - 3 (três) representantes dos trabalhadores; II - 3 (três) representantes dos empregadores; III - 1 (um) representante do Ministério do Trabalho; IV - 1 (um) representante do Ministério da Previdência e Assistência Social; V - 1 (um) representante do BNDES. § 1º O mandato de cada Conselheiro é de 3 (três) anos. § 2º Na primeira investidura, observar-se-á o seguinte: I - 1/3 (um terço) dos representantes referidos nos incisos I e II do caput deste artigo será designado com mandato de 1 (um) ano; 1/3 (um terço), com mandato de 2 (dois) anos e 1/3 (um terço), com mandato de 3 (três) anos; II - o representante do Ministério do Trabalho será designado com o mandato de 3 (três) anos; o representante do Ministério da Previdência e Assistência Social, com o mandato de 2 (dois) anos; o representante do BNDES, com o mandato de 1 (um) ano. § 3º Os representantes dos trabalhadores serão indicados pelas centrais sindicais e confederações de trabalhadores; e os representantes dos empregadores, pelas respectivas confederações; Lei 8.036/90, parágrafo 3º, artigo 3º - Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências - Art. 3º O FGTS será regido segundo normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, integrado por três representantes da categoria dos trabalhadores e três representantes da categoria dos empregadores, além de um representante de cada órgão e entidade a seguir indicados: I - Ministério do Trabalho; II - Ministério do Planejamento e Orçamento; III - Ministério da Fazenda; IV - Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo; V - Caixa Econômica Federal; VI - Banco Central do Brasil. § 1º A Presidência do Conselho Curador será exercida pelo representante do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. § 2º Os Ministros de Estado e os Presidentes das entidades mencionadas neste artigo serão os membros titulares do Conselho Curador, cabendo, a cada um deles, indicar o seu respectivo suplente ao Presidente do Conselho, que os nomeará. § 3º Os representantes dos trabalhadores e dos empregados e seus respectivos suplentes serão indicados pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais e nomeados pelo Ministro do Trabalho e da Previdência Social, e terão mandato de 2 (dois) anos, podendo ser reconduzidos uma única vez; Lei 8.213/91, parágrafo 2º do artigo 3º - Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências - Art. 3º Fica instituído o Conselho Nacional de Previdência Social - CNPS, órgão superior de deliberação colegiada, que terá como membros: I - seis representantes do Governo Federal; II - nove representantes da sociedade civil, sendo: a) três representantes dos aposentados e pensionistas; b) três representantes dos trabalhadores em atividade; c) três representantes dos empregadores. § 1º Os membros do CNPS e seus respectivos suplentes serão nomeados pelo Presidente da República, tendo os representantes titulares da sociedade civil mandato de 2 (dois) anos, podendo ser reconduzidos, de imediato, uma única vez. § 2º Os representantes dos trabalhadores em atividade, dos aposentados, dos empregadores e seus respectivos suplentes serão indicados pelas centrais sindicais e confederações nacionais; Lei 8.677/93, artigo 5º - Dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento Social e dá outras providências - Art. 5º É criado o Conselho Curador do FDS, integrado por: I - Ministro do Bem-Estar Social; II - Ministro da Fazenda; III - Ministro do Planejamento; IV - Presidente da Caixa Econômica Federal; V - Presidente do Banco Central do Brasil; VI - 1 (um) representante da Confederação Nacional das Instituições Financeiras; VII - 1 (um) representante da Confederação Nacional do Comércio; VIII - 1 (um) representante da Confederação Nacional da Indústria; IX - 1 (um) representante da Confederação Geral dos Trabalhadores; X - 1 (um) representante da Central Única dos Trabalhadores; XI - 1 (um) representante da Força Sindical. § 1º A presidência do Conselho Curador será exercida pelo representante do Ministério do Bem-Estar Social. § 2º Cabe aos representantes dos órgãos governamentais a indicação de seus suplentes ao presidente do Conselho Curador, que os nomeará. § 3º Os representantes dos trabalhadores e empregadores e seus suplentes serão escolhidos respectivamente pelas centrais sindicais e confederações nacionais e nomeados pelo Ministro do Bem-Estar Social, tendo mandato de 2 (dois) anos; Lei 8.212/91 - artigo 65 - Dispõe sobre a organização da seguridade social, institui o Plano de Custeio e dá outras providências - Art. 65. O Conselho Gestor do Cadastro Nacional do Trabalhador terá 12 (doze) membros titulares e igual número de suplentes, nomeados pelo Ministro do Trabalho e da Previdência Social para mandato de 4 (quatro) anos, sendo: I - 6 (seis) representantes do Governo Federal; II - 3 (três) representantes indicados pelas centrais sindicais ou confederações nacionais de trabalhadores; III - 3 (três) representantes das Confederações Nacionais de Empresários. § 1º A presidência do Conselho Gestor será exercida por um de seus membros, eleito para mandato de 1 (um) ano, vedada a recondução. § 2º O Conselho Gestor tomará posse no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data de publicação desta Lei. § 3º No prazo de até 60 (sessenta) dias após sua posse, o Conselho Gestor aprovará seu regimento interno e o cronograma de implantação do Cadastro Nacional do Trabalhador - CNT, observado o prazo limite estipulado no art. 64; Decreto 1.617/1995 - artigo 2º - Dispõe sobre a organização e funcionamento do Conselho Nacional do Trabalho, e dá outras providências - Art. 1º O Conselho Nacional do Trabalho - CNTb, órgão colegiado de natureza consultiva, composto de forma tripartite e paritária, integrante da estrutura básica do Ministério do Trabalho, tem por finalidade: [...] Art. 2º O CNTb será composto: I - pelos seguintes Ministros de Estado; a) do Trabalho, que o presidirá; b) do Planejamento e Orçamento; c) da Fazenda; d) da Previdência e Assistência Social; e) da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária; f) da Indústria, do Comércio e do Turismo; II - por dois representantes de cada entidade dos trabalhadores, a seguir indicada: a) Central Única dos Trabalhadores (CUT); b) Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT); c) Força Sindical (FS); [...] § 2º Os representantes dos trabalhadores e empregadores, titulares e suplentes, serão indicados pelos dirigentes das respectivas entidades e designados pelo Presidente do CNTb, com mandato de dois anos,

partir da experiência de participação ativa no processo negocial e com a responsabilidade nos

permitida a recondução; Decretos nº s 5.725/2006 - Art. 13. [...] do Presidente da Confederação Nacional do Comércio, que é seu Presidente nato; II - de um Vice-Presidente; III - de representantes de cada CR, à razão de um por cinquenta mil comerciários ou fração de metade mais um, no mínimo de um e no máximo de três; IV - de um representante, e respectivo suplente, do Ministério do Trabalho e Emprego, designados pelo Ministro de Estado; V - de um representante do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, e respectivo suplente, designados pelo Ministro de Estado da Previdência Social; VI - de um representante de cada federação nacional, e respectivo suplente, eleitos pelo respectivo Conselho de Representantes; VII - de seis representantes dos trabalhadores, e respectivos suplentes, indicados pelas centrais sindicais que atenderem aos critérios e instruções estabelecidos em ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego; e VIII - do Diretor-Geral do Departamento Nacional – DN; 5.726/2006 - Art. 22. [...]h) de seis representantes dos trabalhadores da indústria e respectivos suplentes, indicados pelas confederações de trabalhadores da indústria e centrais sindicais, que contarem com pelo menos vinte por cento de trabalhadores sindicalizados em relação ao número total de trabalhadores da indústria em âmbito nacional. § 2º c) cada trabalhador, pelo respectivo suplente que constar do ato que indicou o titular; d) os demais, por quem for indicado pelo ente representado. § 6º Os membros a que se refere a alínea "h" do caput exercerão o mandato por dois anos, podendo ser reconduzidos. § 7º Duas ou mais confederações de trabalhadores da indústria, ou duas ou mais centrais sindicais, poderão somar seus índices de sindicalização no setor da indústria, para atender ao requisito de representatividade estabelecido na alínea "h" do caput. § 8º A indicação dos representantes dos trabalhadores prevista na alínea "h" do caput será proporcional à representatividade das entidades indicantes; 5.727/2006 - Art. 17. [...]g) seis representantes dos trabalhadores da indústria, e respectivos suplentes, indicados pelas confederações de trabalhadores da indústria e centrais sindicais, que contarem com pelos menos vinte por cento de trabalhadores sindicalizados em relação ao número total de trabalhadores da indústria em âmbito nacional. § 1º Duas ou mais confederações de trabalhadores da indústria ou duas ou mais centrais sindicais poderão somar seus índices de sindicalização do setor da indústria para atender ao requisito de representatividade estabelecido na alínea "g". § 2º A indicação dos representantes dos trabalhadores será proporcional à representatividade das entidades indicantes. Art. 18. [...] c) cada trabalhador pelo respectivo suplente que constar do ato que indicou o titular; d) os demais, por quem for indicado pelo ente representado. § 2º O mandato dos Conselheiros indicados nas alíneas "c", "f" e "g" do art. 17 será de dois anos, podendo ser renovado. Art. 32. b) de quatro delegados das atividades industriais, escolhidos pelo Conselho de Representantes da entidade federativa; g) de um representante, e respectivo suplente, dos trabalhadores da indústria, indicado pela organização dos trabalhadores mais representativa da região. Parágrafo único. Os representantes a que se referem as alíneas "b", "c" e "g" exercerão o mandato por dois anos, sendo permitida a recondução de dois terços da representação nos casos das alíneas "b" e "c"; 5.728/2006 – Aprova alterações no regulamento do SESC, SESI, SENAI e SENAC, respectivamente - Art. 13. [...] I - do Presidente da Confederação Nacional do Comércio, que é seu Presidente nato; II - de um Vice-Presidente; III - de representantes de cada CR, à razão de um por cinquenta mil comerciários, ou fração de metade mais um, no mínimo de um e no máximo de três; IV - de um representante do Ministério da Educação, e respectivo suplente, designados pelo Ministro de Estado; V - de um representante, e respectivo suplente, do Ministério do Trabalho e Emprego, designados pelo Ministro de Estado; VI - de um representante, e respectivo suplente, do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, designados pelo Ministro de Estado da Previdência Social; VII - de um representante de cada Federação Nacional, eleito, com o suplente, pelo respectivo Conselho de Representantes; VIII - de seis representantes dos trabalhadores, e respectivos suplentes, indicados pelas centrais sindicais que atenderem aos critérios e instruções estabelecidos em ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego; e o Presidente da Confederação Nacional do Comércio, pelo seu substituto estatutário; § 5º Os Conselheiros a que se referem os incisos I, III e IX do caput estão impedidos de votar em plenário, quando entrar em apreciação ou julgamento atos de sua responsabilidade nos órgãos da Administração Nacional ou Regional da entidade. § 6º O mandato dos membros do Conselho Nacional terá a mesma duração prevista para os mandatos sindicais, podendo ser interrompidos os dos incisos IV, V, VI e VIII do caput, em ato de quem os designou. **Art. 19. O Conselho Fiscal (CF) compõe-se dos seguintes membros e respectivos suplentes: I - dois representantes do comércio, sindicalizados, eleitos pelo Conselho de Representantes da Confederação Nacional do Comércio; II - um representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, designado pelo respectivo Ministro de Estado; III - um representante do Ministério do Trabalho e Emprego; IV - um representante do INSS, designado pelo Ministro de Estado da Previdência Social; e V - dois representantes dos trabalhadores, indicados pelas centrais sindicais que atenderem aos critérios e instruções estabelecidos em ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego. § 5º O mandato dos membros do CF é de dois anos, podendo ser interrompidos os dos incisos II, III e IV, em ato de quem os designou.**

²¹¹ O crescimento de inclusão social do país com o aumento de número de cidadãos incluídos no mercado de trabalho e portanto com dignidade, tem gerado a afirmação de uma participação mais ativa nos processos de negociação para o próprio mercado. Negociações de alugueres de residência, compra ou mesmo para a aquisição de bens móveis e produtos da linha branca. As reivindicações de rua para a garantia de uma cidadania, como água, esgoto, asfalto tem sido uma constante no seio da sociedade brasileira.

resultados, tem se revelado cada vez mais aprofundado. No campo dos direitos sociais do trabalho, fonte normativa de um constructo social marcante para a sociedade, os mecanismos de inclusão social concretizados a partir deste mecanismo procedimental do exercício da democracia estão evidentes e comprovados²¹².

Portanto, o fundamento da inexistência de uma incapacidade procedimental da sociedade brasileira demonstra a sua inconsistência. De fato, a resistência de uma aplicação concreta da teoria do discurso se dá pela ausência da experiência que um setor da elite brasileira detém no processo efetivo de participação e decisão. Ainda, percebe-se a resistência em garantir a autonomia do cidadão em um processo de decisão, necessitando do fundamento de um aparato “intelectual” próprio. É o fundamentalismo hermenêutico que é utilizado como mecanismo de monopolizar o conhecimento através de uma linguagem que o próprio direito vem se afastando.

Foi intensa a busca pela conquista de um direito público subjetivo do cidadão a obter do Estado, a democracia participativa. “As exigências de participação e de negociação, que resultaram do exercício resistido da autonomia e caracterizaram ao longo dos séculos a formação da sociedade e do Direito no Brasil, transformaram-se nas faces de uma mesma moeda: a cidadania”²¹³.

A legitimidade do direito se dá através de um processo negocial onde todos possam se sentir autores das normas, e a legitimidade delas se mede pela ‘*resgatabilidade discursiva*’ de pretensões de validade normativas²¹⁴.

Reforça-se, aqui, a autonomia do processo de decisão coletiva com as palavras de Jürgen Habermas:

O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado Social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas

²¹² Ver as análises efetuadas pelo DIEESE.

²¹³ ROMÃO, José Eduardo Elias. **Justiça Procedimental: A Prática da Mediação na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas**. Brasília: Maggiore. 2005. p. 108.

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. 2ª Ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 137.

formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda a transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como, aliás, o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem à leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta idéia é ‘dogmática’ num sentido sui generis. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é ‘dada’ através da estrutura lingüística das formas de vida sócio-culturais, as quais nós, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir²¹⁵.

Admitindo-se que ‘os paradigmas abrem as perspectivas interpretativas a partir das quais os princípios do Estado de Direito (em uma interpretação específica) podem ser relacionados com o contexto social como um todo’, espera-se que o esforço compreendido na reconstrução do Paradigma do Estado Democrático de Direito tenha esclarecido que as ‘chaves de abertura’ para interpretação e a inclusão no contexto normativo brasileiro deste século XXI são a participação e a negociação²¹⁶.

Cada vez mais encontramos a possibilidade concreta de se afirmar que a sociedade brasileira necessita, para a redução de sua complexidade e dos conflitos, que as decisões sejam tomadas com a participação dos atores sociais.

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. II. 2ª Ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 2003. p. 190.

²¹⁶ ROMÃO, José Eduardo Elias. **Justiça Procedimental: A Prática da Mediação na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas**. Brasília: Maggiore. 2005. p. 112.

Portanto, é necessário que a partir de uma teoria constitucional reconstrutiva possamos obter a abertura semântica da constituição.

1.1. A experiência da Jurisdição Constitucional brasileira

A expressão jurisdição constitucional²¹⁷ das liberdades, adotada pelo jurista italiano Mauro Cappelletti, visa designar a existência de um processo constitucional especial que proteja, de forma concreta, os direitos fundamentais. Mauro Cappelletti faz uma ressalva: “o tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada ‘justiça constitucional’²¹⁸”.

As constituições contemporâneas têm buscado a preservação e a observação das regras estabelecidas para a garantia das instituições democráticas. A jurisdição constitucional tem este papel, qual seja, a de possibilitar a efetividade dos direitos fundamentais. Como afirma José Alfredo de Oliveira Baracho:

A Jurisdição constitucional das Liberdades adquire amplitude e relevo para o princípio da igualdade. Ela, assume uma alta função de equilíbrio no reconhecimento dos interesses constitucionais relevantes. A igualdade e a tutela da diversidades existentes na Constituição figuram como um dos princípios essenciais ligados à igualdade substancial e às diversas formas de atuação dos ser humano, no exercício de seus direitos constitucionais. A custódia da Constituição transformou-se também em um centro de averiguações constitucionais, no que diz respeito à sua

²¹⁷ Para Kelsen, “a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídic: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, in isto é, de normas jurídicas, ou ato de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem à aplicação do direito considerado como simples reprodução”. KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

²¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª Edição. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves, Revisão: José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1992.

aplicabilidade. Os direitos e liberdades fundamentais constituem uma rubrica especial nos temas essenciais do constitucionalismo²¹⁹.

Portanto, a jurisdição constitucional nasce como um instrumento de defesa da Constituição. O princípio da supremacia da constituição se origina desta garantia, ou seja, de obtenção de mecanismos de sua proteção jurídica para a sua integridade. Esta proteção jurídica decorre da “necessidade de se preservar e impedir a promulgação e sobretudo a aplicação de normas jurídicas que estejam em desacordo com os seus princípios”²²⁰.

A importância de uma jurisdição constitucional das liberdades para o novo constitucionalismo é tão fortemente defendida que Canotilho, ao tratar do controle e justiça constitucional, diz que no

constitucionalismo recente parece defender-se, em geral, a conexão necessária entre *constituição e jurisdição constitucional*. W. Kagi escreveu impressivamente: ‘diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de constituição tens’. O *carácter de norma jurídica directa e imediatamente vinculativa* atribuído à constituição e a necessidade de considerar a garantia e segurança imediata da lei fundamental como uma das tarefas centrais do Estado democrático constitucional colocam, logicamente, o problema do controlo principal da conformidade dos actos dos poderes públicos com a constituição como uma das questões-chave da moderna ‘constitucionalidade’. Mas qual o verdadeiro alcance da ‘justiça constitucional’?²²¹.

²¹⁹BARACHO, José Alfredo Oliveira. **Jurisdição Constitucional da Liberdade**. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord). **Jurisdição Constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 11/12.

²²⁰LOBATO, Anderson O. C. **Para uma Nova Compreensão do sistema misto de Constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. n. 6, p. 35-46, 1994.

²²¹CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Coimbra: Edição Almedina. p. 892.

Este princípio, da supremacia da constituição, é garantido pela rigidez constitucional, ou seja, pela adoção do processo de reforma constitucional mais complexo do que aquele utilizado para a reforma das leis ordinárias, portanto, um controle político. Este conjunto de mecanismo, político e jurisdicional é denominada de controle de constitucionalidade das leis.

Marcelo Cattoni, ao tratar sobre o sistema de controle de constitucionalidade das leis, a partir da jurisdição constitucional, diz que o

controle judicial de constitucionalidade das leis é uma expressão comum e genericamente utilizada de modo polissêmico e um tanto ingênuo não somente como ponto de vista do debate político-constitucional, profissional ou institucional, mas também da perspectiva do debate teórico-constitucional.

De uma perspectiva que designamos reconstitutiva e que possui vantagem, diante da Teoria e da Sociologia do Direito Tradicionais, de não se fechar a um único ponto de vista disciplinar, o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma expressão utilizada para se referir a uma série de controles judiciais que não se reduzem a um controle judicial de constitucionalidade ‘da lei’, ou a um controle judicial de constitucionalidade de ‘emenda ou de revisão constitucionais’, ou, ainda, a um controle ‘de atos normativos’, nem sempre equiparáveis à lei, quanto à sua validade jurídica ou ao seu âmbito normativo de incidência. E, de ser fundamentalmente considerado como controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do processo de produção da lei. Ou seja, do atos jurídicos que, ao densificarem um modo jurídico-constitucional de interconexão prefigurada, constituem-se em uma cadeia procedimental. Essa cadeia procedimental se desenvolve discursivamente, ou, ao menos, em condições equânimes de negociação, ou, ainda, em contraditório, entre agentes legitimados, no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, visando à formação e à emissão de um ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, um provimento legislativo que, sendo um ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica²²².

²²² In **Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2006,p. 40.

A Jurisdição brasileira prevê a existência de ações constitucionais, visando dar solução imediata quando ocorrer a violação aos direitos fundamentais²²³. O sistema difuso do controle de constitucionalidade no Brasil foi adotado pela primeira vez em 1891. De inspiração norte-americana, pelo qual juiz ou Tribunal poderá afastar, no caso concreto em que presta jurisdição, a aplicação de norma que viole a Constituição. Uma vez que não havia a previsão do princípio do *stare decisis*, que atribui força vinculante às decisões da Suprema Corte americana, ou seja, os efeitos da decisão do controle difuso de constitucionalidade se limitavam às partes envolvidas nos autos.

Para se obter efeito vinculante às decisões no controle difuso de constitucionalidade, a Constituição de 1934 criou o artigo 91, inciso IV, o qual determinava que, se um ato normativo fosse declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, haveria um mecanismo de suspensão, pelo Senado, da execução da lei, no todo ou em parte. Portanto, trata-se de ato político, para a preservação da separação dos poderes, conferindo eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade em concreto.

A Emenda Constitucional nº 16 de 1965, para obter os efeitos da decisão *erga omnes*, instituiu, ao lado do controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos, o controle de constitucionalidade em abstrato por meio de representação de inconstitucionalidade, inspirado na representação interventiva²²⁴ ou seja, o modelo concentrado, direto e em abstrato, próprio das Cortes Constitucionais proposto por Kelsen, e existente em alguns países da Europa Continental. Com o controle concentrado, instituído pela EC nº 16/65, os efeitos da decisão se faz diretamente pelo Supremo Tribunal Federal tendo em vista a natureza objetiva do processo e a tutela da constituição. O legitimado, exclusivo, para a propositura da representação de inconstitucionalidade é o Procurador Geral da República.

²²³ São os chamados writs constitucionais, de natureza mandamental e de rito sumário. Estes estão previstos no artigo 5º da Constituição, que são: (a) ação de habeas corpus (art. 5º, LXVIII); (b) a ação de habeas data (artigo 5º, LXXII); (c) a ação de mandado de segurança individual e coletivo (artigo 5º, LXIX e LXX); (d) a ação de mandado de injunção (art. 5º, LXXI). Todas as ações constitucionais citadas buscam a garantia dos direitos enumerados no Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", que são dirigidas contra o Estado, que por ilegalidade, abuso de poder ou pela simples inércia, violam ou deixam de reconhecer o direito do demandante.

²²⁴ A representação Interventiva, para fins de intervenção federal, tinha como finalidade de obter a observância ou não, pelos Estados-Membros dos princípios constitucionais sensíveis.

Esse sistema misto de controle de constitucionalidade de leis foi mantido pela Constituição de 1988 na perspectiva de uma maior efetividade e concretude do sistema do controle de constitucionalidade das leis de proteção da Constituição.

A Constituição de 1988, portanto, conferiu uma maior abertura ao controle concentrado de constitucionalidade, ao retirar a exclusividade da legitimidade ativa do Procurador Geral da República, ampliando, significativamente²²⁵ os seus legitimados²²⁶. Ainda, pode-se dizer que foi conferido ao Supremo Tribunal Federal a abertura de competência ao controle concentrado ao instituir a: Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Ação Declaratória de Constitucionalidade; A Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional; Mandado de Injunção.

O controle judicial de constitucionalidade das leis é exercido através do órgão responsável, competente, deste controle, e integra a estrutura do Poder Judiciário²²⁷. Já o controle de constitucionalidade político é exercido preventivamente pelo Chefe do Poder Executivo, por meio do veto político²²⁸. No tocante ao Poder Legislativo, no processo legislativo, é exercido o controle político de constitucionalidade através de suas Comissões de Constituição e Justiça examinando previamente a constitucionalidade dos projetos de lei²²⁹.

²²⁵ O significativamente pode ser entendido como uma frase de efeito já que, toda e qualquer alteração de saia da exclusividade, única, se torna significativa em especial quando se refere a legitimidade ativa do processo constitucional.

²²⁶ Artigo 103 -

²²⁷ **Capítulo III - Do Poder Judiciário Seção I - Disposições Gerais - Art. 92.** São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A - o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. § 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. § 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

²²⁸ **Art. 66.** A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

²²⁹ **Seção VII - Das Comissões - Art. 58.** O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º Na constituição das Mesas e de cada comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. § 2º Às

Os efeitos da decisão do sistema misto do controle de constitucionalidade das leis brasileiras mantêm sua diferenciação em relação ao modelo tradicional. Enquanto no controle concentrado somente o Tribunal Constitucional, no caso o Supremo Tribunal Federal é competente para conhecer e julgar uma questão de inconstitucionalidade, o fazendo a partir de uma análise, abstrata, da conformidade de uma norma à constituição, independente de qualquer relação individual ou seja, caso concreto, assumindo, a sua decisão, verdadeira característica de declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de efeito vinculante²³⁰, no controle difuso de constitucionalidade das leis, qualquer juiz ou tribunal²³¹ poderá afastar a aplicabilidade da lei ou ato normativo que entender inconstitucional.

À primeira vista, o sistema misto do controle de constitucionalidade brasileiro poderia levar à conclusão de uma total incompatibilidade. Nos países que adotam o sistema de controle concentrado de constitucionalidade há o fundamento de que o aumento de decisão em sede de controle de constitucionalidade pelo sistema difuso confere, aos juízes, um maior poder, ressurgindo o mito do “governo dos juízes”. Por outro lado, para os que adotam a tese do sistema difuso do controle de constitucionalidade, a preocupação se dá na concentração do

comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer. § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores; § 4º Durante o recesso, haverá uma comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.

²³⁰ O processo constitucional está previsto na Lei 9868/99 aonde estão dispostos todos os efeitos da decisão.

²³¹ O artigo 97 da Constituição de 1988 estabelece a reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade pelo sistema difuso por um Tribunal. Diz o artigo: **Art. 97.** Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. O Supremo Tribunal Federal – Súmula Vinculante nº 10 - VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.

poder de decisão, excluindo, ou ao mesmo reduzindo a possibilidade de participação popular no processo de decisão, levando a um sistema fechado da própria constituição²³².

Gilmar Mendes aponta grandes dificuldades da manutenção do sistema misto do controle de constitucionalidade no Brasil. Para ele,

O princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção de direitos. A Constituição de 1988 concebeu novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e dos sistema de direitos subjetivos, tornando o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade um dos mais intrincados do mundo.

A complexidade do sistema de controle de constitucionalidade instituído em 1988, prolífico em vias processuais, não deixa de trazer consigo dificuldades várias. Dessa forma, muitos têm sido os esforços, doutrinários e jurisprudenciais, com vistas a solucionar o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito às técnicas de decisão²³³.

O debate que se trava hoje, a partir da Teoria Discursiva de Habermas, para um jurisdição constitucional democrática é qual o papel que o controle de constitucionalidade das leis deve ter a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Para Habermas, quanto ao problema da

legitimidade do controle judicial da constitucionalidade, esta consideração metodológica traz conseqüências práticas e críticas em relação a uma autocompreensão falsa e suas conseqüências, não para a possibilidade de uma decisão racional de recursos constitucionais em geral. Pois a interpretação de princípios do direito não se distingue fundamentalmente da interpretação de normas simples (na medida em que a sua aplicação não está condicionada previamente a situações delimitadas). No processo de aplicação, nem sempre surgem lacunas de

²³² LOBATO, Anderson O. C. **Para uma Nova Compreensão do sistema misto de Constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. n. 6, p. 35-46, 1994.

²³³ MENDES, Gilmar. **O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.** In MARTINS, Ives Gandra da Silva et. Ali (Coord). Tratado de Direito Constitucional . v 1. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 306.

racionalidade em ambos os tipos de interpretação. Certamente os passos complexos de uma interpretação construtiva não se deixam normatizar processualmente; porém eles subjazem ao controle da racionalidade processual de um discurso de aplicação institucionalizado juridicamente. Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está *limitada à aplicação* de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério-lógico argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação²³⁴.

Toda a complexidade do controle de constitucionalidade das leis está exatamente em estabelecer qual o limite da interpretação a ser conferida no exercício da jurisdição constitucional. O que se pretende para a jurisdição constitucional? Como vimos, a jurisdição constitucional das liberdades existe para constituir a concretude dos direitos fundamentais dos cidadãos, impondo os limites do poder do Estado. Portanto, a hermenêutica constitucionalmente adequada é aquela em que as garantias constitucionais da liberdade possam ser efetivadas.

Os discursos de fundamentação acabam por nivelar, no exercício da jurisdição constitucional, princípios de direito a bens, finalidade e valores. Assim, liberdade e igualdade passam a ser objeto de um processo de otimização/ponderação de direitos. No momento em que os discursos de fundamentação são utilizados cresce o risco dos juízos irracionais, na medida em que os argumentos funcionalistas acabam por prevalecer sobre os normativos.

Todo discurso sobre a experiência deve partir atualmente da constatação de que ela não é mais algo que ainda nos seja dado fazer. Pois, assim como foi privado de sua biografia, o homem contemporâneo foi expropriado de sua experiência. É a partir deste discurso sobre a experiência que Agamben inicia o primeiro capítulo do livro: *Infância e história: destruição da experiência e origem da história*²³⁵. Para ele, no livro, a infância tem o lugar lógico se expondo na relação entre experiência e linguagem. Para Agamben, a incapacidade de fazer e transmitir experiências talvez seja um dos poucos dados certos de que disponha sobre si mesmo. A experiência não é aquela a que somente se obtém a partir de atos desastrosos que possam marcar a vida ou a partir da qual, se possa conferir – em razão do tempo passado – a

²³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. P. 323.

²³⁵ Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

autoridade, como já se manifestavam a máxima e o provérbio antigos. Mas, como então revisitar a experiência na modernidade, para o homem contemporâneo, sem que se possa destruir a própria experiência? A constatação da destruição da experiência pelo homem contemporâneo, na medida em que o seu dia a dia passa a ser supérfluo, ou seja, a incapacidade de traduzir-se em experiência como se os fatos da vida fossem insignificantes, não se traduz, necessariamente, na inexistência da experiência. O que se constata é a recusa da própria humanidade em querer experimentá-las²³⁶.

A expropriação da experiência,²³⁷ que tem sido suscitada por vários doutrinadores e pela própria jurisprudência, é o que vem conferindo, fortemente, a ilegitimidade das decisões judiciais e o aumento dos conflitos em uma sociedade complexa.

Rejeitar a experiência do controle difuso de constitucionalidade é retirar da própria experiência a possibilidade de reconstruir, a partir dela e para além dela, uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática, em que se possa respeitar as decisões, uns aos outros, como sujeitos de direito constitucional.

²³⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Infância e história: destruição da experiência e origem da história**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 23.

²³⁷ Agamben cita um conto de Tieck com o título “O Supérfluo da vida”. Este conto ‘nos mostra um casal de amantes na penúria que aos poucos renuncia a qualquer bem e a toda a atividade externa, e acaba por viver recluso em seu quarto. Por fim, não conseguindo mais encontrar lenha, eles se aquecem queimando inclusive a escada de madeira que ligava seu quarto ao resto da casa, ficando assim isolados do mundo externo, sem outra posse e sem outra ocupação além de seu amor. Esta escada – nos esclarece Tieck – é a experiência, que eles sacrificam às chamas do <<conhecimento puro>>. Quando o senhorio (que representa aqui as razões da experiência) procura, ao voltar, a velha escada que conduzia ao andar alugado aos dois jovens inquilinos, Henrique (este é o nome do protagonista) zomba dele com estas palavras: ‘Ele quer sustentar-se com a velha experiência de que está no chão e quer subir, movendo-se lentamente, degrau por degrau, à altura da compreensão mais alta; entretanto não poderá jamais seguir a intuição imediata que temos, nós, que já abolimos estes momentos triviais da experiência e da sucessão para sacrificá-los, segundo a antiga lei do Parses, ao puro conhecimento, com a chama purificadora e vivificante’. A supressão da escada, ou seja, da experiência, é justificada por Tieck como uma <<filosofia da pobreza>> que pode explicar hoje em dia a recusa da experiência da parte dos jovens (mas não apenas dos jovens: índios metropolitanos e turistas, hippies e pais de família estão aparelhados – muito além do que jamais estariam dispostos a reconhecer – por uma idêntica expropriação da experiência). Pois eles são como aqueles personagens de quadrinhos da nossa infância, que podem caminhar no vazio desde que não se dêem conta: no instante e que se dão conta, em que têm experiência disso, despencam irremediavelmente. Por isso, se a sua condição é, objetivamente, terrível, jamais se viu porém em espetáculo mais repugnante do que uma geração de adultos que, após haver destruído até a última possibilidade de experiência autêntica, lança a sua miséria em face a uma juventude que não é mais capaz de experiência. Quando se desejaria impor a esta humanidade, que de fato foi expropriada da experiência, uma experiência manipulada e guiada como em um labirinto para ratos, quando a única experiência possível é, portanto, o horror e a mentira, nesta circunstância uma recusa da experiência pode – provisoriamente – constituir uma defesa legítima. Até mesmo a hodierna toxicomania de massa deve ser vista na perspectiva desta destruição da experiência. Pois o que diferencia os novos drogados dos intelectuais que descobriram a droga no século XIX é que estes últimos (ao menos os menos lúcidos entre eles) podiam ainda ter a ilusão de estarem realizando uma nova experiência, enquanto que para os primeiros se trata simplesmente, a este ponto, de desvencilhar-se de toda a experiência’. In **Infância e história: destruição da experiência e origem da história**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

O controle difuso de constitucionalidade das leis precisa ser visto não apenas como uma constatação fotográfica do passado, mas, e principalmente como uma ponte para que seja projetado o futuro. Assim poderemos aprender com nossos próprios erros e corrigir os desvios que o próprio homem contemporâneo impõe à humanidade.

Desprezar a experiência do controle difuso de constitucionalidade brasileira, como um fato ultrapassado, é afirmar o fundamentalismo hermenêutico, tão repugnante como a de

uma geração de adultos que, após haver destruído até a última possibilidade de experiência autêntica, lança a sua miséria em face a uma juventude que não é mais capaz de experiência. Quando se desejaria impor a esta humanidade, que de fato foi expropriada da experiência, uma experiência manipulada e guiada como em um labirinto para ratos, quando a única experiência possível é, portanto, o horror e a mentira, nesta circunstância uma recusa da experiência pode – provisoriamente – constituir uma defesa legítima²³⁸.

Uma legítima defesa para demonstrar que controle difuso e concentrado não se repelem, mas se complementam.

A sociedade moderna reivindica a organização através de um direito que, guardando uma relação de complementariedade²³⁹ e se autonomizando de uma ‘eticidade substancial’²⁴⁰, requer a justificação através um controle de constitucionalidade de leis em que direito, política e democracia possam interagir.

²³⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Infância e história: destruição da experiência e origem da história**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

²³⁹ CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das lei do processo legislativo**. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamento Editora, 2006. p. 39.

²⁴⁰ Para Habermas, a eticidade substancial consiste no conjunto de tradições, valores, formas e modos de vida socialmente vigentes e ‘naturalizados’, que forma a identidade social, grupal e individual. Na pré-modernidade, esta consistia numa amálgama de normas, valores e interesses que, com a crescente racionalização e problematização do seu conteúdo, vindas com a modernidade, assume forma reflexiva, num mundo caracterizado, pelo ‘fato do pluralismo razoável’. In **Passado como Futuro**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

É nesta perspectiva, que é necessário que passemos a abordar a tensão produtiva entre constituição e democracia para a afirmação do exercício de um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis.

2. A abertura semântica da constituição a partir de uma Teoria Constitucional Reconstitutiva

Como mencionamos acima, a história do constitucionalismo tem sido marcada entre a tensão conceitual dos termos ‘constituição’ e ‘democracia’. A reconstrução da abertura semântica da constituição deve se dar a partir de uma teoria da constituição que afirme seu caráter democrático, emancipatório e a concretude dos direitos fundamentais.

É neste sentido que teremos, para uma teoria constitucional reconstitutiva, de revisar os conceitos de constituição firmados desde o início do constitucionalismo americano e francês e especialmente por Karl Loewenstein pós segunda guerra. Não se tem a intenção de esgotar ou muito menos, como já mencionado, de reescrever a História do Constitucionalismo mas, tão somente, de apontar os pressupostos inerentes ao seu desenvolvimento para uma correta revisão dos mesmos, e, a partir dos supostos do Estado democrático de Direito, reconstruir a semântica constitucional do termo constituição.

De fato, as Revoluções francesa²⁴¹ e americana²⁴² constituíram, nas palavras de Maurizio Fioravanti, um “momento decisivo na história do constitucionalismo, ao inaugurar “um novo conceito e uma nova prática²⁴³” constitucionais.

De fato, as teorias da constituição estão à procura de uma definição de seu objeto, ou seja, de uma semântica que seja adequada à complexidade da sociedade contemporânea. Fica, por isso, sempre a pergunta: O que é uma constituição? Maurizio Fioravanti, na busca de um conceito semântico da constituição, utiliza, para o início de sua definição, a tricotomia proposta por um dos mestres italianos do segundo pós-Guerra, Vezio Crisafulli: 1. Os dados escritos em texto legislativo, são, concretamente, deliberados ou outorgado como a criação de um determinado Estado; 2. A existência dos direitos fundamentais na constituição e 3. A previsão de normas sócio-políticas e socioeconômicas na estrutura da constituição²⁴⁴. Constata-se, como fez Crisafulli, que os problemas e controvérsias de uma teoria constitucional moderna são gerados essencialmente pelas concepções divergentes entre o direito e política. De toda a forma, há que fixar entendimento de que o direito e a política, no constitucionalismo contemporâneo, não podem ser debatidos isoladamente, ou seja, como se

²⁴¹ Citar Manuel Jiménez e Cattoni

²⁴² Citar Cristiano Paixão.

²⁴³ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de La antigüedad a nuestros días**. Tradución de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editora Trotta, S.A., Primera edición: 2001 e Primera reimpressão: 2007. P. 100/131.

²⁴⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Il Futuro Della Costituzione**. p. 11.

constituição fosse um fenômeno exclusivamente do direito ou como um fenômeno exclusivo da política. Pelo contrário, direito e política são inerentes da formação e concretização de uma constituição, portanto, não são antagônicos, mas complementares²⁴⁵.

Maurizio Fioravanti, ao reconstruir a história semântico-institucional do termo ‘Constituição’, afirma que,

ao contrário do que fez a tradição, não mais podemos opor como domínios antitéticos à idéia de ‘Constituição’ à de ‘democracia’ ou ‘soberania popular’, pois o constitucionalismo só efetivamente constitucional se institucionaliza a democracia, o pluralismos, a cidadania de todos, se não o fizer é despotismo, autoritarismo; bem como a democracia só é democrática se impõe limites constitucionais à vontade popular, à vontade da maioria, se assim não for estaremos diante de uma ditadura, do despotismo, do autoritarismo²⁴⁶.

Menelick de Carvalho Netto afirma que a “função da Constituição é precisamente possibilitar a legitimação da política e a efetividade das normas gerais e abstratas do Direito, ou seja, a articulação entre a política e o Direito. Através dos procedimentos jurídicos, a tomada de decisão, a política, é canalizada por procedimentos jurídicos adquirindo assim legitimidade”²⁴⁷.

Na busca da função da constituição, para possibilitar a legitimação da política e do direito, Menelick de Carvalho Netto defende o rompimento do tradicional conceito da teoria da constituição, firmado no período entre as duas grandes guerras e os objetivos e métodos da teoria jurídica, quanto a sua perspectiva de efetividade constitucional. Portanto, para a busca de um constitucionalismo efetivamente constitucional, para utilizar a expressão de Fioravanti, Menelick de Carvalho Netto propõe a sua revisitação para uma nova abertura semântica da Constituição. A reconstrução proposta por Menelick de Carvalho Netto parte do pressuposto da afirmação dos direitos fundamentais, ou seja, a sua própria ameaça, quer por concepções

²⁴⁵ Neste aspecto, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann aponta com a constituição serve para integrar o direito e a política a partir da afirmação da existência de uma política do direito e do outro um direito da política. LUHMANN, Niklas. **Direito, Democracia e Risco**.

²⁴⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Il Futuro Della Costituzione**. p. 11

²⁴⁷ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Constituição da Europa**. In LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coord.) **Crise e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 286.

políticas neoliberais, quer por “combate ao terror²⁴⁸”, recoloca a necessidade de uma reflexão mais profunda e séria, sobre a teoria constitucional, revisitando a “importância” que a “formalidade constitucional deve assumir ao lado e concomitantemente com a exigência de materialidade, de concretude dos direitos constitucionais na vida cotidiana de todos nós”²⁴⁹.

Para Menelick de Carvalho Netto, para uma nova semântica constitucional deve-se partir da reconstrução da concepção de que Constituição formal e Constituição material são antagônicos, que reduz, paradoxalmente, a própria semântica constitucional.

Menelick de Carvalho Netto,

A concepção formal, universal, de Constituição como uma constituição ideal, tal como sonhado pelo liberalismo, declarando a existência de direitos universais de igualdade e liberdade inatos a todos e estabelecendo as bases da organização política de modo a transformá-la, estruturalmente, de uma ameaça ao livre exercício desses direitos em uma garantia do seu livre curso na sociedade civil. A Constituição que deveria ser perfeita, que deveria funcionar como o mecanismo de um relógio. O único problema, no entanto, é que, na vida real, as constituições factíveis eram imperfeitas, não eliminavam problemas, ao contrário, criavam problemas a exigirem ou tratamento jurídico ou cuidado político. Os homens daquele período, no entanto, teimavam em crer na possibilidade de uma Constituição racional, perfeita, capaz de permitir à sociedade ‘funcionar como um relógio’ por si só. Acreditavam, em sua inocência histórica, ser possível a Constituição perfeita que traduziria mecanicamente a verdade universal e evidente dos direitos racionais, inegáveis a qualquer ser humano, reconhecendo-os, internalizando-os e garantindo-os nas próprias bases da organização política. O problema residiria apenas em que ele ainda não havia sido feita²⁵⁰.

²⁴⁸ Iniciado primeiramente pelo Governo Inglês na década de 80 e, na primeira década do século XXI pelo Govrno Norte-Americano.

²⁴⁹ CARVALHO NETTO, Menelick. A Jurisdição Constitucional, in Sampaio, p. 145.

²⁵⁰ CARVALHO NETTO, Menelick. A Jurisdição Constitucional, in Sampaio, p. 147.

A abertura do texto constitucional para projetar o futuro impõe que a pensemos enquanto uma aquisição evolutiva, a fim de admitir que essa construção não pode ser um processo único, que tenha acontecido de uma só vez, mas que, ao contrário, deve ser posteriormente reconstruído através da interpretação e eventualmente através de mutação constitucional²⁵¹.

Niklas Luhmann, ao propor, a partir da teoria dos sistemas, que a Constituição seja vista e interpretada com uma aquisição evolutiva o faz tendo em vista a análise efetuada das questões políticas dos conceitos e das inovações semânticas que se reconhece nas mutações revolucionárias puderam alterar, justificar e inovar o uso lingüístico do direito. Estas alterações do uso lingüístico do direito, colaboram para afirmar novas distinções, novos conceitos ou apenas uma mutação oculta de significado em face das compreensões tradicionais²⁵². A linguagem²⁵³, portanto, passa a ser um mecanismo próprio de conferir ou mesmo negar o próprio significado da constituição e, conseqüentemente, o seu conteúdo, podendo gerar a própria anomia do direito²⁵⁴.

A inovação lingüística, portanto, pode ter como conseqüência que as duas tradições revolucionárias, americana e francesa, ou seja a jurídica e a política, possam ao fim e ao cabo se confundir²⁵⁵. Para falar de constituição deve-se pensar, de imediato, “em um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado. Terminologia jurídica e

²⁵¹ LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Traduzioni: Leonardo Ceppa, Fabio Fiore e Gabriella Silvestrini. Torino: Einaudi, 1996, p. 83.

²⁵² LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Traduzioni: Leonardo Ceppa, Fabio Fiore e Gabriella Silvestrini. Torino: Einaudi, 1996, p. 84.

²⁵³ “da história da palavra e do conceito emergem várias tradições. Em geral pode-se distinguir um uso lingüístico jurídico de um uso ético-político ou jusnaturalista, usos provenientes de distintas tradições”. LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Traduzioni: Leonardo Ceppa, Fabio Fiore e Gabriella Silvestrini. Torino: Einaudi, 1996, p. 85.

²⁵⁴ Luhmann para demonstrar como o uso da linguagem poder alterar os significados e conteúdos do direito, logo, da constituição, aponta que na *jurisprudence* o título *constitutio* refere-se a decretos de direito positivo com força de lei, ou ao que em inglês pode ser chamado de *ordinance* ou *statute*. Na linguagem política, *constitutio/constitution* é a constituição corpórea quer do homem singular, quer do corpo político. [...] O que estimulou fortemente os dissidentes e movimentos sectários a golpear a Igreja e o Estado atacando-lhes as respectivas constituições”. LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Traduzioni: Leonardo Ceppa, Fabio Fiore e Gabriella Silvestrini. Torino: Einaudi, 1996, p. 85.

²⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Traduzioni: Leonardo Ceppa, Fabio Fiore e Gabriella Silvestrini. Torino: Einaudi, 1996, p. 86.

terminologia política interpenetram-se no momento em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política e considera-se a ordem política como ordenamento jurídico”²⁵⁶. Enfim, política e direito aparecem como um sistema e o direito como a forma de reação aos inconvenientes políticos, inclusive ao perigo de se recair no estado de natureza.²⁵⁷ Luhmann defende a tese de que o conceito de Constituição, “contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à conseqüente necessidade de uma reconexão entre eles”²⁵⁸.

Para Luhmann, a forma escrita do texto da constituição requer uma determinação conceitual aonde se possa introduzir uma distinção entre a *Constitution* e os demais ramos do direito. De toda a forma, trata-se de uma distinção que possibilita que se deixe na indeterminação aquilo que se distingue. Portanto, a Constituição nada mais é do que o seu próprio texto e nenhum outro²⁵⁹. A revolução política, no entanto, cuja intenção sempre foi a de estabelecer os limites jurídicos do próprio Estado, portanto, a Constituição deve se estabelecida como a partir de uma função normativa, ou seja, de uma norma que esteja acima das demais normas do direito²⁶⁰. Isto porque normas jurídicas e, portanto, normas constitucionais contem em seu conteúdo comandos, mandamentos, ordens dotados de força normativa e não apenas moral. Este sistema, jurídico, produz a distinção de sua própria unidade, a partir da linguagem (comandos aonde se aponta que direito é direito) a partir do código binário direito e não-direito.

Para Luhmann a interpretação jurídica justifica a necessidade da Constituição com a necessidade de se fundar a validade do direito. Mas essa afirmação não faz mais do que nos levar a posteriormente questionar a fundamentação da validade do direito constitucional²⁶¹. Este questionamento ocorre na medida em que o próprio sistema de direito a partir do código binário – direito e não-direito, positivo e negativo – acaba por gerar a inclusão e exclusão, ou seja, na medida em que eu incluo eu acabo por excluir, e será a partir desta exclusão que se poderá gerar uma nova inclusão, posto que os excluídos passam a ser detentores de direitos de reivindicação para buscar, na sua diferença²⁶², a sua igualdade na inclusão. É, nas palavras de

²⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. p. 86

²⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. p. 87.

²⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. p. 87.

²⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. p. 89.

²⁶⁰ Este conceito surge a partir da Declaração da Independência de 1776.

²⁶¹ LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. p. 91.

²⁶² O direito à diferença é estabelecido por Chantal Mouffe quando afirma que a “democracia radical exige que reconheçamos a diferença – o particular, o múltiplo, o heterogêneo -, tudo o que, na realidade, tenha sido

Luhmann, o paradoxo que deve permanecer invisível, na medida em que a própria idéia de Constituição é um projeto de aquisição evolutiva de desparadoxalização²⁶³. Nesta perspectiva, a condição à qual assim se reage pode ser também definida como positividade do direito, sendo este considerado como o direito que só pode ser criado pelo próprio direito e não ab extra pela natureza ou pela vontade política, ou seja, o termo positividade expressa em uma linguagem datada de autodeterminação operativa do direito e não como se afirma constantemente, a fundação da validade do direito através de um ato de arbítrio político²⁶⁴.

Niklas Luhmann afirma que a Constituição é

a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia. Em outros termos, a Constituição deve substituir aqueles sustentáculos externos que haviam sido postulados pelo jusnaturalismo. Ela substitui quer o direito natural em sua versão cosmológica mais tradicional, quer o direito racional com o seu concentrado de teoria transcendental que se autoreferencia a uma razão que julga a si própria. No lugar dessa última, subentra um texto parcialmente autológico. Isso é, a Constituição fecha o sistema jurídico ao discipliná-lo como um âmbito no qual ela, por sua vez, reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado mediante o seu reingresso no sistema²⁶⁵.

Ao reconhecer a si própria²⁶⁶, a Constituição lhe confere a sua primazia. Contudo, não se pode negligenciar a sua própria efetividade. Independentemente da forma como o constituinte projete a Constituição – partimos do pressuposto da intenção do legislador em estabelecer o pleno exercício de cidadania e, portanto, conferindo os direitos fundamentais que preservem a dignidade humana – a sua garantia pela realização dos valores subjetivos constitucionalmente adequados. Por isso, afirma Luhmann que a teoria jurídica e constitucional voltada para a interpretação preocupa-se, por isso mesmo, em tornar plausível a inderrogabilidade mediante a externalização do ponto de referência e assim motivar o fato de que não é lícito dispor-se do direito positivo. O que vale tanto para o jusnaturalismo de

excluído pelo conceito abstracto do homem. O universalismo não é rejeitado, mas particularizado; o que é necessário é um novo tipo de articulação entre o universal e o particular. MOUFFE, Chantal. **O regresso do Político**. Tradução: Ana Cecília Simões. Revisão científica: Joaquim Coelho Rosa. Gradiva Publicações: Lisboa, 1996, p. 27.

²⁶³ LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. p. 92.

²⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. p. 93.

²⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. p. 94.

²⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. p. 94.

algumas teorias dos direitos fundamentais quanto para a insistência neoliberal acerca dos direitos pertencentes aos indivíduos antes de qualquer concretização jurídica²⁶⁷.

Na perspectiva de uma Constituição com aquisição evolutiva, defendida por Niklas Luhmann, que devemos explorar as tensões existentes nas práticas jurídicas e reconstruir, de forma constitucionalmente adequada, o Estado Democrático de Direito, a partir dos fragmentos de uma racionalidade normativa já presente e vigente nas próprias realidades sociais e políticas²⁶⁸, na medida em que é exatamente essa dimensão principiológica que confere a plena efetividade da Constituição.

A abertura semântica da constituição a partir da reconstrução da teoria da constituição somente ocorrerá quando interpretarmos a constituição a partir de sua legitimidade e efetividade constitucional em que a identidade do sujeito constitucional seja obtida dentro dos conceitos que marcam o constitucionalismo no Estado democrático de direito que se traduz em uma tensão constitutiva do direito e justiça.

É chegada a hora de apontarmos a partir do caso concreto, na jurisdição do trabalho, o distanciamento entre a realidade e o direito, quando do exercício do controle difuso de constitucionalidade, para que possamos, a partir da tensão produtiva da constituição de democracia reconstruirmos o sentido semântico da constituição para a sua aplicação e afirmação dos direitos fundamentais.

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. p. 99.

²⁶⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 65.

2.1. A Jurisdição Constitucional à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas: o comum acordo no Dissídio Coletivo de natureza econômica

A Constituição da República do Brasil de 1988 fortaleceu a Justiça do Trabalho²⁶⁹ ampliando as competências para a solução dos conflitos coletivos de trabalho. Fortaleceu, assim, o Poder Normativo. Registra-se que o Poder Normativo da Justiça do Trabalho²⁷⁰ por muitos anos foi palco de um grande debate para a sua manutenção ou não como um mecanismo de solução jurisdicional dos conflitos coletivos. A simplicidade dos debates ou a forma positivista de analisar a complexidade das relações do trabalho ficaram restritas às posições maniqueístas do tudo ou nada. Alguns setores do movimento sindical a apoiavam²⁷¹ e outros setores, os considerados mais arrojados²⁷², pediam a sua extinção através de uma forte influência do direito do trabalho italiano em que, após superar o sistema corporativo, quando em ambiente de liberdade sindical, extinguiu o Poder Normativo da Justiça do Trabalho para que fosse garantida plenamente a autonomia privada coletiva.

O Poder Normativo da Justiça do Trabalho é exercido mediante o controle difuso de constitucionalidade, uma vez que tem como escopo solucionar conflitos coletivos, mediante processo coletivo – dissídio coletivo - direitos sociais do trabalho, logo, direitos fundamentais.

O dissídio coletivo é ação constitucional exercida mediante o controle difuso de constitucionalidade. Ele está para a jurisdição constitucional do trabalho assim como o mandado de injunção está para o Supremo Tribunal Federal. Sua finalidade é a de garantir a máxima efetividade dos direitos sociais que estão no vazio normativo ou mesmo na ausência de regras que possibilitem os efeitos concretos dos princípios constitucionais que visam a proteção da relação do trabalho.

²⁶⁹ A criação da Justiça do Trabalho no Brasil teve os mesmos fundamentos e propósitos que os órgãos jurisdicionais especializados instituídos anteriormente em outros Estados, com o Estado autoritário [...]. A Justiça do Trabalho em nosso país foi criada após a chamada Revolução de 1930, durante a ditadura de Getúlio Vargas, que durou até 1945. Ressaltando-se que antes da ditadura do Estado Novo, os primórdios ou balões de ensaio da Justiça do Trabalho foram promovidos por Lindolfo Collor e Salgado Filho. In TUPINAMBA NETO, Hermes Afonso. **A Solução Jurisdicional dos Conflitos Coletivos no Direito Comparado: uma revisão crítica**. São Paulo: LTr, 1993, p. 113.

²⁷⁰ Registre-se que o Poder Normativo nas relações de trabalho como mecanismo de solução de conflitos coletivos existe no Brasil e nos países da Austrália, Nova Zelândia, Peru e México, de forma análoga.

²⁷¹ Para não sermos exaustivos, cito a Central Geral dos Trabalhadores que representa um segmento das entidades sindicais.

²⁷² Da mesma forma cito a Central Única dos Trabalhadores – CUT.

Tratando-se de direitos sociais, direitos fundamentais sociais, vinculam diretamente o Poder Público assim como as relações privadas com sua eficácia horizontal nas relações privadas²⁷³. Esta vinculação obriga às partes, no processo negocial, a respeitar os direitos fundamentais do trabalhador mesmo que não estejam expressamente consignados no texto constitucional. A autonomia privada coletiva impõe às partes do processo negocial que atuem de forma positiva a partir dos princípios da liberdade e igualdade, para que os direitos fundamentais sejam efetivados no caso concreto. A negociação coletiva, tendo sido elevada à nível constitucional, tornou os seus efeitos normativos cláusulas constitucionais e portanto detentoras de eficácia plena com a abertura que o § 2º do artigo 5º da CRB/88 lhe confere.

Daí se extrai a força vinculante da garantia processual-constitucional do Dissídio Coletivo: evitar o vazio normativo para determinada categoria profissional tornando-se inviável o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais inerentes ao direito de cidadania.

Configurada a omissão negocial, a ausência de providência jurisdicional tornaria o processo de negociação coletiva uma verdadeira terra sem lei, na medida em que permitiria à parte mais forte da relação coletiva, no caso o empregador, escolher o melhor momento em que concordaria em firmar um pacto coletivo de trabalho – Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho – aumentando, conseqüentemente, a diferença entre o capital e o trabalho, subvertendo a própria ordem constitucional em que se busca a igualdade pela diferença que ocorre a partir do próprio processo negocial.

A omissão negocial, portanto, possibilita o exercício da jurisdição constitucional normativa do trabalho para resolução dos conflitos para o caso concreto.

Tanto o constituinte originário como o derivado conferiram ao Poder Normativo da jurisdição do trabalho efeitos concretos para a supressão de uma omissão negocial que venha a desestabilizar as relações de trabalho, impedindo a subversão da ordem constitucional em que se permite abusar do próprio texto constitucional, transformando o não direito em direito.

²⁷³ LOBATO, Marthius Sávio Cavancante. **O Valor Constitucional para a Efetividade dos Direitos Sociais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

As ações constitucionais permitem ao cidadão que obtenha do poder jurisdicional a garantia de uma eficácia da aplicabilidade dos direitos fundamentais. O reconhecimento do Supremo Tribunal Federal, de que a omissão inconstitucional gera efeitos perversos ao cidadão, necessitando de alteração do modelo de interpretação na aplicação do mandado de injunção, trouxe significativa efetividade da jurisdição constitucional. Esta construção de aplicabilidade imediata do mandado de injunção independentemente de normas processuais próprias nos remete a reconstrução dos efeitos da sentença normativa da jurisdição constitucional do trabalho.

A similitude entre os efeitos da sentença normativa do mandado de injunção e da sentença normativa da jurisdição constitucional do trabalho nos permite afirmar a necessidade de uma adequação mais ampla.

2.1.1. A sentença normativa e a jurisdição constitucional do trabalho

A sentença normativa decorre da própria função normativa da Jurisdição do Trabalho, que foi elevada a nível constitucional através do artigo 123, § 2º da Constituição de 1946²⁷⁴, tendo sido mantida com a Constituição de 1988, com as alterações da Emenda Constitucional nº 45 de 2004²⁷⁵.

O debate travado entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira sobre a função normativa da Justiça do Trabalho aponta para os efeitos constitutivos da sentença normativa. Muito embora à época do debate tenha sido utilizada a expressão “criar normas”, a finalidade real era a constitutiva. O ponto de discórdia se encontrava na extensão dos efeitos da sentença normativa, ou seja, ela não poderia ter carácter genérico e abstrato, fixando regras para o futuro. Enquanto Waldemar Ferreira defendia a tese de que os efeitos da sentença normativa se limitavam às partes, *inter partes*, Oliveira Vianna defendia a tese do carácter abstrato para a categoria profissional, sendo compatível com a função judicária. Afirmava Oliveira Viana que a tese da

[...] incompatibilidade dos órgãos do Poder Judiciário para decidir de forma genérica é ainda um consectário da teoria da separação dos poderes. Na conformidade com os postulados desta teoria, ficava proibido qualquer interferência dos órgãos deste poder na atividade ou na esfera dos outros poderes, como bem revela esta regra do velho Código Civil francês e na qual, provavelmente, se inspirou o eminente professor Waldemar Ferreira: ‘Il este defendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises’ (É proibido aos juizes decidir por meio de disposição geral e regulamentar as causas que lhe são submetidas). Esta regra, entretanto, não é absoluta²⁷⁶.

²⁷⁴ art. 123 [...] § 2º - A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

²⁷⁵ A função normativa da jurisdição constitucional do trabalho foi levado a efeito a partir do Decreto-lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939 cujo artigo 65 expressamente consignava: “Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e de que houver participado uma fração apenas dos empregados, de uma empresa, poderá o tribunal, na própria decisão, estendê-la, se assim julgar, justi e conveniente, a outra fração da mesma profissão dos dissidentes”. O debate quanto aos efeitos e extensão da função normativa da jurisdição constitucional do trabalho iniciou, contudo, na Constituição de 1934 tendo em vista o disposto no artigo 122, *in verbis*: “Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

²⁷⁶ VIANA, Francisco José de Oliveira. **Problemas de direito corporativo**. São Paulo: São Paulo Editora, 1939, p. 73.

Portanto, o debate travado sobre os efeitos da sentença normativa da jurisdição constitucional do trabalho teve como intenção a concepção de legislador negativo de Kelsen a partir da análise da função do controle de constitucionalidade. Para Kelsen,

Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando como legislador negativo. Porém entre o tipo de função de tal tribunal constitucional e o dos tribunais normais insere-se, com seu poder de controle de leis e decretos, uma forma intermediária muito digna de nota. Pois um tribunal que não aplica no caso concreto uma lei por sua inconstitucionalidade ou um decreto por sua ilegalidade, elimina uma norma geral e assim atua também como legislador negativo (no sentido material da palavra Lex-lei). Apenas observe-se que a anulação da norma geral é limitada a um caso, não se dando – como na decisão de um tribunal constitucional – de modo tal, ou seja, para todos os casos possíveis²⁷⁷.

Os efeitos da sentença normativa na jurisdição constitucional do trabalho vão além das disposições individuais, como delimitado por Kelsen para os tribunais comuns. Mas seus efeitos, abstratamente considerados, não podem ser transformados em norma geral e abstrata, atingindo situações distintas, ou seja, categorias profissionais cuja relação concreta são diferenciadas. Os direitos sociais do trabalho, direitos fundamentais que são, devem ser interpretados e aplicados como princípios constitucionais a serem adequadamente inseridos nas relações concretas a partir da especificidade de cada caso.

Não há, portanto, usurpação de poderes na decisão e aplicação do direito na sentença normativa²⁷⁸. Não transforma, da mesma forma, o judiciário em legislador positivo²⁷⁹. Pelo

²⁷⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. Revisão Técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 263/264.

²⁷⁸ Para Evaristo de Moraes Filho “Não se trata, pois, de nenhuma função delegada de um poder a outro, do Poder Legislativo ao Judiciário, não há poder delgante nem poder delegado, uma vez que ambos se encontram,

contrário, a aplicação do direito a partir do caso concreto garante ao jurisdicionado a mais completa prestação jurisdicional a partir da integridade do direito.

A decisão abstrata proferida pela sentença normativa da jurisdição constitucional do trabalho ocorre para os demais trabalhadores integrantes da categoria profissional e não para a produção de normas gerais abstratas com efeito erga omnes. Esta abstrativização da sentença normativa é que tem levado à usurpação de poderes e a própria violação aos princípios da igualdade e liberdade na medida em que são aplicadas de forma igual aos diferentes sem levar em consideração a concretude da vida, no caso, a concretude da categoria profissional.

Portanto, “o estudo da função normativa trabalhista, por meio de sentença normativa proferida pelo magistrado do trabalho, e sua aplicação no direito brasileiro até o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, elucida diversas características desta função inovadora do direito e que podem ser trasladadas para a jurisdição constitucional com muito mais razão, pois esta última resguarda os direitos fundamentais previstos na Constituição”²⁸⁰.

quanto à regulação e à competência, no mesmo texto constitucional. É a própria Constituição que confere a ambos as respectivas competências. Desaparece, assim, a falsa polêmica ou o falso problema de invasão de esferas de poderes”. MORAES FILHO, Evaristo de. e FLORES DE MORAES, Carlos. **Introdução do Direito do Trabalho**. 10ª Edição. São Paulo: LTr, 2010, p. 766.

²⁷⁹ Neste aspecto interessante a tese de Angela Cristina Pelicioli em que conclui seu trabalho afirmando: “Para aqueles que afirmam que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, não pode legislar positivamente, pois esta não é sua função, caracterizando uma interferência indevida nos Poderes Executivo e Legislativo, a resposta é que a separação dos poderes, como princípio, há muito tempo foi redimensionada. Além do mais, a sentença normativa já é praticada pelo Supremo Tribunal Federal, quando se trata de edição de uma lei ou ato normativo eivado de inconstitucionalidade, em que a Corte, para manter o texto, evitando um vazio normativo: a) manipula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, transformando a lei ou ato normativo inconstitucional que seria nulo em anulável; para tanto, utiliza-se do material normativo preexistente, recriando norma geral e abstrata retroativamente, para que esta produza efeitos em período no qual a lei ou ato normativo não era válido no mundo do direito (art. 27, da lei 9.868/99 e art. 11, da Lei 9.882/99); b) interpreta conforme à Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso daquele originariamente deteminado no texto da lei ou ato normativo (art. 28 da lei 9.868/99 e Lei 9.882/99); c) declara inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso do texto da lei ou ato normativo, nos moldes da hipótese anterior (art. 28 parágrafo único da lei 9.868/99 e Lei 9.882/99); e d) julga mandado de injunção com efeitos *erga omnes*”. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional: O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTr, 2008, p. 275.

²⁸⁰ PELICOLI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional: O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTr, 2008, p. 164.

2.1.2. Os efeitos da sentença normativa da jurisdição constitucional do trabalho

O Poder Normativo da Justiça do Trabalho tem como competência julgar e interpretar o direito objeto de conflito coletivo. Para alguns doutrinadores, o Poder Normativo tem a competência para criar e modificar normas²⁸¹. Contudo, a abertura semântica conferida pela Constituição ao Poder Normativo não é a de criar ou modificar normas, mas sim e principalmente a de constituir direitos e deveres a partir do âmbito de negociação que se estabelece, em determinada categoria profissional, de boa-fé²⁸².

Para Coqueijo Costa, “a sentença coletiva – que, como a lei, é abstrata, genérica e coercitiva – tem caráter constitutivo ou determinativo (na ação ou revisão), pois não cumpre com a sua normal função declaratória de direitos a respeito das relações jurídicas preexistentes, mas gera novas formas jurídicas que são obrigatórias para as categorias”²⁸³

Wilson de Souza Campos Batalha define a sentença normativa nos dissídios coletivos de natureza econômica como constitutiva de normas e condições de trabalho.

O artigo 114 da Constituição, que confere à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar os conflitos coletivos decorrentes da relação de trabalho, foi alterado a partir da Emenda 45/2004, passando a ter a seguinte redação:

²⁸¹ Ao conceituar como criação de normas, ingressamos no problema de transformar o Poder Normativo em legislador positivo, com violação das separação de poderes. Esta fundamentação levou o Supremo Tribunal Federal a impor limites ao Poder Normativo, ainda na vigência do artigo 114 da CRB/88 em sua redação originária, fixando os parâmetros da sentença normativa no vazio legislativo. Fundamentou o Ministro Relator Octavio Gallotti: “1 - DISSÍDIO COLETIVO. Recursos extraordinários providos, para excluir as cláusulas 2ª (piso correspondente ao salário mínimo acrescido de percentual) e 24ª (estabilidade temporária), por contrariarem, respectivamente, o inciso IV (parte final) e I do art. 7º da Constituição, este último juntamente com o art. 10 do ADCT, bem como a cláusula 29ª (aviso prévio de sessenta dias), por ser considerada invasiva da reserva legal específica, instituída no art. 7º, XXI, da Constituição. 2. Recursos igualmente providos, quanto à cláusula 14ª (antecipação, para junho, da primeira parcela do 13º salário), por exceder seu conteúdo à competência normativa da Justiça do Trabalho, cujas decisões, a despeito de configurarem fonte de direito objetivo, revestem o caráter de regras subsidiárias, somente suscetíveis de operar no vazio legislativo, e sujeitas à supremacia da lei formal (art. 114, § 2º, da Constituição). 3. Recursos de que não se conhece no concernente à cláusula 1ª (reajuste salarial), por ausência de pressupostos de admissibilidade, e, ainda, no que toca às cláusulas 52ª (multa pela falta de pagamento de dia de trabalho), 59ª (abrigo para a proteção dos trabalhadores), 61ª (fornecimento de listas de empregados), 63ª (afixação de quadro de avisos), visto não contrariarem os dispositivos constitucionais contra elas invocados, especialmente o § 2º do art. 114. Decisão por maioria, quanto às cláusulas 29ª e 14ª, sendo, no restante unânime. RE 197911 / PE – PERNAMBUCO. Primeira Turma. DJ 07-11-1997 PP-57253”.

²⁸² É importante ressaltar a boa-fé no processo de negociação coletiva tendo em vista os preceitos estabelecidos na CONVENÇÃO nº 98 da OIT, ratificado pelo Brasil.

²⁸³ COSTA, Coqueijo. **Direito Judiciário do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, 377.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstos no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Trata-se de sentença constitutiva de direito, uma vez que o exercício da jurisdição não poderá ultrapassar os limites da negociação coletiva, ou seja, os efeitos da sentença normativa ficam limitadas ao âmbito da negociação coletiva, da pauta de reivindicação apresentada pelos trabalhadores. Não há espaço para criação de norma. O próprio § 2º do artigo 114 da CRB/88 confere poderes para solucionar o conflito a partir de uma decisão, “observadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”. Há uma divisão muito significativa de conceitos. A primeira oração refere-se expressamente a “disposições mínimas legais”. Logo, está se referindo a lei,

a norma. Na segunda oração, diz “as convencionadas anteriormente”. Portanto, por se tratar de convenção, está a se referir a direito, direito devidamente convencionado. O fato de os efeitos normativos da sentença ou do Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho celebrado terem natureza de lei não transforma os dispositivos convencionados (o direito), mesmo que em forma de cláusula (normas), ato jurídico em sentido *stricto sensu*²⁸⁴(lei). O fundamento de que a sentença normativa cria a norma decorre do conceito kelseniano de que direito e norma são sinônimos. Uma vez que direito e norma não são sinônimos, como já apontado nos itens anteriores, a sentença normativa irá constituir um direito, mesmo que este não esteja previsto em lei²⁸⁵.

Muito embora tenha a Emenda Constitucional nº 45/2004 mantido e ampliado não só a competência da Justiça do Trabalho mas, também, o próprio Poder Normativo²⁸⁶, fato é que a própria jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem se caminhado para a negação do controle difuso de constitucionalidade²⁸⁷, bem como para a afirmação de um fundamentalismo

²⁸⁴ O **Ato Jurídico *stricto sensu*** são ações humanas lícitas que geram efeitos previstos em lei. Ele é caracterizado pela sua manifestação da vontade limitada, conforme Maria Helena Diniz, in **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol I, 17. ed. , São Paulo: Saraiva, 2001, p. 175

²⁸⁵ É importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal em um procedimento de negação da jurisdição do trabalho afirmando o fundamentalismo hermenêutico a partir de um processo de justificação da interpretação constitucional tem mantido a posição, mesmo após a EC nº 45 de restrição dos efeitos da sentença normativa. No RE nº 109.723, o Ministro Relator Cezar Peluso em decisão monocrática fundamentou que “nenhuma dessas cláusulas normativas, mantidas e homologadas pelo acórdão impugnado, encontra suporte legal contemporâneo à data da decisão e da interposição do recurso, de modo que é vistosa a exorbitância da competência normativa da Justiça do Trabalho, objeto de delimitação no art. 142, § 1º, da Carta de 1967-1969”. É de se ressaltar, também, que o fundamentalismo hermenêutico se faz presente no momento em que o Ministro Relator sequer fez uma análise do caso concreto, limitando-se a abstrativizar o seu julgamento citando precedentes anteriores as alterações constitucionais, inclusive anterior a própria Constituição de 1988. Cito: RE 93.558, Cordeiro Guerra, 2a T, DJ 26.02.82; RE 97.204, Soares Muñoz, 1a T, DJ 27.06.82; RE 94.539, Néri da Silveira, 1a T, DJ 29.06.84; RE 102.959, Aldir Passarinho, 2a T, DJ 26.08.85; RE 98.380, Aldir Passarinho, 2a T, DJ 18.04.86; RE 94.885, Néri da Silveira, 1a T, DJ 27.02.87; e RE 98.055, Aldir Passarinho, 2a T, DJ 26.06.85. Na vigência da Constituição da República de 1988 com a redação originária: RE nº 114.836 - Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 06.03.98; RE nº 108.925, Relator Ministro Sepúlveda Pertence - DJ de 31.03.04; A Ministra Ellen Gracie ao relatar o processo RE nº 283.116, afirma que “Sentença normativa que estabelece adicionais em patamar acima ao que estabelecido em lei. Inadmissibilidade, pois "(...) é fonte formal de direito objetivo a decisão proferida pela Justiça do Trabalho, na resolução de dissídio coletivo, autônoma na sua elaboração, porém, somente suscetível de operar no vazio legislativo, como regra subsidiária ou supletiva, subordinada à supremacia da lei”. DJ de 22.10.2004, PP. 00038.

²⁸⁶ Há posições em sentido contrário entendendo que a EC nº 45 reduziu os efeitos do Poder Normativo uma vez que fora retirado a expressão “estabelecer normas e condições”. Marcos Neves Fava defende a tese de que a EC nº 45 mitigou o Poder Normativo na medida em que quando do julgamento do dissídio coletivo não poderá, a Justiça do Trabalho, “criar ou estabelecer normas não existentes no ordenamento positivo ou nos acordos coletivos e convenções coletivas vigentes entre as partes”. Para ele, “restou, pois, reduzidíssimo o poder criativo dos Tribunais do Trabalho, alimentados, ao longo de décadas, por ‘amplíssima criatividade’ no estabelecimento de novas condições de trabalho, à margem da lei positiva”. **O esmorecimento do Poder Normativo – Análise de um aspecto restritivo da ampliação da competência da Justiça do Trabalho**. In **A nova Competência da Justiça do Trabalho**. Coord. FERNANDES COUTINHO, Grijalbo e FAVA NEVES, Marcos. São Paulo: LTr, 2005, p. 291.

²⁸⁷ Por força Constitucional, a Justiça do Trabalho, no caso o Tribunal Superior do Trabalho é o único Tribunal Superior que tem competência para o exercício do Controle jurisdicional de Constitucionalidade das leis. CRB: **Art. 113**. A lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho.

hermenêutico ao negar a jurisdição do trabalho a partir de um processo de justificação da interpretação constitucional.

Nos dissídios coletivos de natureza econômica, ao exercer a competência do Poder Normativo, o Tribunal Superior do Trabalho²⁸⁸, através da Seção de Dissídios Coletivos, promove uma interpretação literal ou “autêntica”, para utilizar uma expressão kelseniana, do parágrafo segundo do artigo 114 da Constituição. Remetendo para uma questão meramente processual, o Tribunal Superior do Trabalho tem afirmado que, na ausência do ‘comum acordo’ das partes, não pode ser exercida a jurisdição. Eis uma decisão:

A jurisprudência desta Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, a qual sigo por disciplina judiciária, firmou-se no sentido de que o comum acordo constitui pressuposto processual anômalo para a instauração do dissídio coletivo de natureza econômica, o que teria sido uma opção do legislador derivado quando aprovou a Emenda Constitucional nº 45/2004. De sorte que, após a nova redação conferida ao parágrafo 2º do art. 114 da Carta da República, o ajuizamento do dissídio coletivo encontra-se subordinado ao consenso entre as partes, pressuposto do processo coletivo.

No caso concreto, verifica-se que a ausência do comum acordo foi expressamente arguida pelo suscitado desde a contestação, às fls. 181-184.

Ressalte-se, ainda, o entendimento prevalente de que não se configura violação do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, pois, para que haja a apreciação do Poder Judiciário sobre a lesão ou ameaça a direito, é necessário que, primeiramente, exista direito que possa ser lesado ou ameaçado, o que não é o caso dos autos, uma vez que o dissídio coletivo de natureza econômica visa, exatamente, à declaração da existência de determinados direitos e condições de labor que passarão a compor a relação de trabalho entre os sindicatos envolvidos²⁸⁹.

²⁸⁸ O objeto da pesquisa irá se limitar às decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, instância superior para processar e julgar os conflitos coletivos de Trabalho, quer competência recursal, quer em competência originária.

²⁸⁹ TST-RODC-2027500-84.2007.5.02.0000, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, publicado no DJET – 26/10/2010. No mesmo sentido: TST-RO-65300-42.2009.5.01.0000, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 24/09/2010; TST-RO-186700-23.2009.5.01.0000, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT 22/10/2010; TST-ReeNec e RO-80300-68.2007.5.22.0000, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT 24/09/2010; TST-RODC-101700-70.2006.5.15.0000, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, DEJT 24/09/2010; TST-RODC-2010400-82.2008.5.02.0000, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 24/09/2010; TST-RO-45600-70.2008.5.17.0000, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, DEJT 20/08/2010.

Interpretado como pressuposto processual, o Tribunal Superior do Trabalho tem adotado a práxis jurisprudencial de aplicar a literalidade do disposto no artigo 114, § 2º da Constituição de 1988, com a redação dada pela EC nº 45/2004, no interesse da segurança jurídica, de natureza processual, o *modus operandi* da concretização da constituição em sentido real. As indicações postas com a fundamentação nos remetem a uma práxis jurisdicional contraditória, já que introduz, com a decisão, resultados contraditórios à própria atitude exegética na natureza subjetiva ou objetiva do teor da literalidade da norma. Utiliza o modelo de interpretação tradicional segundo o qual o fato jurídico prático será solucionado pela forma da subsunção dos fatos à norma, no mais clássico silogismo, ou seja, “a partir do nexu sistemático da norma no âmbito da sua codificação ou do ordenamento jurídico global e, por fim, a partir do sentido e da finalidade, a partir da *ratio* ou do *telos* da prescrição”²⁹⁰.

Interpretando a Constituição a partir da divisão formal e material²⁹¹, estabeleceu a pré-compreensão da existência formal da literalidade do texto, para aplicá-lo a todas as situações em que não haja processualmente, no aspecto formal, o “comum acordo”. Ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho adotou a teoria objetiva no sentido de que a literalidade da prescrição constitucional é a vontade do legislador. O pressuposto adotado é o de que o constituinte derivado pretendeu conferir às partes a mais plena autonomia de vontade privada, “afastando” a jurisdição do poder de solucionar o conflito. De fato, o grande debate no curso da chamada Reforma do Judiciário envolveu, inclusive, a própria existência do Tribunal Superior do Trabalho e do seu Poder Normativo, ainda que, caso extinto, permanecesse sob a competência exclusiva dos Tribunais Regionais do Trabalho. É fato também, mesmo tendo um apoio de setores do movimento sindical dos trabalhadores e do setor patronal à sua extinção, todas as propostas de Emenda à Constituição pela extinção quer do Tribunal Superior do Trabalho quer do seu Poder Normativo foram rejeitadas.

A Constituição de 1988 reconheceu a autonomia e liberdade sindical, mesmo que a partir de uma dualidade de sistemas²⁹², conferindo a autonomia privada no processo de

²⁹⁰ MÜLLER, Friedrich. **Discours de La Méthode Juridique**. Traduit de L'Allemand par Oliveir Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 52.

²⁹¹ No item 2. deste Capítulo apontamos a crítica no constitucionalismo contemporâneo sobre a divisão formal e material.

²⁹² A dualidade de sistemas está previsto no artigo 8º, caput e inciso III, quando prevê, como princípio, a autonomia e liberdade sindical e o sistema corporativo de representação sindical, pelo critério vertical (sindicato, Federação e Confederação) e a unicidade sindical.

negociação e contratação coletiva²⁹³. Esta autonomia se manteve com a reforma do Poder Judiciário, já que a EC nº 45/2004 em nada alterou os referidos dispositivos constitucionais.

A EC nº 45/2004 ampliou a competência da Justiça do Trabalho e do próprio Poder Normativo ao explicitar a possibilidade do julgamento da natureza jurídica da greve através de Dissídio Coletivo²⁹⁴. Ao manter o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, não se pode ter o suposto de que quis o constituinte derivado retirar da Justiça do Trabalho a competência para solucionar jurisdicionalmente os conflitos coletivos.

A interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho enuncia os princípios de uma seqüência hierárquica racional, a partir de interpretações gramaticais, sistemática e teleológica. Há nítida pré-compreensão de que ao extinguir o processo sem resolução do mérito ante a ausência do termo de ‘comum acordo’ o tribunal está, racionalmente, concretizando as garantias de liberdade, política e material. Não se trata de afirmar a existência de uma incorreta decisão que acaba por violar o próprio texto da Constituição, mas a manutenção de sistema de interpretação positivista do direito constitucional. Para o positivismo jusconstitucionalista a constituição é um sistema formal de leis constitucionais, sob forma hierarquizada, sendo que a lei é ato de manifestação de vontade do Estado, a partir de um processo democrático da maioria. Para o positivismo não há lacuna na lei. Todas as questões jurídicas devem ser fechadas na medida em que representam a própria literalidade da vontade do legislador, portanto, já pré-decidas pelos próprios legisladores, o que impõe a aplicação de forma geral a todas as situações de fato. Não há fatos diferenciados para a subsunção da norma jurídica²⁹⁵.

²⁹³ Sobre a previsão Constitucional da autonomia, liberdade e contratação coletiva ver: **O Valor Constitucional para a efetividade dos Direitos Sociais nas Relações de Trabalho**. LTr, 2006.

²⁹⁴ As modalidades de Dissídio Coletivo, econômico, jurídico e de greve até a EC nº 45/2004 estavam reguladas apenas no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. Com a EC nº 45/2004, apenas o Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica não foi previsto na Constituição, o que tem levado a fundamentação no sentido da sua inexistência.

²⁹⁵ No julgamento do RODC-533/2006-000-08-00.0 os fundamentos postos pelo eminente Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho demonstra a pureza do direito a que se defende: **“DISSÍDIO COLETIVO - VIGILANTES E TRANSPORTADORES DE VALORES DO PARÁ -COMUM ACORDO ENTRE AS PARTES - PRESSUPOSTO PROCESSUAL (EC 45/04; CF, ART. 114, § 2º) - RECUSA DA SUSCITADA - EXTINÇÃO**. 1. A Emenda Constitucional 45 trouxe substancial alteração na disciplina jurídica do Processo Coletivo do Trabalho, ao exigir, para ajuizamento de dissídio coletivo, o "comum acordo" das partes em submeterem o conflito à Justiça do Trabalho. A clareza solar do § 2º do art. 114 da CF quanto à exigência não permite exegese que admita o dissídio por vontade unilateral do suscitante. Num regime democrático republicano de separação de poderes, não cabe ao Judiciário sobrepor-se à vontade legítima e expressa do Constituinte Derivado que, no caso, manifestou-se pela conveniência de limitação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, conforme anais da votação da referida emenda constitucional. 2. O TST, no limite de flexibilização hermenêutica que o art. 114, § 2º, da CF comporta, tem assentado que a EC 45/04 não reduziu o exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, mas apenas criou pressuposto processual adicional, consistente na necessidade do mútuo acordo das partes em conflito para a instauração do dissídio coletivo, excepcionadas as hipóteses de greve em serviço essencial, nas quais o Ministério Público pode suscitar

Para uma nova metódica jurídica, de concretização, nas palavras de Müller²⁹⁶, “direito e realidade, norma e recorte normatizado da realidade estão justapostos ‘em si’ sem se relacionar, são contrapostos reciprocamente com o rigorismo da separação neokantiana de ‘ser’ e ‘dever ser’, não necessitam um do outro e só se encontram no caminho de uma subsunção da hipótese legal a uma premissa maior normativa”, ou seja, a “substancialização dos conceitos jurídicos e partes integrantes de normas de natureza verbal introduz fonte incontrolável de irracionalismo na práxis jurídica”²⁹⁷.

A autonomia coletiva privada, exercida através do processo de negociação coletiva, está prevista constitucionalmente como um mecanismo concreto de se garantir os dois grandes princípios constitucionais: liberdade e igualdade. Liberdade de estabelecer o conteúdo constitutivo dos direitos e deveres, com a participação ativa das partes no processo de deliberação de seus conteúdos e a igualdade que se dá, a partir do reconhecimento do direito pela diferença. Diferença, no sentido de que trabalhadores e empregados são iguais na medida de suas diferenças. São livres a partir da igualdade de sua diferença.

O princípio da igualdade insito no caput do artigo 5º da CRB/88 tem como finalidade a ampliação da tensão entre igualdade e liberdade. Este paradoxo – igualdade e liberdade – é que traz ao fim e ao cabo a efetividade constitucional. Isto porque somente seremos iguais se formos livres. Se formos livres, não seremos iguais. São opostos que se complementam para trazer a integridade da constituição. É a igualdade que se aplica através da diferença.

isoladamente o dissídio. 3. Embora o pretendido consenso dependesse da subscrição conjunta da petição inicial do dissídio coletivo, a jurisprudência do TST, sensível ao provável desgaste do relacionamento entre as Partes numa negociação frustrada, tem admitido a hipótese de concordância tácita, de forma que apenas a recusa expressa da entidade suscitada obsta a resolução do conflito pela via judicial. 4. No caso, mostra-se inequívoco o dissentimento do Suscitado, tendo em vista que, na contestação e em outras fases do processo sempre manifestou sua discordância com o ajuizamento do dissídio e sua vontade de chegar à solução do conflito pela via negocial autônoma. 5. Assim, não merece reforma a decisão regional que acolheu a preliminar de ausência de comum acordo e extinguiu o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC”. O Ministro Relator para fortificar o seu fundamento, recorreu à pureza do direito e a uma “interpretação autêntica” recorrendo a literalidade do legislador – constituinte derivado – citando em seus fundamentos o diálogo ocorrido no momento da votação da EC nº 45 o que para ele se demonstrou “claríssimo”. Concluindo, no sentido de que “interpretação que levasse à **negação da exigência** só se faria por **voluntarismo jurídico**, por ir **contra a literalidade de expresso texto de norma constitucional**, sobre cujo conteúdo cabe ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra, o que não condiz com o **regime democrático republicano** de separação dos poderes, já que o Poder Judiciário estaria **se sobrepondo à vontade expressa dos representantes eleitos do povo**”(realce do original). DJ 08.02. 2008.

²⁹⁶ MÜLLER, Friedrich. **Discours de La Méthode Juridique**. Traduit de L’Allemand par Oliveir Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

²⁹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Discours de La Méthode Juridique**. Traduit de L’Allemand par Oliveir Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

Nas relações de trabalho o desequilíbrio em todo e qualquer procedimento entre empregado e empregador é desigual, levando vantagem aquele que detém o poder econômico. Esta desigualdade é inerente às relações de trabalho e somente será mitigada quando for aplicado, aos diferentes, o princípio da igualdade e liberdade, concedendo-lhes a oportunidade de agirem de forma desigual para obter a própria igualdade.

O exercício da negociação coletiva somente será pleno quando se efetivar, como conferido está pela Constituição da República, a liberdade dos trabalhadores escolherem quando e por quais motivos contratarão com o empregador. É esta a garantia que se requer a partir da Constituição, artigo 5º, que a igualdade seja aplicada.

A legitimidade da práxis decisória do Tribunal Superior do Trabalho fundamenta-se na questão acerca dos pressupostos lógicos da própria atividade jurisdicional a partir da autocompreensão dos magistrados. A legitimidade, portanto, passa pela tentativa cada vez mais de um exercício do controle de constitucionalidade que reduza a totalidade dos debates que são apresentados à jurisdição do Trabalho. A perspectiva de com uma única decisão, obter-se a racionalidade jurisdicional, retira da própria jurisdição a sua função normativa. A construção de bases críticas ao exercício do Poder Normativo a partir da clássica separação dos poderes, em que se questiona a expansão das suas funções, de criação de direitos, sofre um desbloqueio aplicativo na medida em que a tensão entre as reivindicações postas em debate e por interesses contrapostos reafirma a necessidade de uma análise a partir do caso concreto, que se estalecerá a tensão constitutiva para a aplicação correta da jurisdição. O fundamento da criação do direito que vem reiteradamente sendo fundamentando caso haja o julgamento do Dissídio Coletivo de natureza econômica ultrapassando a relação “processual do comum acordo” à parte que buscou a jurisdição, é de se destacar, a partir da Teoria Discursiva de Habermas, que certos supostos podem reduzir a um processo de autorealização material para afastar a relação, nada produtiva, que equipara a Constituição a uma ordem concreta e objetiva de valores. Habermas, a partir de sua Teoria discursiva, pretende evitar que o próprio Tribunal se avoque como guardião dos valores da sociedade a partir do abstrativismo de concepção cultural pouco aberta ao pluralismo social em contraponto ao próprio paradigma do Estado Democrático de Direito.

Considerando que a legitimidade do direito tem como fundamento a preservação da racionalidade de um processo legislativo democrático²⁹⁸ que não é de competência da jurisdição, a redefinição proposta por Habermas para a separação dos poderes não é a sua extinção mas a sua adequabilidade a partir de processos que garantam efetiva e eficazmente a participação das partes no processo de decisão. Ou seja, é a análise do caso concreto haja vista que “os princípios do Estado de direito não devem ser confundidos com um de seus modos de interpretação historicamente contextualizados”²⁹⁹. O Tribunal Superior do Trabalho superou³⁰⁰, em um caso concreto, a exigência do pressuposto processual do ‘comum acordo’³⁰¹. Ao analisar o caso concreto, o Ministro Waldir de Oliveira da Costa³⁰² abriu divergência ao voto do Ministro Relator que propunha a extinção do processo sem resolução do mérito tendo em vista que a empresa manifestou-se, formalmente, contrária a se submeter a jurisdição do trabalho, não concedendo o ‘comum acordo’:

²⁹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 132.

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to discourse theory of law and democracy**. Translation by Willian Rehg. Massachusetts Institute of Technology, 1998, p. 250.

³⁰⁰ Ainda que maioria.

³⁰¹ Trata-se do autos do DC- TST- nº 203059/2008-000-00-00.3, em que são partes: Suscitante: FENADADOS e Suscitado: Cobra Tecnologia S.A.

³⁰² Em seu voto divergente, o Ministro Waldir de Oliveira da Costa relata os fatos: Trata-se de dissídio coletivo de natureza econômica referente ao período de 2008/2009, ajuizado pela Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Processamento de Dados, Serviços de Informática e Similares - FENADADOS em face da empresa Cobra Tecnologia S.A., a fim de obter, por meio de sentença normativa, a renovação integral das cláusulas constantes no acordo coletivo de trabalho 2007/2008, alegando a frustração da negociação coletiva autônoma encetada entre as partes. O exame dos autos revela que o acordo coletivo de trabalho revisando, originalmente, regularia as condições laborais do período de 1º de outubro de 2007 a 30 de setembro de 2008. Entretanto, no correr das tratativas para a celebração de novo ACT para o período seguinte, 2008/2009, por força das divergências entre as propostas apresentadas, a empresa suscitada decidiu prorrogar a vigência da norma coletiva, inicialmente, até 30 de novembro de 2008, e, posteriormente, até 31 de dezembro de 2008 (fls. 232 e 234). Na reunião realizada entre as partes em 11/12/2008 (fls. 236-238), a empregadora demonstrou interesse em renovar diversas cláusulas previstas no ACT 2007/2008, propondo o reajuste salarial pelo IPCA correspondente à data revisanda, a manutenção do valor diário do tíquete refeição em R\$ 18,86 e, ainda, a alteração da data-base para o mês de maio, quando seriam atualizados os salários com base no IPCA acumulado do período. Nessa ocasião, a Federação representante dos trabalhadores aceitou, em parte, a proposta da suscitada quanto à renovação das cláusulas acordadas anteriormente, assim como a alteração da data-base para 1º de maio, mas reiterou sua proposta econômica de reajuste salarial pelo índice de 8% (oito por cento), além de reajustes no tíquete refeição para R\$ 20,36, e na cesta básica para R\$ 151,20 (fl. 237). Frustrada a negociação coletiva autônoma, a Federação suscitou o dissídio coletivo. Designada a audiência de conciliação pelo Exmo. Ministro Vice-Presidente desta Corte (fl. 337, verso), e intimadas as partes, a empresa suscitada, por meio da petição à fl. 344, limitou-se a asseverar que: I – A empresa opõe-se, explícita, definitiva e taxativamente, ao DC, o qual não tem, portanto, a concordância respectiva. II – A empresa não participará, portanto, de nenhum ato processual (inclusive eventual audiência de conciliação que fosse designada). III – Está ausente, por via de consequência, o pressuposto do DC (**comum acordo**) fixado no artigo 114/CF (confirmado pelos precedentes iterativos/TST). IV – Imperativa é, portanto, a **extinção do presente DC** e de qualquer medida correlata ou incidental ao mesmo (grifos do original). Diante da manifestação da suscitada, a designação da audiência de conciliação foi tornada sem efeito (fl. 369), e o processo distribuído ao Ministro Relator, cujo voto apresentado em sessão de 13/04/2009, é pela extinção do processo, sem resolução de mérito, por ausência do pressuposto do comum acordo. Peço vênias, contudo, **para dissentir, em razão das singularidades do caso concreto, que o tornam exceção. [...] (o realce é meu)**.

VOTO DIVERGENTE

[...]

Sr.as. Ministras, Srs. Ministros,

Pedi vista regimental destes autos com a finalidade de examinar as possíveis repercussões negativas que a decisão judicial poderia trazer para as partes envolvidas no dissídio coletivo, mormente a categoria profissional, caso seja aplicado, na solução deste processo, o atual entendimento majoritário desta colenda Seção Especializada em Dissídios Coletivos, quanto à necessidade de observância do requisito do comum acordo previsto no art. 114, § 2º, da Constituição da República.

[...]

Peço vênia, contudo, para dissentir, em razão das singularidades do caso concreto, que o tornam exceção.

Prevalece nesta c. Seção Especializada o entendimento de que é necessário observar a exigência de comum acordo para a instauração da instância em dissídio coletivo de natureza econômica, pressuposto processual introduzido no art. 114, § 2º, da Constituição da República pela EC nº 45/04.

No caso em exame, contudo, trata-se de excepcional hipótese em que, a meu juízo, não tem lugar a exigência do requisito do comum acordo para a instauração da instância em dissídio coletivo econômico, o que se justifica em razão do comportamento contraditório adotada pela suscitada.

É que, no curso da negociação coletiva, a suscitada manifestou concordância com a manutenção da quase totalidade das cláusulas constantes da norma coletiva vigente no período imediatamente anterior, salvo, repita-se, quanto ao índice de reajuste salarial e ao valor do tíquete refeição; todavia, por razões não reveladas pela empresa, o impasse pontual impediu a celebração do acordo coletivo de trabalho, obrigando a Federação a ajuizar dissídio coletivo.

Revela-se, pois, a existência de comportamento contraditório da suscitada, à margem da cláusula geral da boa-fé objetiva prevista nos arts. 113 e 422 do Código Civil, gerando repercussões no plano do exercício regular de seu direito de oposição à via jurisdicional buscada pela suscitante.

Em sua brevíssima peça de resposta, a suscitada não alegou qualquer óbice que a impedisse de celebrar acordo coletivo parcial quanto às cláusulas anteriormente convencionadas, nem, tampouco, procurou

justificar o porquê de sua veemente discordância com a resolução do dissídio coletivo pela Justiça do Trabalho, sabido que esse é o caminho natural e democrático instituído pelo legislador para que haja a pacificação dos interesses em conflito, quando frustrada a negociação coletiva.

Dispõe o art. 187 do Código Civil, *verbis*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Na hipótese sob análise, restou configurado o abuso no exercício do direito, ante o fato de a empresa ter excedido os limites impostos pela boa-fé e pelos respectivos fins econômicos e sociais. Vale dizer, à luz dos arts. 187 e 422 do Código Civil, comportamentos dessa natureza não encontram guarida no ordenamento jurídico, por se caracterizarem como ato ilícito.

Trata-se de ilicitude derivada do vedado exercício contraditório do direito, conforme a teoria do *nemo potest venire contra factum proprium*, assim descrita pela doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a configuração de que ninguém pode se opor a fato que ele próprio deu causa.

De acordo com JUDITH MARTINS-COSTA, o [nemo potest] venire [contra factum proprium] se insere na “teoria dos atos próprios”, segundo a qual se entende que **a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente**. (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito Civil – Teoria Geral. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 518) (grifo nosso).

A empresa suscitada, Cobra Tecnologia S.A., intimada do ajuizamento do dissídio coletivo, adotou postura incoerente com os atos anteriores. Não obstante tivesse ela participado ativamente da negociação coletiva e sinalizado com a celebração de acordo coletivo autônomo, sua conduta modificou-se, substancialmente, a partir do momento em que a Justiça do Trabalho foi chamada a exercer o Poder Normativo, em relação ao impasse pontual.

Demonstrando menosprezo à parte contrária e aos elevados propósitos e atribuições constitucionais do Poder Judiciário, a suscitada manifestou-se, nos autos, mediante simples petição para comunicar que, não apenas não compareceria à audiência de conciliação designada, como também não participaria de nenhum ato processual. Adotou, portanto, conduta contraditória, a par de arbitrária, de juíza de suas próprias razões e escolhas, em oposição ao juiz natural do processo.

Em que pese ser prerrogativa da empresa suscitada no dissídio coletivo alegar, em sua defesa, a falta de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, não é menos exato que, a teor do art. 8º, III, da Constituição da República, a defesa em juízo dos interesses coletivos da categoria constitui prerrogativa do sindicato, como corolário do próprio direito à livre associação sindical. E, a partir dessa concepção, também o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica representa uma forma específica de acesso à Justiça. Um caminho que, posto não se confundir com a garantia individual de acesso à Justiça prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, vincula-se ao exercício do direito constitucional de defesa dos interesses coletivos da categoria, atribuído pela Lei Maior à entidade sindical.

Esse o papel exercido pela Federação suscitante ao ajuizar o dissídio coletivo, enquanto que a empresa suscitada assumiu comportamento contraditório com o adotado na fase de negociação coletiva ao recusar que a Justiça do Trabalho, no exercício constitucional do Poder Normativo, dê justa e adequada solução ao conflito coletivo, na forma prevista no art. 114, § 2º, da Constituição da República.

Entendo, portanto, que a extinção do processo, sem resolução de mérito, por ausência do pressuposto processual do comum acordo, só viria a premiar o comportamento contraditório da suscitada, em face de sua prévia concordância com a quase totalidade da proposta da Federação suscitante com vistas à celebração de acordo coletivo de trabalho e de sua injusta recusa em que a Justiça do Trabalho julgue o presente dissídio coletivo.

Ante todo o exposto, **REJEITO** a preliminar de extinção do processo coletivo por ausência de comum acordo.

É o meu voto.

Brasília, 08 de junho de 2009.

WALMIR OLIVEIRA DA COSTA
Ministro³⁰³

³⁰³ O voto divergente passou a ser voto vencedor. Acompanham o voto os Ministros Mauricio Godinho, Kátia Arruda, Eizo Ono. Manteve o voto vencido o Relator, Ministro Marcio Eurico. O referido Acórdão não chegou a ser publicado tendo em vista que, ao determinar o julgamento do mérito do Dissídio Coletivo de Natureza Econômica, uma vez que o Ministro Marcio Eurico votou pela extinção do DC sem resolução do mérito, não

A concepção fundamentalista está tão enraizada nos processos de decisão, que a justificativa para a divergência, não é o caso concreto em si, ou seja a partir da premissa Dworkiana de que todo caso é um e só há uma única decisão correta. Mas, a partir da exceção. Como se de fato, a aplicação de um pressuposto processual deve se dar na generalização, todos os casos são iguais e, apenas em caso extremos, de exceção, é que se analisa as particularidades do caso concreto.

Para Dworkin, somente um juízo de adequabilidade é capaz de conferir a uma norma *prima-facie* seu caráter de dever definitivo. Por este motivo, logo que tomamos conhecimento de um fato nos deparamos com a norma, *prima-facie* aplicada, já que em princípio todo o direito é aplicável. Será a partir do juízo de adequabilidade frente estas normas válidas é que os envolvidos poderão constatar, de forma direta se aquela norma não se aplica ao caso concreto em debate.

Habermas afirma que "a validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um *mandamento*, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos".

A concepção de um fundamentalismo hermenêutico fica cada vez mais presente quando se observa o caminhar, das decisões para a exclusão do controle difuso de constitucionalidade, na tentativa de se obter decisões gerais e abstratas para darem conta de todos os conflitos trabalhistas como se todos fizessem parte de uma irmandade gemelar.

Nos autos do Dissídio Coletivo nº RODC 5713-89.2009.5.01.0000³⁰⁴ - a Ministra Relatora Dora Maria da Costa, reafirma a renúncia da jurisdição difusa do trabalho ao fundamentar:

tinha analisado as reivindicações dos trabalhadores constante na Pauta de Reivindicação, tendo solicitada vista regimental para poder elaborar o voto no mérito. Na véspera o julgamento na seção subsequente, a empresa aceitou firmar o Acordo Coletivo, com a renovação de todas as cláusulas constantes no ACT, inclusive as que ela havia suprimido após a vigência do ACT, com pagamento retroativo. A partir deste julgamento, as negociações futuras, em todos os níveis, estão se desenvolvendo de forma aberta e tranquila.

³⁰⁴ Neste Dissídio Coletivo, cujo suscitante é o Sindicato dos professores do Sul Fluminense e suscitado a Fundação Educacional Dom André Arcoverde, após a recusa da negociação coletiva, como demonstrado e confirmado pelo v. acórdão e, após suscitar o Dissídio Coletivo, com a recusa patronal em acordar com a jurisdição, passaram-se dois anos. Neste período, a suscitada deu continuidade nos procedimentos ordinários normais, ou seja, praticou todos os reajustes nas mensalidades escolares. A contrapartida foi a não concessão do reajuste salarial aos professores. Este fundamento fora apresentado. Porém, prevaleceu para o julgamento a natureza processual da ausência da anuência. Não houve o exercício do controle de constitucionalidade e muito menos a tentativa de uma interpretação constitucionalmente adequada.

Sabe-se, contudo, que, em face da reação de alguns entes sindicais contra a exigência da vontade bilateral para o impulso processual, no caso do dissídio coletivo, a matéria está submetida ao Supremo Tribunal Federal que, brevemente, equacionará esse magno tema. Porém, até que haja o pronunciamento definitivo da questão, pelo STF, não há como se negar a validade da exigência constitucional que, como visto, conduz a rumos ainda não imaginados. Assim, esta Corte mantém o posicionamento de que a mudança trazida no referido dispositivo constitucional representa um pressuposto a ser observado, quando do ajuizamento da ação, e, nos termos da tese firmada por esta Seção Especializada, até que haja a oportuna manifestação do STF sobre a constitucionalidade da norma em questão, há que ser observada, sim, de forma literal, a redação do § 2º do art. 114 da Lei Maior³⁰⁵.

O Tribunal Superior do Trabalho detém a competência exclusiva para o exercício do controle difuso de constitucionalidade sendo o único Tribunal Superior com esta competência, a partir do artigo 111 da Constituição de 1988.

O exercício pleno da jurisdição constitucional do trabalho em âmbito coletivo nos remete, como mencionado acima, à reconstrução do exercício da jurisdição constitucional. A busca para que se evite a utilização do texto constitucional como mecanismo negativo de aplicabilidade dos direitos fundamentais dos trabalhadores. O princípio da autonomia privada coletiva não pode ser a justificativa para que a partir do processo de negociação coletiva, sejam os direitos retirados gerando o vazio normativo.

Os procedimentos de recusa do processo negocial tem como consequência a omissão constitucional do empregador. A negociação coletiva e a autonomia privada coletiva são direitos fundamentais institucionais para a garantia dos direitos sociais nas relações de trabalho. Portanto, o empregador, ao recusar o processo negocial sem qualquer fundamentação, leva à omissão inconstitucional por negar o estabelecimento de direitos normatizados em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho³⁰⁶.

³⁰⁵ TST- RODC - 5713-89.2009.5.01.0000, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, publicado no Dj de 10.02.2011.

³⁰⁶ O Tribunal Superior do Trabalho vem mantendo a vigência de dois anos para os efeitos normativo do Acordo e Convenção Coletiva do trabalho tendo recepcionado o artigo 614, § 3º da CLT assim como vem mantendo a vigência como norma infraconstitucional mesmo se houver uma vigência maior devidamente acordada. O estabelecimento desta vigência tem como consequência a retirada dos direitos na medida em que, não havendo a negociação coletiva e a ocorrendo a negativa da jurisdição há o término dos efeitos das cláusulas normativas

A reconstrução da jurisdição constitucional normativa do trabalho se faz necessário para que se possa conferir uma conformação mais ampla do que o atualmente vem sendo admitido. Esta conformação ampliativa somente será levada a efeito caso o Tribunal Superior do Trabalho utilize o controle difuso de constitucionalidade no âmbito dos dissídios coletivos. Esta atitude significa inovação ou mesmo de uma tentativa de subversão aos poderes conferidos ao controle concentrado de constitucionalidade, mas tão somente uma forma de garantir a jurisdição adequada.

O próprio Supremo Tribunal Federal tem demonstrado sensibilidade para que os direitos e garantias fundamentais não sejam simplesmente relegados a segundo plano por interesses

acarretando a retirada de direitos preexistentes. Com isso, caberá ao empregador, de acordo com a sua vontade a escolha dos direitos a serem aplicados. O próprio Tribunal Superior do Trabalho vem recusando conferir a permanência dos efeitos das cláusulas normativas até a assinatura de um novo Acordo ou Convenção Coletiva quando há a recusa da jurisdição. Nos autos da Ação Cautelar incidental ao Dissídio Coletivo de Natureza econômica nº AC - 2031796-72.2008.5.00.0000, Autor, Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Processamento de Dados, Serviços de Informática e Similares – Fenadados e réu Cobra Tecnologia S.A, foi requerido a manutenção do cumprimento da cláusula Cesta Alimentação até o julgamento do Dissídio Coletivo. O Eminentíssimo Ministro Rider de Brito, Presidente, decidiu: “A Autora alega que a Ré deixou de efetuar o pagamento da Cesta Alimentação prevista na Cláusula 6.ª do Acordo Coletivo de Trabalho 2007/2008 em retaliação à instauração do dissídio coletivo de natureza econômica ocorrido em dezembro de 2008. Afirma que um dos pontos que levaram ao esgotamento do processo negocial foi o fato de que a empresa pretende a supressão da referida Cesta Alimentação com o pagamento de indenização de R\$ 4.000,00, enquanto que os trabalhadores aspiram reajuste de 8% no valor pago, que passaria a ser de R\$ 151,20. Sustenta estar presente o *fumus boni iuris* para a concessão da liminar requerida, porquanto, de acordo com o art. 114, § 2.º, da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, não se poderia suprimir disposição preexistente. Com relação ao *periculum in mora*, entende estar configurado porque o benefício tem caráter alimentar e a determinação de seu pagamento não causará nenhum prejuízo à empresa, que já tem esse valor provisionado, sendo certo, ainda, que, caso venha a ser suprimido da sentença normativa, poderá a quantia paga ser descontada em folha de pagamento dos trabalhadores. (fls. 2/15). [...]O provimento cautelar supõe o atendimento aos requisitos básicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Quanto ao *fumus boni iuris*, não se faz necessária a prova plena da existência do direito material em risco. Exige-se, apenas, que se mostre razoavelmente presente e por isso mesmo, evidenciador do interesse da parte em exercer o direito de ação. *In casu*, a fumaça do bom direito está diretamente relacionada com a possibilidade de êxito quanto, pelo menos, à manutenção do benefício do pagamento da Cesta Alimentação da forma prevista na Cláusula 6.ª do Acordo Coletivo de Trabalho 2007/2008 pela sentença normativa a ser proferida no Processo n.º TST-DC-203059/2008-000-00-00.3. [...]Exige, pois, para a propositura de dissídio coletivo de natureza econômica a concordância da parte contrária, ou seja, deve decorrer de comum acordo. É certo que não se trata de petição conjunta, mas sim de anuência da parte contrária para tanto. Outra questão posta advém da obrigação de o Tribunal respeitar além das disposições mínimas legais de proteção ao trabalho as convencionadas anteriormente. No entanto, estas só serão mantidas pela Justiça do Trabalho caso os empregados e empregadores com isso concordarem, o que se externará pela anuência (comum acordo) com a instauração de dissídio coletivo de natureza econômica. Ora, na hipótese, pelos documentos apresentados pela Autora, nomeadamente os constantes às fls. 114/115, 219/220, 224/225, 226 e 230/234, indicam a possibilidade de ausência de comum acordo para a propositura do Processo n.º TST-DC-203059/2008-000-00-00.3, porquanto expressamente afirmado pela Ré que se opõe ao ingresso de ação na Justiça do Trabalho, não reconhecendo haver esgotado o processo negocial. Se assim o é, o Processo n.º TST-DC-203059/2008-000-00-00.3 poderá ser julgado extinto sem resolução do mérito por ausência do pressuposto de válido e regular desenvolvimento do processo de que trata o art. 267, IV, do CPC. Em outras palavras, o dissídio coletivo proposto poderá não chegar no exame da mérito referente à Cláusula Cesta Alimentação à luz do disposto anteriormente no Acordo Coletivo de Trabalho 2007/2008, diante da ausência do pressuposto do comum acordo. Logo, não resta configurado o *fumus boni iuris*, requisito indispensável para a concessão de liminar em ação cautelar. Pelo exposto, **INDEFIRO** a liminar pleiteada [...]. Rider de Brito. Ministro Presidente.

privados. Exemplo concreto são as alterações que foram sendo conferidas para os efeitos da sentença normativa no mandado de injunção. De um efeito declaratório de omissão passou-se a conferir a natureza declaratória e constitutiva. No Mandado de Injunção nº 283/DF³⁰⁷ foi estipulado prazo para que fosse suprida a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de garantir ao prejudicado a satisfação dos direitos. Diz a ementa:

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a

³⁰⁷ Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991.

Presidência da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.

No Mandado de Injunção nº 232/RJ³⁰⁸ o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito do requerente em gozar da imunidade por ele requerida em face da permanência da omissão legislativa. Consta na ementa:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

No mesmo sentido exposto, encontramos os fundamentos do Mandado de Injunção nº 284³⁰⁹, cuja ementa afirma:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - FUNÇÃO PROCESSUAL - ADCT, ART. 8., PARAGRAFO 3. (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA) - A QUESTÃO DO SIGILO - MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO - EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL- ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" - "WRIT" DEFERIDO. - O caráter essencialmente mandamental da ação

³⁰⁸ Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 27.03.1992.

³⁰⁹ Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 26.06.1992.

injuncional - consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - impõe que se defina, como passivamente legitimado "ad causam", na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional. No caso, "ex vi" do parágrafo 3. do art. 8. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitoria. - Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo "perigoso fascínio do absoluto" (Pe. JOSEPH COMBLIN, "A Ideologia da Segurança Nacional - o Poder Militar da América Latina", p. 225, 3. ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em "praxis" governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema ("O Futuro da Democracia", 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5.), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como "um modelo ideal do governo público em público". - O novo "writ" constitucional, consagrado pelo art. 5., LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento

jurídico "impõe" ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. - Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.

Esta nova compreensão do Supremo Tribunal Federal para admitir uma solução normativa para a sentença normativa do mandado de injunção aponta para um crescimento que visa unicamente a entrega de uma prestação jurisdicional constitucionalmente adequada, afastando o conservadorismo estreito que retira, a partir dos fatos, a aplicação da constituição. Constatou-se que o Supremo Tribunal Federal acaba por aceitar uma forma de regular, mesmo que provisoriamente, a situação concreta, a partir da sentença aditiva.

Gilmar Mendes em voto proferido nos autos do Mandado de Injunção nº 708, levantando a preocupação quanto a um eventual protagonismo legislativo, afirmou que a não atuação no procedimento em questão poderia acarretar a própria omissão judicial³¹⁰. Para Mendes,

[...]

é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo e oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

[...]

não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário. Ênfase tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não

³¹⁰ MI 708, p. 234.

pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo³¹¹.

Mendes cita ainda, os ensinamentos de Rui de Medeiros para fundamentar sua decisão no sentido de garantir à jurisdição constitucional, sentença normativa, a atuação positiva. Para Rui de Medeiros,

A atribuição de uma função positiva do juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.

Enfim, e este terceiro aspecto é relativamente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo (v.g. uma proibição ou um ônus) e restabelecer plenamente uma liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: ‘a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um *indirizzo* político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional. Daí o falhanço de todas as teses que pretendiam arrumar os tribunais constitucionais numa atitude meramente contemplativa perante as tarefas constitucionais’ e o esbatimento, claro em Itália, dos limites à admissibilidade de decisões modificativas.

³¹¹ MI 708, p. 239.

[...]

As considerações anteriores apontam no sentido da inadmissibilidade das decisões modificativas. Mas isso não significa que não possa haver exceções. Efectivamente, embora parte da doutrina admita que as decisões modificativas são proferidas no exercício de um poder discricionário do Tribunal Constitucional e se contente em pedir aos juízes constitucionais que usem a sua liberdade de escolha com parcimônia, numerosos autores esforçam-se por sublinhar que não está em causa o exercício de uma função substancialmente criativa *ex nihil*, verificando-se tão-somente a extração de um *quid iuris* já presente – de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador – no ordenamento. Nesta perspectiva o órgão de controlo, ao modificar a lei, não actua como se fosse legislador, já que ‘não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é o atributo do legislador’. ‘O *quid iuris adiectum*, ainda que não explicitado formalmente na disposição ou no texto (verba legis), está já presente, e in modo obbligante, no próprio sistema.

Dois critérios são normalmente trazidos à colação para fundamentar este entendimento: o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória. O campo de aplicação das decisões modificativas restringe-se, nesta perspectiva, aos domínios em que a liberdade de conformação do legislador se reduz quase ao zero ou em que se pode afirmar que o legislador, caso tivesse previsto a inconstitucionalidade, teria alargado ao âmbito de aplicação da lei. É certo que numerosos autores se socorrem ainda de um princípio geral de tratamento mais favorável. Mas, uma vez que um tal princípio se funda em normas ou princípios constitucionais (v.g. no princípio do Estado Social, no princípio da igualdade, na proibição do retrocesso social), o apelo ao princípio geral de tratamento mais favorável constitui no fundo uma simples modalidade do segundo critério referido.

[...]

É freqüente a aceitação das decisões modificativas nos casos em que o Tribunal completa um regime basicamente escolhido pelo legislador e de um modo que em princípio o legislador não desdenharia. Diz-se, para o efeito, que não há, aí, substituição da vontade ou da opção do legislador por outras substancialmente diversas.

A admissibilidade das decisões modificativas impõem-se segundo outro critério, quando a modificação da lei operada pelo Tribunal Constitucional incorpora unicamente uma ‘solução constitucionalmente

obrigatória’, pois nestes casos, o Tribunal Constitucional não exerce manifestamente uma função substancialmente criativa *ex nihil*.

O exercício pleno do processo de negociação coletiva e a garantia da manutenção das cláusulas normativas neste período é o pressuposto para que se justifique a ausência da jurisdição constitucional normativa do trabalho. A negativa do processo negocial e a recusa em estabelecer as normas, a solução do conflito, mediante o exercício da jurisdição, não retiram do Poder Normativo a possibilidade de atuar para a solução do conflito.

A recusa do exercício jurisdicional sob o fundamento de um pressuposto processual retira da norma constitucional sua força normativa. Há, portanto, a necessidade de uma solução obrigatória de perspectiva constitucional uma vez que ao empregador não lhe é permitido escolher se participa do processo negocial ou atua pela resolução jurisdicional do conflito. O exercício do processo negocial é um direito fundamental institucional, não podendo ser objeto de escolha de uma das partes. Trata-se, portanto, de uma garantia do exercício da jurisdição constitucional a partir do controle de constitucionalidade pelo sistema difuso que não pode ser negligenciada no marco do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, CRB/88).

A tentativa de se evitar o exercício do controle difuso de constitucionalidade a partir de uma perspectiva hermeneuticamente fechada, logo, a partir do fundamentalismo, retirando da sua jurisdição a sua própria jurisdição tem sido a tônica da Justiça do Trabalho³¹². O comum acordo não pode ser lido e interpretado como um mecanismo burocrático para o exercício da jurisdição. Deve ser lido e interpretado, dentro do Estado Democrático de Direito, como um mecanismo de garantia de participação para a aplicação do direito. É a ampla negociação coletiva. Portanto, se houve a recusa da jurisdição, será a partir do caso concreto que se analisará os efeitos de uma eventual recusa não permitir o acesso à jurisdição mesmo esgotado o processo negocial. A análise, ou seja, a aplicação do direito à realidade se dará no caso concreto em que se examine, entre as justificativas apontadas, qual o efeito concreto que

³¹² Ao responder os Embargos de declaração interpostos prequestionando a constitucionalidade da interpretação conferida pelo TST, a partir da interpretação conforme, mesmo tendo evidenciado a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, os rejeitou. Em seu voto, afirmou: “O que se conclui, portanto, é que o embargante se utiliza das hipóteses ensejadoras da oposição dos embargos de declaração para questionar a inconstitucionalidade da exigência introduzida ao § 2º do art. 114 da CF, pela EC nº 45/2004, buscando, dessa forma, discutir a questão sobre o prisma que entende ser correto, ou que lhe possa ser mais favorável. Mostram-se, pois, descabidas as alegações de omissão e contradição no acórdão embargado, as quais não se mostram suficientes a ensejar o acolhimento dos embargos de declaração, tampouco a imprimir efeito modificativo ao julgado”. DJ 28.04.2011.

deverá ser conferido à decisão. A contradição apontada pelas decisões utilizadas mediante os “precedentes” jurisprudenciais equivale a tratar, na realidade, os direitos fundamentais como ordem concretas de valores para solucionar metodicamente a sua concretude, a partir dos procedimentos de ‘ponderação’ de ‘bens’ e ‘interesses’ .

**Capítulo I. A integridade dos direitos sociais do trabalho: os desafios
da democracia constitucional**

1. Validade, eficácia, legitimidade e efetividade dos direitos sociais do trabalho

A CRB de 1988 trouxe uma modificação primordial para as relações coletivas como direitos sociais fundamentais institucionais. Nesta perspectiva, os direitos coletivos passam a ter proteção institucional como direitos fundamentais a partir da possibilidade concreta de organização sindical. A complexidade da sociedade moderna nos impõe modos de procedimentos que reafirmam o direito de cidadania não mais como modelos estanques, imutáveis fixados a partir de sua positivação. Trata-se, portanto, de um processo discursivo que necessita de uma cotidiana busca para a sua concretização nos casos concretos.

É neste contexto de concretização dos direitos fundamentais institucionais (coletivos) que devemos analisar a aplicabilidade do conceito de liberdade e autonomia sindical, não apenas como um conjunto abstrato de normas que permitem manipulações e abusos, mas a partir da sua concretude, de um modelo de aplicação.

Nesta perspectiva, o controle de constitucionalidade das leis pelo sistema difuso dos direitos institucionais permitirá a correta aplicação dos princípios constitucionais que não se resumem à dicotomia Constituição formal x material.

1.1. A releitura da autonomia sindical

O grande desafio em uma sociedade complexa é compreender os direitos fundamentais individuais ou coletivos com a abertura em um processo permanente, mutável, que afirme o direito de cidadania.

As Relações Sindicais foram inseridas no campo dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II) no campo dos Direitos Sociais, Capítulo II. É, portanto, um direito Fundamental do cidadão Trabalhador³¹³. Como direito fundamental do cidadão trabalhador, garantiu-lhe a autonomia sindical, ou seja, o direito de auto-organização, autogoverno e auto-determinação. Elevou à nível constitucional as prerrogativas de proteção dos direitos dos trabalhadores através de seus sindicatos representativos³¹⁴.

Temos assim que o princípio da liberdade sindical como núcleo do sistema garante a eficácia da autonomia, que é o direito ou a faculdade que possui determinada pessoa física ou jurídica de traçar as normas internas e diretrizes sem qualquer imposição restritiva de terceiros. Indica, por sua vez, uma situação de total independência. Em suma, os entes

³¹³ Para Jorge Miranda os direitos fundamentais com dimensão institucionais e coletivos se tornam mais freqüentes a partir das Constituições do século XX e que não poucos dos direitos constitucionais dos trabalhadores (como liberdade sindical ou o direito à greve). Para ele, “O fenómeno hodierno da relevância institucional dos direitos fundamentais decorre de duas causas difundidas por toda a parte: a passagem do homem isolado ao ‘homem situado’ (BURDEAU) e o pluralismo de grupos (ou corpos intermediários, segundo alguns) no seio da sociedade civil. Na sua consagração, as Constituições vão mais ou menos longe consoante os postulados políticos de que partem”. In **Direitos Fundamentais – Introdução Geral – Apontamento das Aulas**, Editora Coimbra, Lisboa, 1999, p. 50.

³¹⁴ O artigo 8º da Constituição da República do Brasil de 1988 diz: É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

autônomos estão capacitados para exercer o poder de autogovernar-se, detendo o autocontrole e ditando suas próprias regras por auto-imposição.³¹⁵

O princípio da liberdade sindical conferida pelo texto constitucional teve como escopo garantir a efetividade da norma – autonomia – conferindo o direito subjetivo da sociedade civil de se auto-organizar livremente, afastando o Estado de intervir quer direta, quer indiretamente, nos interesses autodeterminados pela sociedade organizada.³¹⁶

O princípio da autonomia consagrado na CRB/88 como requisito primordial do Estado Democrático de Direito afasta toda e qualquer possibilidade de controle do Estado quer no aspecto formal, quer no aspecto material para a existência de entidades sindicais. Tratando-se de corpos intermediários para a afirmação da cidadania “cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, vedando, nesse domínio jurídico, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal”³¹⁷.

O Supremo Tribunal Federal conferindo interpretação ao conceito de autonomia³¹⁸ com o voto vencedor do Ministro Relator Celso de Mello firmou entendimento no sentido de que

A Constituição Federal, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios que, revestidos de estatura jurídica incontestável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias.

³¹⁵ LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor Constitucional para a Efetividade dos Direitos Sociais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 66.

³¹⁶ LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor Constitucional para a Efetividade dos Direitos Sociais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 67.

³¹⁷ ADin nº 1063, voto do Ministro Relator Celso de Mello, p. 92 do acórdão.

³¹⁸ Trata-se da ADin nº 1063-DF em que se interpretou o conceito de autonomia a partir do artigo 17, § 1º da CRB/88: “artigo 17 - É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...]§ 1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

A normação constitucional dos partidos políticos tem por objetivo, desse modo, regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias – e somente a estes – o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos.

As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

A ação dos partidos políticos – que se dirige, na concepção weberiana, à conquista do poder estatal – é informada por um substrato doutrinário de que deriva o perfil ideológico que ostentam.

Os partidos políticos constituem, pois, instrumentos de ação democrática, destinados a assegurar a autenticidade do sistema representativo. Formam-se em decorrência do exercício concreto da liberdade de associação consagrada no texto constitucional.

A importância jurídico-política das agremiações partidárias revela-se tão intensa que o ordenamento positivo nacional, ao consagrar o princípio do monopólio partidário das candidaturas, estabeleceu que a disputa de cargos eletivos, dar-se-á, apenas, através de partidos políticos. Desse modo, somente candidatos registrados por Partidos podem concorrer às eleições.

É extremamente significativa a participação dos partidos políticos no processo de poder. As agremiações partidárias, cuja institucionalização jurídica é historicamente recente, atuam como **corpos intermediários**, posicionando-se, nessa particular condição, entre sociedade civil e a sociedade política. Os partidos políticos não são órgãos do Estado e nem se acham incorporados ao aparelho estatal. Constituem, no entanto, entidades revestidas de caráter institucional, absolutamente indispensáveis à dinâmica do processo governamental, na medida em que, consoante registra a experiência constitucional comparada, *“concorrem para a formação da vontade política do povo”*. (v. Art. 21, nº 1, da Lei Fundamental de Bonn).

A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua

formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo – fonte de que emana a soberania nacional – tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado.

O legislador constituinte brasileiro, por isso mesmo – e pretendendo assegurar a participação efetiva dos partidos políticos no processo de poder – conferiu-lhes um grau de autonomia que lhes propiciou especial prerrogativa jurídica, consistente no prevalectimento de sua própria vontade em tema de definição de sua estrutura organizacional e de seu interno funcionamento.

Ao tratar do princípio da autonomia consignou o C. STF que uma vez tratando-se de um direito fundamental institucional não pode o legislador ordinário adotar regra legal que venha a restringir o âmbito de atuação da organização e funcionamento interno já que se trata de reserva estatutária indevassável³¹⁹

A autonomia sindical conferida pelo legislador constituinte garantiu aos trabalhadores um direito fundamental institucional na medida em que entendeu que as organizações sindicais, assim como os partidos políticos, representam um instrumento para o exercício de um direito constitucional positivo como medida eficaz para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Tratando-se, pois, de corpos intermediários, como define o C. STF, a concretização do Estado Democrático de Direito e a participação da sociedade civil, para a busca de melhores condições de vida e a dignidade da pessoa humana se refletem nas reivindicações sociais dos trabalhadores. O legislador constituinte conferiu às entidades sindicais um poder de autonomia como prerrogativa jurídica que impedisse a interferência não só do Estado, mas e principalmente, do setor patronal e entre o próprio sistema confederativo, como ocorre com o nosso sistema.

A Estrutura sindical prevista no artigo 8º da CRB/88 não pode ser interpretada fora de contexto. Como se sabe todo texto há um contexto e para tanto uma única interpretação possível. É neste sentido que a dualidade de sistema adotado pela CRB/88 exige que o interprete analise o conceito de unicidade sindical frente ao princípio maior da liberdade e

³¹⁹ Adin 1063-8-DF, p. 125 do acórdão

autonomia sindical juntamente com o princípio concretizado pelo Estado Democrático de Direito, que é a liberdade de filiação.

1.2. A concretude da liberdade sindical: desafios da democracia constitucional

A partir da promulgação da Constituição de 1988 a expectativa de afastar toda e qualquer forma de intervenção ou interferência para a criação, condução e o exercício das atividades sindicais por parte do Estado foi a base da posição política do movimento sindical. A experiência do passado de uma forte intervenção e controle Estatal sobre o movimento sindical fortaleceu, no presente, a posição política de que qualquer forma de intervenção ou interferência Estatal retiraria dos trabalhadores a sua autonomia, e conseqüentemente, o desrespeito a Democracia e à Constituição.

O ponto de partida para a conformação do texto constitucional é interpretar os vocábulos “intervenção” e “interferência” inserido no inciso I do artigo 8º da CRB/88. Intervenção, por definição, é o ato de terceiros se intrometer em assuntos, atos alheios. Em especial é utilizado como intromissão do governo na administração do Estado, companhia, empresa, a fim de conduzir a ordem interna³²⁰. A Constituição da República do Brasil em várias passagens afasta o poder de intervenção do Estado³²¹ como princípio constitucional do Estado Democrático de Direito. Quando permite, o faz expressamente elencando as possibilidades efetivas para tal ato³²², bem como o procedimento a ser adotado³²³. Já a interferência é o ato de interferir, de levar, conduzir terceiros a encontro de opiniões³²⁴.

³²⁰ SILVEIRA BUENO, Fracisco da. **Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa: vocábulos, Expressões da Língua Geral e Científica-sinônimos Contribuições do Tupi-Guarani**. São Paulo: 1968. 4º v. 2ª Tiragem. p. 1966. Para Plácido e Silva “em acepção comum é tido o vocábulo como a intromissão ou ingerência de uma pessoa em negócios de outrem, sob qualquer aspecto, isto é, como mediador, intercessor, conciliador. Mas, no sentido jurídico, sem fugir ao conceito literal, é propriamente tomado em acepções especiais: No Direito Internacional, no Direito Processual, no Direito Comercial e no Direito Público. [...] II. No sentido do Direito Público Interno, define-se a intromissão, constitucionalmente autorizada, do governo central na administração e governo dos Estados Federados. Não possui sentido de violência, que é o caráter da intervenção do Direito Internacional, mas um poder decorrente do exercício da própria soberania, que se encontra nas mãos da União, para restabelecer o equilíbrio político e administrativo na subunidade federativa, o qual fora interrompido, ou para assegurar a sua própria existência.[...] A intervenção, assim, seja para defender os próprios direitos, seja para proteger direitos alheios, a que está ligado o interveniente, porque os mesmos direitos têm uma relação de conexidade com os seus, será sempre admitida desde que haja um interesse jurídico do interveniente, que incida sobre o objeto da demanda. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Forense. 2ª Ed. 1967, Vol. II, p. 856.

³²¹ CRB/88 – artigos 34, inciso VII e artigo 25, caput. São considerados princípios sensíveis. Neste sentido ver José Afonso da Silva.

³²² Artigo 34, 60 § 1º e 35.

³²³ Abrangência da intervenção e processo interventivo. Decretação espontânea e provocada (por solicitação, requisição ou provimento de representação). CF, art. 36 e parágrafos. Controle político da intervenção: CF, art. 36, §§ 1º e 2º e art. 49, IV. O controle jurisdicional da intervenção. Papel eminente do STF.

³²⁴ SILVEIRA BUENO, Fracisco da. **Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa: vocábulos, Expressões da Língua Geral e Científica-sinônimos Contribuições do Tupi-Guarani**. São Paulo: 1968. 4º v. 2ª Tiragem. p. 1958.

Neste contexto a Constituição afasta toda e qualquer possibilidade de intervenção junto ao movimento sindical, preservando-lhe seu direito fundamental, impondo ao Estado a obrigação de não fazer (intervenção e interferência) - atuar como mecanismo de controle político, ideológico - para a criação dos sindicatos.

O inciso I do artigo 8º da CRB/88 ressalva o registro no órgão competente que deverá ser definido por lei. O vazio legislativo levou a que o Ministério do Trabalho e Emprego órgão anteriormente competente para outorgar a carta sindical adotasse diversas posições de maneiras distintas, de acordo com o viés político do detentor da pasta junto ao Ministério do Trabalho e Emprego. Diversos foram os atos administrativos Ministeriais editados com conteúdos distintos³²⁵. A cada ato administrativo editado dava-se início ao processo de judicialização sobre a atuação do Ministério do Trabalho e Emprego. Com o Mandado de Injunção nº 144 o Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido de que seria o Ministério do Trabalho o órgão competente para fiscalizar o respeito dos princípios constitucionais mantidos para a estrutura sindical³²⁶. Em 2003, acabou o STF por editar a

³²⁵ Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, foram editadas no total 9 atos administrativos a saber: Portaria nº 3.280, de 6 de outubro de 1988; Portaria nº 3.301/88; Instrução Normativa GM/Mtb nº 5/90; Instrução Normativa nº 9, de 21 de março de 1990; Instrução Normativa MTPS nº 1/91; Instrução Normativa nº 3, de 10 de agosto de 1994; Instrução Normativa nº 1 de 1997; Portaria nº 343, de 04 de maio de 2000 e Portaria nº 186, de 10 e abril de 2008.

³²⁶ Mandado de Injunção nº 144 – Relator Ministro Sepúlveda Pertence. **E M E N T A:** I. Mandado de injunção: ocorrência de legitimação "ad causam" e ausência de interesse processual. 1. Associação profissional detém legitimidade "ad causam" para impetrar mandado de injunção tendente a colmatação de lacuna da disciplina legislativa alegadamente necessária ao exercício da liberdade de converter-se em sindicato (CF, art. 8.). 2. Não há interesse processual necessário a impetração de mandado de injunção, se o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional da requerente não esta inviabilizado pela falta de norma infraconstitucional, dada a recepção de direito ordinário anterior. II. Liberdade e unicidade sindical e competência para o registro de entidades sindicais (CF, art. 8., I e II): recepção em termos, da competência do Ministério do Trabalho, sem prejuízo da possibilidade de a lei vir a criar regime diverso. 1. O que é inerente a nova concepção constitucional positiva de liberdade sindical e, não a inexistência de registro público - o qual é reclamado, no sistema brasileiro, para o aperfeiçoamento da constituição de toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado -, mas, a teor do art. 8., I, do texto fundamental, "que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato": o decisivo, para que se resguardem as liberdades constitucionais de associação civil ou de associação sindical, e, pois, que se trate efetivamente de simples registro - ato vinculado, subordinado apenas a verificação de pressupostos legais -, e não de autorização ou de reconhecimento discricionários. 2. A diferença entre o novo sistema, de simples registro, em relação ao antigo, de outorga discricionária do reconhecimento sindical não resulta de caber o registro dos sindicatos ao Ministério do Trabalho ou a outro ofício de registro público. 3. Ao registro das entidades sindicais inere a função de garantia da imposição de unicidade - esta, sim, a mais importante das limitações constitucionais ao princípio da liberdade sindical 4. A função de salvaguarda da unicidade sindical induz a sediar, "si et in quantum", a competência para o registro das entidades sindicais no Ministério do Trabalho, detentor do acervo das informações imprescindíveis ao seu desempenho. 5. O temor compreensível - subjacente a manifestação dos que se opõem a solução -, de que o hábito vicioso dos tempos passados tenda a persistir, na tentativa, consciente ou não, de fazer da competência para o ato formal e vinculado do registro, pretexto para a sobrevivência do controle ministerial asfixiante sobre a organização sindical, que a Constituição quer proscrever - enquanto não optar o legislador por disciplina nova do registro sindical -, há de ser obviado pelo controle jurisdicional da ilegalidade e do abuso de poder, incluída a omissão ou o retardamento indevidos da autoridade competente. Publicado no DJ de 28.05.1993.

Súmula 677 reafirmando a competência do Ministério do Trabalho e Emprego para zelar pelo princípio da unicidade sindical³²⁷.

Em 10 de abril de 2008 o Ministério do Trabalho e Emprego edita a Portaria nº 186 que regula os pedidos de registro sindical junto àquele Órgão estabelecendo procedimentos administrativos³²⁸.

Com a intenção de se adequar a Súmula nº 677 do STF a Portaria nº 186/2008 traz procedimentos administrativos formais³²⁹ e de conteúdo material³³⁰. O ponto que trouxe maior controvérsia foi o aspecto material, com relação a nova interpretação conferida para a criação de entidades sindicais de grau superior a partir da aplicação, in concreto, do conceito de unicidade sindical previsto no artigo 8º da CRB/88.

A judicialização novamente passa a ser o palco para a discussão política dos atores sociais que são contra toda e qualquer forma de alteração que permita a diluição de poder e o fortalecimento das organizações sindicais³³¹. Antes mesmo de se verificar o âmbito de aplicação da Portaria nº 186/2008 nos casos concretos, foram interpostas 4 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade tanto por parte de entidades sindicais de trabalhadores³³² como de entidades sindicais de empregadores³³³.

³²⁷ Súmula nº 677 – Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.

³²⁸ Artigo 1º - Os pedidos de registro sindical no Ministério do Trabalho e Emprego - MTE observarão os procedimentos administrativos previstos nesta Portaria.

³²⁹ Os conteúdos formais podemos encontrar nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29 30.

³³⁰ O de conteúdo material podemos encontrar nos artigos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 25, 26, 27.

³³¹ Todas elas com outorga de Carta Sindical pelo Estado – Ministério do Trabalho ainda na década de 40.

³³² ADin nº 4120-7 - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO - CNC CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA - CNI CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM ESTABELECIMENTOS DE EDUCAÇÃO E CULTURA - CNTEEC CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM TURISMO E HOSPITALIDADE - CONTRATUH CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL - CSPB CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES TERRESTRES - CNTTT CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE ALIMENTAÇÃO E AFINS - CNTA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE CRÉDITO - CONTEC CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES AQUAVIÁRIOS E AÉREOS NAS PESCAS E NOS PORTOS - CONTTMAF CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS

³³³ ADin nº 4126-6 - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL- CAN; ADin nº 4128-2 - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO – CNC; ADin nº 4139-8 - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO – CONSIF.

As principais alegações em todas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade movidas por segmentos dos trabalhadores e dos empregadores podem ser assim resumidos:

- (i) no Capítulo IV que trata do registro das entidades de grau superior (Federação e Confederação), artigo 21, *caput* e parágrafo único³³⁴; artigo 23, *caput* e parágrafos 2º³³⁵ e parágrafos 7º, 8º e 9º do artigo 13³³⁶;
- (ii) existência de vício material com a afronta ao artigo 8º, incisos I, II, III e IV da CRB/88 bem como dos artigos 2º c/c 22, I e 60, § 4º, III e aos incisos II, LIV, LV, do art. 5º, todos da CRB/88.

A fundamentação utilizada demonstra claramente a crença na jurisprudência de valores que estes atores sociais depositam no controle de constitucionalidade. Utiliza-se de argumentos como violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade da Portaria nº 186/2008 frente a um valor constitucional que retoma a pureza do direito remetendo seus fundamentos de inconstitucionalidade aos fatos que serão regidos pelas normas em uma diversidade de sentidos semanticamente pré-delimitados. Esta interpretação ocorre a partir da mediação lógico-sintáticas em um decisionismo jurídico que se pretendem racionais, a partir das expressões da lei, em uma mera subsunção dos fatos à norma, com desprezo do contexto a que incidirá. Ou seja, a crença de que será a norma que irá regular o caso e que, ao fim e ao cabo, seu texto e o seu enunciado detém o mesmo sentido. A tradicional distinção do mundo do “ser” e do “dever ser” é utilizado para obter a conexão entre normas e realidade constituindo-se uma simples relação de subordinação e derivação.

³³⁴ **Capítulo IV - Artigo 21** – A filiação de uma entidade de grau inferior a mais de uma entidade de grau superior não poderá ser considerada para fins de composição do número mínimo previsto em Lei para a criação ou manutenção de uma federação ou confederação. **Parágrafo Único** – As entidades de grau superior coordenam o somatório das entidades a elas filiadas, devendo, sempre que possível, sua denominação corresponder fielmente a sua representatividade.

³³⁵ **Artigo 23** – Os pedidos de registro ou de alteração estatutária de federações e confederações poderão ser objeto de impugnação por entidades do mesmo grau cujas entidades filiadas constem da formação da nova entidade. [...] **§ 2º** - Configurar-se-á conflito de representação sindical entre entidades de grau superior quando houver a coincidência entre a base territorial dos sindicatos ou federações fundadoras da nova entidade sindical com os filiados da entidade preexistente.

³³⁶ **Artigo 13** – Serão notificados, na forma do § 3º do art. 26 da Lei 9.784, de 1999, os representantes legais das entidades impugnantes, para comparecimento a reunião destinada à autocomposição, que será realizada no âmbito da SRT ou da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego da sede da entidade impugnada, com antecedência mínima de quinze dias da data da reunião. [...] **§ 7º** - O pedido de registro será arquivado se a entidade impugnada, devidamente notificada, não comparecer à reunião prevista neste artigo. **§ 8º** - Será arquivada a impugnação e concedido o registro sindical ou de alteração estatutária se a única entidade impugnante, devidamente notificada, não comparecer à reunião prevista neste artigo. **§ 9º** - Havendo mais de uma impugnação, serão arquivadas as impugnações das entidades que não comparecerem à reunião, mantendo-se o procedimento em relação à demais entidades impugnantes.

Tais argumentos apontam para a justificativa da manutenção da estrutura de poder dos atuais detentores. De acordo com as iniciais, a inconstitucionalidade existe no momento em que há possibilidade de se transformar para a representação de grau superior a pluralidade sindical. Na ADin nº 4120, as confederações dos trabalhadores autoras afirmam que o artigo 21, caput e § único ao definir que o âmbito de atuação das entidades de grau superior se dá a partir da coordenação do somatório das entidades a ela filiadas estabelece a pluralidade sindical uma vez que se na “localidade existirem mais de seis federações coordenando o mesmo grupo, é possível formar 2 confederações, o que é, sem dúvida pluralismo sindical, repellido pela Lei Maior”³³⁷.

³³⁷ Inicial ADin nº 4120, p. 17.

2. A liberdade de autoorganização das entidades sindicais

Os direitos sociais muito embora tenham nascido para impor uma atuação positiva do Estado para a garantia e proteção dos direitos humanos fundamentais, foram criados e introduzidos para uma aplicação imediata. Nasce “uma nova categoria de direitos, designados por direitos a prestações (Leistungsrechte) ou, relativamente a serviços existentes, por direitos de quota-parte (Teilhaberechte)”³³⁸. As exigências dos direitos sociais deverão ser reivindicadas não contra o Estado, mas, sim, através do Estado³³⁹.

A Constituição da República de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito como concepção de um Estado Social³⁴⁰. Ao fixar os direitos fundamentais, demonstra claramente a intenção do legislador constituinte de conferir aos direitos humanos fundamentais a importância necessária para que pudessem efetivá-los, e não apenas consagrá-los. Esta garantia traz em seu bojo a concretização da preservação da dignidade da pessoa humana³⁴¹. A intenção, apesar de vezes em contrário, foi a de estabelecer, ao cidadão brasileiro, os direitos fundamentais como garantias inerentes à sua existência³⁴². Não é por outro motivo que os direitos sociais foram constitucionalizados como forma de preservar a dignidade humana.

Um dos meios de conferir positividade ao princípio da dignidade da pessoa humana é conferir efetividade aos objetivos traçados através das ações positivas de políticas públicas que visem à inclusão social das minorias, tais como: a exclusão da discriminação no mercado de trabalho e outras práticas discriminatórias; conferir a igualdade de oportunidades em sua dimensão individual e em sua dimensão coletiva. Estas políticas públicas visam garantir a positivação do princípio da igualdade de oportunidades e entre determinados indivíduos excluídos da sociedade, atingindo a igualdade de bem-estar³⁴³.

³³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª Edição, Editora Almedina, 2001, p. 56.

³³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª Edição, Editora Almedina, 2001, p. 57.

³⁴⁰ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”. (Constituição de 1988).

³⁴¹ “Art. 1º, III – a dignidade humana”. (Constituição de 1988).

³⁴² LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor Constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho**. São Paulo. LTr, 2006. p. 55.

³⁴³ Para Ronald Dworkin, a definição de igualdade de bem estar bem sucedida é aquela em que “presumem que o bem-estar individual é uma questão de êxito na satisfação de preferências, na realização de metas e aspirações e,

Não é por acaso que fora instituído na Constituição da República de 1988, o princípio da redução das desigualdades sociais. Ao Estado compete atuar de forma positiva na busca pelo cumprimento dos princípios e garantias constitucionais acima mencionados.

Para se buscar uma análise de violação ao artigo 8º, incisos I, II e V da CRB/88 decorrente da Portaria nº 186 de 14 de abril de 2008, há que se buscar, através do sentimento da constituição, se a norma impugnada não está a efetivar os demais princípios da própria Constituição de 1988.

O artigo 1º da CRB/88 estabelece como princípios fundamentais além do Estado Democrático de Direito, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (IV). Neste sentido, temos ainda consignado no artigo 3º, do inciso III da CRB/88, como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Estes princípios constitucionais formam um Bloco de Constitucionalidade de proteção aos trabalhadores exigindo do Estado uma atuação positiva para que os mesmos sejam devidamente efetivados.

É exatamente esta atuação positiva que encontramos na Portaria nº 186 de 14 de abril de 2008. O estabelecimento de procedimentos reais e democráticos proporcionam, com o acompanhamento das atuações de suas estruturas através do Ministério do Trabalho, a diminuição da desigualdade social. É através desta efetiva e ampla participação dos atores sociais envolvidos (trabalhadores e empregadores) e não somente através de um sistema de castas, como se vivêssemos ainda nos tempos do império em que a representação era passada através da dinastia. A Portaria nº 186/2008 trouxe, de fato, o início da efetivação do Estado Democrático de Direito nas estruturas sindicais.

De fato os atores sociais devem buscar maiores garantias junto ao Estado para que a sua atuação não fique restrita aos comandos do poder soberano. A competência do Ministério do Trabalho e Emprego não pode se transformar em uma modalidade de interferência ou

assim, a igualdade de êxito, como conceito de igualdade de bem-estar, recomenda a distribuição e a transferência de recursos até que nenhuma transferência adicional possa reduzir as diferenças entre os êxitos das pessoas. Porém, como as pessoas têm tipos diferentes de preferências, a princípio estão disponíveis diversas versões de igualdade de êxito”. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 11.

intervenção do Estado na organização sindical brasileira. Mas isso, não retira da Portaria nº 186/2008 a sua constitucionalidade.

A liberdade e autonomia sindical conferida pelo artigo 8º da Constituição Federal está subordinada aos limites impostos pelo ente que detém a autonomia absoluta, que, no caso da estrutura sindical, foi o legislador constituinte. Houve a relativização da eficácia da autonomia sindical ao impor algumas limitações de ordem estrutural, como o registro em órgão competente nos termos da lei (art. 8º, I), unicidade sindical, o conceito de categoria profissional, e o limite da base territorial do sindicato (art. 8º, II). Contudo as restrições impostas pela própria Constituição (incisos I e II, do artigo 8º) não elide o princípio da liberdade sindical conferido expressamente pelo caput do artigo 8º.

A liberdade sindical indica a possibilidade de atuação não dos indivíduos considerados singularmente, mas do grupo por eles organizado³⁴⁴. O princípio maior, da liberdade, que atinge ao grupo livremente organizado, está garantido, e toda e qualquer intervenção ou interferência do Poder Público, quer através de legislação infra-constitucional, quer através de interpretações do texto constitucional que venham a restringir ou mesmo suprimir este princípio, é muito mais grave que violar uma norma.

Para Gino Giuni,

Não é, pois, admissível, por exemplo, legislação ordinária com a qual o Estado determina, em caráter de exclusividade, fins e formas organizativas da realidade sindical: ela seria certamente inconstitucional, pois lesiva ao princípio da liberdade sindical.³⁴⁵

A manutenção do sistema de vinculação vertical obrigatória para o sistema confederativo reduz a Constituição a meramente um texto.

³⁴⁴ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho - Direito Coletivo do Trabalho**, 1993, Vol. III, Editora Ltr, pg 34

³⁴⁵ GIUNI, Gino. **Direito Sindical**. São Paulo, Editora Ltr, 1991, pg. 47.

2.1. A ausência de concorrência e violação ao sistema confederativo

O sistema Confederativo está limitado à representação sindical³⁴⁶ de uma categoria profissional ou econômica específica. Sua representação está limitada à atuação profissional de um segmento de trabalhadores.

Para a fundação de uma Federação, entidade de grau superior, há a necessidade da conjugação de pelo menos cinco sindicatos (entidade de 1º grau) da mesma categoria profissional (artigo 534 da CLT) e para a fundação de uma Confederação, há a necessidade da conjugação de três Federações (artigo 535 da CLT).

A representação de âmbito nacional, de grau superior, e o seu âmbito de atuação está limitada à categoria econômica e profissional, conceito estabelecido pelo artigo 8º, II da CRB/88³⁴⁷. As representações das Confederações, assim, não são abertas. Suas representações não são autônomas.

O artigo 8º, incisos III e VI da CRB/88 confere a representação sindical às entidades sindicais de 1º grau³⁴⁸.

Dependem, as Confederações e Federações, a teor da Constituição e da CLT (uma vez que fora mantido o sistema corporativo) da concessão de representação passadas pelas entidades sindicais de 1º grau. Sua existência está condicionada a preservação das entidades sindicais de 1º grau na estrutura. São as entidades sindicais de 1º grau que garantem a representação das entidades sindicais de grau superior (Confederações e Federações). Isto

³⁴⁶ O **artigo 511** da CLT define sindicato, a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

³⁴⁷ Artigo 8º - II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

³⁴⁸ Artigo 8º [...] III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; artigo 513 da CLT – São prerrogativas dos sindicatos: a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida; b) celebrar convenções coletivas de trabalho; c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal; d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, no estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal; e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas; Parágrafo Único: Os Sindicatos de empregados terão, outrossim, a prerrogativa de fundar e manter agências de colocação.

quer dizer que se as entidades sindicais de 1º grau que criaram uma Federação e posteriormente uma Confederação se desfilarem de ambas, tanto a Federação, como a Confederação deixarão de existir, na medida em que, a ausência do nº mínimo legal de sindicatos dentro da estrutural vertical impede a existência das entidades sindicais de grau superior³⁴⁹. A Confederação e Federação somente existem e mantêm sua representação sindical se, e somente se, o sindicato de base mantiver sua filiação àquela Confederação e Federação.

Enfim, a representação sindical estabelecida pelo artigo 8º da CRB/88 é conferida à entidade sindical de 1º grau (sindicato) e não às entidades sindicais de grau superior (Federação e Confederação)³⁵⁰. As entidades sindicais de grau superior (Confederação e Federação) existem, dentro da estrutura sindical, como consequência da existência das entidades sindicais de primeiro grau (Sindicato). Não são entes autônomos. Não podem atuar em qualquer situação. Dependem para sua atuação da outorga de poderes dos sindicatos de primeiro grau. Sem a outorga de poderes dos sindicatos de primeiro grau, as entidades de grau superior não podem atuar.

Amauri Mascaro Nascimento ao definir o conceito de representatividade sindical diz:

Para compreender a representatividade sindical, devemos tomar a palavra representar no sentido literal de pôr-se à frente de alguém, daí por que representante é aquele que atua em nome de outrem, para que age, defendendo os seus interesses; e no sentido essencial da expressão, como uma questão sociológica mas de contornos jurídicos, de legitimidade consubstanciada, como o potencial de qualificação de um sujeito coletivo para eficazmente cuidar dos interesses dos seus representados no desempenho da sua ação coletiva³⁵¹.

³⁴⁹ A título de exemplo: Se uma determinada categoria profissional, através de seus sindicatos de 1º grau, 5 (cinco) resolvem fundar uma Federação e, após a fundação, resolvem se desfiliar da mesma, esta Federação deixa de existir, já que não cumpriu o requisito mínimo legal para a manutenção de sua existência. Consequentemente, se a Federação participou da fundação de uma Confederação, esta Confederação deixará de existir, posto estar também em desacordo com a norma legal.

³⁵⁰ O parágrafo 2º do artigo 611 da CLT diz expressamente: As Federações e, na falta destas, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações.

³⁵¹ **Curso de Direito do Trabalho**. 21ª edição, revista e atualizada. Editora Saraiva – São Paulo, p. 1061.

Portanto, as entidades sindicais de grau superior somente podem atuar com expressa outorga de poderes do sindicato de primeiro grau. Sua existência está diretamente vinculada à permissão conferida pelos Sindicatos.

A Portaria nº 186/2008 estabelece a real adequação dos princípios estabelecidos pelo artigo 8º da CRB/88 em sua plenitude, incluindo, desde o poder de representação sindical, até a liberdade e autonomia sindical.

2.2. A unicidade sindical na democracia constitucional

A atual Estrutura Sindical manteve o sistema corporativo da Era Vargas muito embora tenha estabelecido uma dualidade de sistemas, quais sejam, princípio da Liberdade e autonomia Sindical cominado com o sistema corporativo, conceito de categoria profissional e econômica, unicidade sindical e base territorial de no mínimo um município. Essa dualidade de sistemas causou várias polêmicas quanto a ter ou não ter sido recepcionado o Capítulo da CLT que trata sobre a Organização Sindical brasileira – Título V, Capítulo I.

O STF em mais de uma oportunidade entendeu que uma vez que a Constituição da República do Brasil de 1988 manteve o sistema corporativo – Unicidade Sindical – sindicato único, Conceito de Categoria profissional e base territorial não inferior a um município - alguns artigos constantes no Título V, Capítulo I da CLT teriam sido recepcionados, outros, revogados³⁵². Sua fundamentação tem sido no sentido que a manutenção do velho sistema corporativo teria recepcionado os dispositivos da CLT que tratam da Organização Sindical, desde que não firam o princípio da Liberdade e Autonomia Sindical. Essa interpretação não importa em um engessamento, ou seja, de um dever na sua aplicação. Frente ao princípio da autonomia sindical, alguns dispositivos da CLT recepcionados, como no caso o artigo 577, poderiam ser modificados quando da sua aplicação. Reforça-se aqui a garantia para a filiação e desfiliação de entidades sindicais. O sistema confederativo não se sobrepõe ao princípio constitucional da liberdade e autonomia sindical, ou seja, a liberdade de filiar ou não.

³⁵² Os revogados, referentes às entidades sindicais de 1º grau, sindicato de base, pode-se citar: a) artigo 515, 518 a 521.

3. O Controle de Constitucionalidade das leis em uma democracia constitucional

Friedrich Müller em sua teoria da constituição trabalha sob uma dimensão pragmática de que constitucionalismo se faz em concreto e depende da vida, da cultura, da tradição³⁵³. Para o novo constitucionalismo há que se desenvolver métodos adequados a uma aplicabilidade legítima e racional das normas constitucionais. Müller propõe a teoria concretizadora em que são levados em consideração para a interpretação e aplicação da norma os problemas práticos vividos e vivenciados, ou seja, sentidos dentro do contexto de sua aplicação. Portanto, o direito soluciona os problemas a partir desta integração que formará o processo de construção de uma decisão judicial³⁵⁴. A norma jurídica, que para Müller não se confunde com o texto, é formada a partir do seu âmbito normativo e ao seu enunciado propriamente dito³⁵⁵. A interpretação tem finalidade de concretizar a norma. A aplicação do direito ocorrerá a partir do caso concreto, do contexto em que será analisada.

O controle de constitucionalidade difuso, portanto, como é da tradição brasileira, detém mecanismos próprios para a concretização da norma. A partir deste redimensionamento do controle de constitucionalidade ou seja, dos seus pressupostos que a interpretação sobre a constitucionalidade da Portaria nº 186/2008 deverá ser analisada. Com isso devemos analisar, como consequência de um constitucionalismo que se faz em concreto, os efeitos da decisão do controle abstrato de constitucionalidade, em especial pelos mecanismos de interpretação, pelos pressupostos estabelecidos em modelos de justificação. Portanto, aquilo que não está expresso no texto constitucional nós só podemos haurir a partir de nossa tradição³⁵⁶.

A arguição de inconstitucionalidade de parte da Portaria nº 186/2008, Capítutlo IV, refere-se, exatamente quanto aos efeitos do pedido de registro sindical por determinada entidade sindical. Isso quer dizer que para analisar o alcance e os efeitos deste ato normativo, por exemplo, a quebra do princípio da unicidade sindical, deverá fazer uma análise do caso concreto. Não há possibilidade, em tese, *in abstracto*, conferir a certeza de violação constitucional. Como se sabe, a vida se dá *in concreto*. Na situação em debate, somente

³⁵³ MÜLLER, Friedrich. **Discours de la methode juridique**. Traduit de Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p.313.

³⁵⁴ MÜLLER, Friedrich. **Discours de la methode juridique**. Traduit de Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 99.

³⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. **Discours de la methode juridique**. Traduit de Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 168.

³⁵⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. MAUÉS MOREIRA, Antonio G. (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad. p. 230.

haverá quebra do princípio da unicidade sindical se, *in concreto*, constatar se uma determinada entidade sindical de grau superior (federação e confederação) estiver sobrepondo-se a outra entidade sindical (federação e confederação).

Vamos a um exemplo concreto a partir de uma categoria específica com formação de uma Federação Estadual: a dos trabalhadores no ramo químico de São Paulo³⁵⁷.

Entidade sindical de grau superior, Federação, da categoria profissional dos trabalhadores químicos, base territorial limitada a base territorial dos sindicatos que o fundaram e a ela são filiadas, no Estado de São Paulo³⁵⁸.

No Estado de São Paulo, há outra entidade sindical de grau Superior, Federação³⁵⁹, da categoria profissional dos trabalhadores químicos, com base territorial limitada à base territorial dos sindicatos que o fundaram e a ela são filiadas³⁶⁰.

³⁵⁷ Esta Federação - **FETQUIM-CUT** - requereu seu ingresso como Amicus Curiae junto as ADins fundamentando a constitucionalidade da Portaria nº 186/2008 a partir do seu caso concreto.

³⁵⁸ A Federação – **FETQUIM-CUT**, detém os seguintes sindicatos fundadores e a ele filiado: **Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas, Farmacêuticas, Plásticas e Similares de São Paulo e Região** – base territorial: Caieiras, Embú, Embú-Guaçu, Taboão da Serra e São Paulo; **Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas, Petroquímicas, Farmacêuticas, Tintas e Vernizes, Plásticos, Resina Sintéticas, Explosivos e Similares do ABCD, Mauá, Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra – SP** – base territorial: Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul; **Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico para fins industriais, de produtos químicos, de produtos farmacêuticos, de produtos Impermeabilizantes, de preparação de óleos vegetais e animais, de perfumaria e artigos de toucador; de resinas sintéticas; de sabão e velas; de fabricação de álcool; de explosivos; de tintas e vernizes; de fósforos; de adubos e corretivos e agrícolas; de defensivos agrícolas; de materiais plásticos (inclusive produção, manuseio e embalagem de laminados plásticos e reciclagem); de matérias primas para petroquímica; de lápis, caneta e material de escritório; dedefensivos animais; de re-refino de óleos minerais; de tinturaria; de fabricação e manuseio de espuma; de material de baquelite; de produtos de cerâmicas refratária e fibra cerâmica; de abrasivos, de materiais adesivos e termoeletricos e de outras atividades análogas às já descrita de Vinhedo** – base territorial – município de Vinhedo; **Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico para fins industriais, de produtos químicos, de produtos farmacêuticos, de produtos Impermeabilizantes, de preparação de óleos vegetais e animais, de perfumaria e artigos de toucador; de resinas sintéticas; de sabão e velas; de fabricação de álcool; de explosivos; de tintas e vernizes; de fósforos; de adubos e corretivos e agrícolas; de defensivos agrícolas; de materiais plásticos (inclusive produção, manuseio e embalagem de laminados plásticos e reciclagem); de matérias primas para petroquímica; de lápis, caneta e material de escritório; de defensivos animais; de re-refino de óleos minerais; de tinturaria; de fabricação e manuseio de espuma; de material de baquelite; de produtos de cerâmicas refratária e fibra cerâmica; de abrasivos, de materiais adesivos e termoeletricos e de outras atividades análogas às já descrita de Campinas, Valinhos, Paulínia, Sumaré, Hortolândia e Monte Mór** – base Territorial – Campinas, Valinhos, Paulínia, Sumaré, Hortolândia e Monte Mor.; **Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas, Farmacêuticas, Plásticas, de Explosivos, Abrasivos, Fertilizantes e Lubrificantes de Osasco e Região** – base territorial – Araçariguama, Barueri, Cajamar, Carapicuíba, Itapeví, Mairinque, Osasco, Santana de Parnaíba, São Roque, Vargem Grande Paulista – SP; **Sindicato dos Trabalhadores do ramo químico para fins industriais.**

³⁵⁹ **Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas do Estado de São Paulo FEQUIMFAR**

³⁶⁰ A **FEQUIMFAR**, detém os seguintes sindicatos fundadores e a ela filiados: **STI Químicas Farms. Cosméticos de Americana - Santa Barbara - Nova Odessa e Limeira** – base territorial - Americana, Charqueada, Limeira, Nova Odessa, Piracicaba e Santa Bárbara D’ Oeste, Processo de Extensão para: São Pedro, Águas de São Pedro, Rio das Pedras e Saltinho (2003); **STI Químicas e Farms. e de Fabricação de Alcool e**

Região - base territorial - Andradina, Araçatuba, Auriflama, Avanhadava, Barbosa, Bento de Abreu, Bilac, Birigui, Braúna, Castilho, Clementina, Coroados, Gabriel Monteiro, General Salgado, Glicério, Guaíçara, Guaracai, Guararapes, Guzulândia, Ilha Solteira, Itapura, Lavinia, Lins, Mirandópolis, Murutinga do Sul, Penápolis, Pereira Barreto, Promissão, Rubiácea, Santo Antônio do Aracanguá, Sud Menucci e Valparaíso; **STI Químicas e Farms. de Araras e Região** - base territorial - Araras, Conchal, Espírito Santo do Pinhal, Leme, Mogi-Guaçu, Mogi-Mirim, Pirassununga, Santa Cruz da Conceição, Vargem Grande do Sul, Estiva-Gerbi e São João da Boa Vista; **STI Químicas e Farms. de Bauru e Região** - base territorial - Agudos, Bariri, Bauru, Boa Esperança do Sul, Bocânia, Itapuá, Jaú, Lençóis Paulista, Pederneiras e Presidente Alves; **STI Químicas e Farms. de Botucatu e Região** - base territorial - São Manuel, Barra Bonita, Avaré, Botucatu, Pardinho, Macatuba, Itatinga, Dois Córregos, Torrinha, Brotas, Mineiros do Tietê e Manduri; **STI Químicas e Farms. de Cosmópolis** - Itapira e Arthur Nogueira - base territorial - Cosmópolis, Itapira e Artur Nogueira; **STI Fabricação de Alcool - Química e Atividades Conexas e Similares de Guaiara e Região** - base territorial - Guaiara, Barretos, Ipuã, Miguelópolis, São Joaquim da Barra e Guará; **STI Químicas e Farmacêuticas de Guaratinguetá** - base territorial - Guaratinguetá; **STI Químicas e Farms. Abrasivos, Material Plástico, Tintas e Vernizes de Guarulhos e Mairiporã** - base territorial - Guarulhos, Mairiporã, Caieiras, Franco Rocha, Francisco Morato; **STI Fabricação do Alcool, Químicas e Farms. de Ipaçu e Região** - base territorial - Base: Aguas de Santa Bárbara, Bernardino de Campos, Campos Novos Paulista, Chavantes, Espírito Santo do Turvo, Fartura, Ipaussu, Itaí, Manduri, Óleo, Ourinhos, Piraju, Ribeirão do Sul, Salto Grande, Santa Cruz do Rio Pardo, São Pedro do Turvo, Sarutaiá, Taguaí, Tejuapá e Timburi; **STI Químicas e Farms. de Itapeçerica da Serra e São Lourenço da Serra** - base territorial - Itapeçerica da Serra e São Lourenço da Serra; **STI de Material Plástico, Abrasivos, Fibras, Resinas Plásticas, Laminados, Fertilizantes e Químicos de Itapetininga e Região** - base territorial - Itapeçerica da Serra e São Lourenço da Serra; **STI Química e Farms. Fósfs. Velas, Adubos Agríc., Plást., Tintas e Vernizes de Itatiba e Região** - base territorial - Itatiba, Atibaia e Morungaba. Processo de Extensão para Piracaia (2003); **STI Químicas e Farms. Material Plástico de Jaguariúna, Pedreira e Amparo** - base territorial - Jaguariúna, Pedreira, Amparo. Processo de Extensão de Base para: Holambra, Santo Antônio de Posse, Serra Negra, Águas de Lindóia, Lindóia (2004); **STI Químicas e Farmacêuticas de Jundiá** - base territorial - Jundiá, Bragança Paulista, Campo Limpo Paulista, Cabreuva, Itupeva, Jarinú, Louveira e Várzea Paulista; **STI de Materiais Plásticos de Jundiá e Região** - base territorial - Jundiá, Louveira, Francisco Morato, Franco da Rocha e Monte Mor; **STI Químicas e Farms. de Lorena e Piquete** - Base territorial - Cachoeira Paulista, Cruzeiro, Lavrinhas, Lorena, Piquete e Queluz; **STI de Material Plástico, Química e Farms e Fabricação de Alcool de Marília e Região** - Base territorial - Álvaro de Carvalho, Assis, Bastos, Borá, Campos Novos Paulistas, Cândido Mota, Cruzália, Echaporã, Florínea, Gália, Garça, Herculândia, Ibirarema, Iepê, João Ramalho, Lutécia, Maracá, Marília, Nantes, Oriente, Oscar Bressane, Palmital, Paraguaçu Paulista, Pedrinhas Paulistas, Platina, Pompéia, Quatá, Quintana, Rancharia, Tarumã, Tupã, Vera Cruz - SP . Processo de extensão de Base; **STI Químicas e Farms. de Pindamonhangaba e Região** - Base territorial - Pindamonhangaba, Roseira, Aparecida, Potim e Arapeí; **STI Químicas e Farms; e Fabricação de Alcool de Presidente Prudente e Região** - Base territorial - Adamantina, Álvares Machado, Caiabú, Caiuá, Dracena, Estrela do Norte, Euclides da Cunha, Flórida Paulista, Junqueirópolis, Lucélia, Narandiba, Osvaldo Cruz, Parapuã, Pirapozinho, Presidente Epitácio, Presidente Prudente, Presidente Venceslau, Regente Feijó, Santo Anastácio e Teodoro Sampaio; **STI da Fabricação do Alcool, Químicas e Farms. de Ribeirão Preto e Região** - Base territorial - Araraquara, Ariranha, Barretos, Barrinha, Batatais, Bededouro, Brodosqui, Dobrada, Franca, Guaiara, Ibaté, Jaboticabal, Jardinópolis, Luiz Antônio, Matão, Morro Agudo, Pitangueiras, Pontal, Ribeirão Preto, São Joaquim da Barra, Serrana, Sertãozinho, Taquaritinga, Guará, Santa Rosa do Viterbo, São Simão, Serrana; **STI Material Plástico, Químicas e Farms de Rio Claro** - base territorial - Rio Claro; **STI Abrasivos, Químicas e Farms. de Salto e Região** - base territorial - Salto, Indaiatuba, Porto Feliz e Itú; **STI Químicas e Farms. de Santa Rosa de Viterbo** - Base territorial - Santa Rosa de Viterbo; **STI Químicas Farmacêuticas de Cubatão, Santos, São Vicente, Guarujá, Praia Grande, Bertioga, Mongaguá e Itanhaém** - Base territorial - Bertioga, Cubatão, Guarujá, Itanhaém, Praia Grande, Santos e São Vicente; **STI Lápis, Canetas, Material de Escritório, Adubos e Corretivos Agrícolas, Material plástico, Produtos Químicos para Fins Industriais e Tintas e Vernizes de São Carlos** - Base territorial - São Carlos; **STI Abrasivos, Químicas, Farms. e Afins de São João da Boa Vista, Águas da Prata, Casa Branca, Mococa e São José do Rio Pardo** - Base territorial - São João da Boa Vista. Processo de Extensão para: Aguai, Cadonde e Divinolândia (2004); **STI da Fabricação do Alcool, Químicas e Farms. de São José do Rio Preto** - base territorial - Auriflama, Bady Bassit, Bálsamo, Cardoso, Catanduva, Cosmorama, Estrela, Estrela D'Oeste, Fernandópolis, Floreal, Icem, Indiaporã, Itápolis, Jales, José Bonifácio, Mirassol, Monte Aprazível, Nova Granada, Nhandeara, Novo Horizonte, Olímpia, Onda Verde, Orindiúva, Palmeira D'Oeste, Paulo de Faria, Pereira Barreto, Pindorama, Pontirendava, Salles, Santa Fé do Sul, São José do Rio Preto, Tanabi, Vista Alegre do Alto, Votuporanga e Paraisópolis; **STI Abrasivos de São Paulo, Ferraz de Vasconcelos, Mogi das Cruzes e São Bernardo do Campo** - Base territorial - São Paulo, Mogi das Cruzes, Ferraz de Vasconcelos e São Bernardo do Campo; **"Brinquedos"** - **STI de Instrumentos Musicais e de Brinquedos do Estado de São Paulo** - base territorial - Estado de São Paulo; **STI Plásticas, Químicas, Farms e Abrasivas de Sorocaba e Região** - Base territorial - Boituva, Ibiúna, Iperô, Piedade, Pilar do Sul,

Os sindicatos filiados e fundadores das respectivas Federações são distintos, portanto, não há quebra do princípio da unicidade sindical.

Quando da fundação e pedido de registro sindical optou-se pelo respeito da decisão dos trabalhadores no pleno exercício do princípio da autonomia sindical. A partir da deliberação dos trabalhadores das entidades sindicais filiadas a ambas as Federações houve a decisão da possibilidade de convivência pacífica a partir do pleno exercício da democracia. Portanto, fora exigido por deliberação dos trabalhadores a formalização de acordo político³⁶¹. Não tendo havido impugnação a consequência lógica foi a concessão do registro sindical.

Este exemplo é clássico para demonstrar que não há, no caso concreto, violações constitucionais. Eventual inconstitucionalidade da concessão do registro somente ocorreria se, e somente se, a outra entidade sindical de grau superior não tivesse concordado com a fundação e comprovasse, in concreto, a quebra do princípio da unicidade sindical³⁶².

Salto de Pirapora, Sorocaba, Tapiraí e Votorantim; **STI Químicas, Farms e de Material Plásticos de Suzano – Base territorial** : Arujá, Ferraz de Vasconcelos, Guararema, Itaquaquecetuba, Mogi das Cruzes e Suzano; **STI Química e Fertilizantes do Vale do Ribeira – Base territorial** - Ana Dias, Barra do Turvo, Cajati, Cananéia, Eldorado, Iguapé, Itariri, Jacupiranga, Juquiá, Miracatú, Pariquera Açú, Pedro de Baros, Pedro de Toledo, Registro, Sete e Barras.

³⁶¹ Este acordo político foi devidamente reduzido a termo tendo sido partícipes dos mesmos não só os representantes dos trabalhadores da respectiva categoria profissional como as Centrais Sindicais a eles filiados – Central Única dos Trabalhadores- CUT e Força Sindical – FS. Fora devidamente registrado em Cartório de Registros Públicos com o seguinte teor: **Cláusula Primeira:** O presente Acordo tem como objeto a fundação da Federação dos Trabalhadores do Ramo Químico da CUT no Estado de São Paulo – FETQUIM/CUT somente pelos sindicatos filiados à CUT e que não estejam filiados a FEQUIMFAR – Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas do Estado de São Paulo, CNPJ nº 62.812.953/0001-01. **Cláusula Segunda:** As partes concordam que a existência simultânea das duas Federações na mesma categoria, mas representando bases territoriais diferenciadas, não viola o princípio da unicidade e o sistema confederativo. **Cláusula Terceira:** A Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas do Estado de São Paulo renuncia a qualquer impugnação quanto ao registro da Federação dos Trabalhadores do Ramo Químico da CUT no Estado de São Paulo – FETQUIM/CUT, pleiteado perante o Ministério do Trabalho e Emprego, nos termos da Portaria Ministerial nº 343, de 4 de maio de 2000, desde que observado os termos do presente instrumento particular de acordo extra judicial. **Cláusula Quarta:** As partes noticiam e acordam que a expressão **preferencialmente** constante no *caput* do artigo 1º e artigo 12º item I, do Estatuto significa que somente os Sindicatos que estejam obrigatoriamente filiados a CUT e não possuam filiação na Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas do Estado de São Paulo. **Cláusula Quinta:** Nos termos dos artigos 7º item “a”, “b”, “d” e “h”, artigo 8º item “a”, artigo 26º item “a”, “c” e “g”, do Estatuto Social, onde consta às expressões: **interesses individuais e coletivos da categoria profissional - categoria profissional - categoria representada – defesa dos trabalhadores**, as partes noticiam que a FETQUIM-CUT/SP só poderá negociar ou representar os trabalhadores pertencentes à base territorial de seus filiados. **Cláusula Sexta:** Fica acordado entre as partes que a representação de trabalhadores inorganizados em Sindicato, a base territorial ficará única e exclusivamente na competência da Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas do Estado de São Paulo - FEQUIMFAR. **Cláusula Sétima:** É obrigatória a expressa comunicação à Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas do Estado de São Paulo – FEQUIMFAR, pela FETQUIM-CUT/SP, sobre alteração estatutária que modifique a representação, sob pena de nulidade do ato.

³⁶² Interessante notar a decisão proferida na ADIn nº 647 cujo Relator fora o Ministro Moreira Alves que ele apresenta tese no sentido de ser incabível o Controle da Constitucionalidade, *in abstracto* quando o ato administrativo em seu “*conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstracto*”, ou seja, o ato administrativo tem efeito jurídico concreto. Na ADIn nº 842 voto do Ministro Celso de Mello, foi mais incisivo quando afirmou que as “leis formais, cujo conteúdo veicule ato materialmente administrativos, não se expõem, porque destituídas de qualquer coeficiente de normatividade, à jurisdição constitucional concentrada do

Este exemplo nos demonstra que para se chegar à conclusão de ofensa ou não à constituição há necessidade de análise do caso concreto³⁶³. Não há que se falar em inconstitucionalidade não havendo qualquer conflito de representação e muito menos de base territorial na medida em que os sindicatos filiados a cada Federação são distintos.

Os fundamentos das Confederações autoras estabelecem a intenção do exercício de um controle de constitucionalidade em abstrato retirando a concretude do fatos normativos cuja finalidade não é a defesa da força normativa da constituição mas sim a defesa de um direito subjetivo – manutenção de representatividade – desconsiderando a vida e o sentido do próprio conceito de representatividade desprezando o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

A Portaria nº 186/2008 do Ministério do Trabalho e Emprego fora editada para regular os registros das entidades sindicais em todas as suas esferas e grau de atuação³⁶⁴, tendo em vista os poderes a ele atribuídos pela interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal a partir da aplicação do artigo 8º, *caput* da CRB/88. A Portaria nº 186/2008 é ato normativo que se reveste de um conjunto de regras formando um todo para o fiel cumprimento de sua atribuição, qual seja, proceder ao registro das entidades sindicais (sindicato, federação e confederação) e zelar pela observância do princípio da unicidade.

Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta”. Para ele, “atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal [...]”, uma vez que “a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o – enquanto objeto juridicamente idôneo – para o controle abstrato”. publicado no Dj de 14-5-1993.

³⁶³ O exercício do controle difuso de constitucionalidade tem sido utilizado quando da judicialização das decisões administrativas. Exemplo importante a ser citado é a decisão nos autos do Mandado de Segurança nº (Proc. 00337-2006-018-10-00-4 RO em que, a partir do caso concreto foi fundamentado a inexistência de inconstitucionalidade da Portaria nº 186/2008 e mantido o ato administrativo. A decisão foi fundamentada: **Ementa:** 1.CONFEDERAÇÃO. CONTRAF E CONTEC. REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. CONTROLE DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE. O Quadro de Atividades e Profissões a que alude o art. 577 da CLT não mais se encontra em vigor ante o princípio da liberdade sindical, inciso I do art. 8º da CF/88, que encontra restrição apenas naquele outro que determina a unidade sindical na mesma base territorial, inciso II do art. 8º da CF/88. Assim, as confederações patronais e profissionais não estão limitadas àquelas descritas nos parágrafos primeiro e segundo do art. 535 da CLT, podendo, a teor do *caput* deste dispositivo, serem constituídas livremente, desde que sobre bases distintas de no mínimo três federações. A CONTRAF se encontra organizada sobre federações diferentes daquelas que formam a CONTEC, por isso não existe óbice a sua existência. O Ministério do Trabalho, na forma da Súmula 677 do STF, exerce o controle do princípio constitucional da unidade sindical ao decidir sobre pedido de registro sindical, devendo julgar as impugnações incidentes, a não ser que resulte evidente desrespeito ao princípio da unidade sindical. Neste caso deve paralisar o processo administrativo no aguardo de decisão judicial. Recursos voluntários e remessa oficial conhecidos, preliminares rejeitadas e, no mérito, providos para julgar improcedentes os pedidos formulados no mandamus. (Ac. 2ª Turma; Julgado em 29.08.07 Publicado em 14.12.07. Relator Juiz GILBERTO AUGUSTO LEITÃO MARTINS. Partes:1.CONFEDERAÇÃO. CONTRAF E CONTEC. REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO)

³⁶⁴ Sindicato – 1º grau, federação e confederação – grau superior, ou 2º e 3º grau respectivamente.

A insistência no controle concentrado de constitucionalidade remeterá ao fundamentalismo hermeneutico posto que irá desprezar a experiência concreta de vida e da tradição do próprio movimento sindical, da participação dos trabalhadores nos processos de decisão, possibilitando, a partir da pureza do direito, a introdução de uma inovação substancial da norma com alteração de seu conteúdo. Esta alteração levará a uma interpretação conferindo ao preceito normativo regra jurídica, totalmente distinta da que fora formulada inicialmente.

Ao impor o controle concentrado de constitucionalidade os autores pretendem, a partir da jurisprudência de valores, introduzir um valor aos direitos fundamentais institucionais (coletivos) a partir de uma relação fundamentalista estabelecida por vários anos. Sua tese, caso admitida, importará na anomia de regras para o registro das entidades de grau superior (federação, confederação). Em suma, será conferir direito ao que não é direito³⁶⁵.

Retomamos aos pressupostos do controle de constitucionalidade difuso. Menelick de Carvalho Netto utiliza o exemplo da prática americana a partir do que Hamilton considera

³⁶⁵ O Supremo Tribunal Federal a partir do conceito clássico de proibição do controle abstrato de normas como formador de um legislador positivo, na ADIn 1.063-DF, em que foi relator o Ministro Celso de Mello afastou o controle de constitucionalidade concentrado ao fundamentar que: “Não me parece lícito que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição constitucional **in abstracto**, venha, a partir do eventual reconhecimento, em determinado preceito normativo, da inconstitucionalidade de certas expressões que lhe compõem a estrutura jurídica, a alterar, substancialmente, o conteúdo material da regra impugnada, modificando-lhe o sentido e elastecendo o âmbito de sua incidência. Tenho para mim, Sr. Presidente, que a ação direta de inconstitucionalidade não pode legitimar uma intervenção jurisdicional da Suprema Corte de que resulte inovação textual da norma submetida ao controle abstrato de constitucionalidade, a ponto de desfigurar o sentido da regra legal e, desse modo, comprometer, em sua integridade, a própria vontade estatal positivada no texto da lei. É certo que a declaração de inconstitucionalidade tem tese encerra, **como sabemos**, um juízo de exclusão, o qual, fundado na competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, tem por finalidade remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Essa competência excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo, em verdadeiro **legislador negativo**. Por ser esta – **a de legislador negativo** – a condição institucional da Suprema Corte no processo de controle normativo abstrato, não se lhe pode imputar o poder – absolutamente anômalo e exorbitante dos limites da fiscalização concentrada de constitucionalidade – de, a partir da supressão **seletiva** de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal questionado, proceder, em última análise, especialmente nos termos em que requerida a presente cautelar, **à criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o legislador**. (este realce é meu). Desvestido de poder para fazer instaurar, em caráter inaugural, quaisquer inovações no sistema do direito positivo – função típica da instituição parlamentar –, não pode o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de efetuar o controle de constitucionalidade, investir-se na inadmissível e heterodoxa condição de **legislador positivo**, o que efetivamente ocorreria na espécie, se viesse a ser conhecida, **neste ponto**, a presente ação direta. [...] Não constitui demasia acentuar que a declaração de inconstitucionalidade proferida **in abstracto** pelo Tribunal Constitucional reveste-se de eficácia invalidante do ato estatal proclamado incompatível com o texto da constituição. Esse órgão, contudo, ao exercer a jurisdição constitucional concentrada, limita-se a excluir do sistema jurídico a norma inconstitucional, sem que esse poder – até mesmo em função da sua própria natureza – compreenda a faculdade de veicular, positivamente, inovações de conteúdo expressional no teor que emerge do preceito estatal impugnado.” publicado no DJ de 27.04.2001.

natural no exercício do controle difuso ao comentário que ele faz ao artigo V da Constituição Americana, afirmando que:

o juiz tem que fazer é verificar se a lei existe ou se ela não existe e, dentre os métodos de se verificar se a lei existe ou não, utilizar os de solução de antinomias no Direito: no tempo, ou seja, a questão da lei mais nova prevalecer sobre a lei mais antiga e, se ela for muito específica, ela pode também prevalecer sobre uma mais genérica ou, ainda, a questão da supremacia formal, por exemplo, uma norma formalmente superior prevalece sobre a inferior. Portanto, é óbvio para Hamilton dizer que o juiz tem que fazer esse primeiro passo, essa primeira verificação, que é saber se essa lei está ou não de acordo com a Constituição. Se não fosse assim, ele vai argumentar, o art. V da Constituição também perderia o sentido, ou seja, aquele artigo que prevê o processo especial, mais rigoroso para alteração da Constituição, que não poderia ser por lei que um legislativo alteraria a Constituição³⁶⁶.

Para Menelick de Carvalho Netto,

Assenta-se aí a função judicial típica, e nada legislativa, de se exercer o controle de constitucionalidade das leis. Por outro lado, naquela virada de paradigma para o social, Kelsen vai defender uma outra posição, que é uma crítica ácida, muitas vezes imerecida, que faz do controle incidental de constitucionalidade e da experiência norte americana. É uma crítica mas, ao mesmo tempo, uma admiração, porque ele quer introduzir alguma forma de controle técnico em países que, até então, haviam vivenciado somente o controle puramente político.

[...]

Para Kelsen, todo ordenamento é uma pirâmide de autorizações e, como neopositivista que é, a questão da verdade é uma questão de pressupostos iniciais e assumidos como tais³⁶⁷.

³⁶⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. MAUÉS MOREIRA, Antonio G. (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad. p. 231.

³⁶⁷ CARVALHO NETTO, Menelick. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. MAUÉS MOREIRA, Antonio G. (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad. p. 231.

São esses pressupostos iniciais que se requer uma análise interpretativa que, como afirma Menelick, uma sofisticação de um enfoque atual que seja compatível com os pressupostos do que é a atividade interpretativa hoje e do que ela poderia vir a ser³⁶⁸.

³⁶⁸ Antonio G. (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad. p. 232.

³⁶⁸ CARVALHO NETTO, Menelick. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. MAUÉS MOREIRA, Antonio G. (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad. p. 232.

3.1. O controle concreto e difuso: uma garantia dos direitos sociais do trabalho

Democracia quando interpretada de forma abstrata possibilita todas as formas de abusos no seu uso. A obviedade dessa palavra nos tranquiliza para a sua não problematização, já que pressupomos que todos irão atribuir a este vocábulo o mesmo conteúdo semântico. A nível do discurso e da linguagem não há qualquer acordo acerca de sua significação, de seu conteúdo de sentido³⁶⁹. O termo passa a ser empregado em diversos sentidos e de forma antagônica. “Basta que recordemos que, na modernidade, todos os regimes ditatoriais sempre se afirmaram diretamente democráticos ou como condição preparatória inafastável para a democracia³⁷⁰”.

De fato podemos perceber que os abusos da democracia acabam por ocorrer quando se remetem ao seu exercício à capacidade de manipulação de quem tem o direito de exercê-lo, o povo³⁷¹. Aqui entendido como a reunião de trabalhadores que irão deliberar por sua forma e estrutura de representação, de sua governança que decorre das relações de trabalho.

Retomamos, neste momento, o exemplo do caso concreto deste estudo. Como inicialmente mencionado, as entidades sindicais mantêm sua representação sindical conjuntamente com outra federação.

Tal procedimento ocorreu a partir do momento em que os respectivos representantes perceberam que não há nas relações sindicais possibilidade da existência da univocidade. A partir deste olhar, do Estado Democrático de Direito, a legitimidade da representação sindical deixou de ser a partir da mera outorga do registro sindical e sim, a partir da decisão que os próprios representados entendem como a mais correta. Portanto, a legitimidade da representação sindical se dá com a participação efetiva dos representados que, por decisão democrática, estabelecem os limites de suas representações.

³⁶⁹ CARVALHO NETTO, Menelick. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. MAUÉS MOREIRA, Antonio G. (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad. p. 216.

³⁷⁰ CARVALHO NETTO, Menelick. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. MAUÉS MOREIRA, Antonio G. (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad. p. 216.

³⁷¹ Para Friedrich Müller a idéia de povo necessita de uma revisão permanente. Para ele, povo “não deve funcionar como metáfora; o povo deve poder aparecer com sujeito político empírico. A concepção não necessita do “o povo” como expressão que não obriga a nada e cobra tudo; ela não necessita de nenhuma ‘vontade geral’ que não se deixasse verificar e identificar na política empírica, mas de um ‘povo’ que possa, no plano das instituições, efetivamente entrar em cena como destinatário e agente de controle e de responsabilidade: eleição/destituição do mandato por votação, bem como votação livre como componente democrático do cerne da Constituição”. **Fragmento (sobre) O Poder Constituinte do Povo**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004, p. 60.

No caso concreto houve, a partir da deliberação dos representados, acordo entre as partes para garantir as decisões dos trabalhadores, mantendo sem qualquer afronta ao texto da constituição, a representação sindical.

Os sindicatos filiados e fundadores das respectivas Federações são distintos; a base territorial de cada um são distintas, portanto, não há quebra do princípio da unicidade sindical.

Quando da fundação e pedido de registro sindical, uma vez que optou-se pelo respeito da decisão dos trabalhadores, no pleno exercício do princípio da autonomia sindical, não houve qualquer impugnação.

Como afirma Menelick de Carvalho Netto,

uma Constituição constitui uma comunidade de princípios; uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como iguais em suas diferenças e livres no igual respeito e consideração que devotam a si próprias como titulares dessas diferenças³⁷².

Se o exercício da representação sindical tem como finalidade a garantia de assegurar a todos os trabalhadores, ou empregadores a possibilidade de se igualar social e materialmente,

[...]é precisamente porque já os reconhecemos como cidadãos iguais e livres, como membros da comunidade de princípios. Devem ser tratado, portanto, como cidadãos, desde o início, livres e iguais, titulares de direitos fundamentais, tendo oportunidade de responder por suas opções e de com elas aprender. E essa cidadania necessariamente envolve a permanente reconstrução do que se entende por direitos fundamentais consoante uma dimensão de temporalidade que abarque as vivências e

³⁷² CARVALHO NETTO, Menelick de. **A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível.** In OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Poder constituinte e patriotismo constitucional – o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 23.

exigências constitucionais das gerações passadas, das presentes e das futuras³⁷³.

Os procedimentos estabelecidos pela Portaria nº 186/2008 em seu aspecto material concernente a concessão de registro sindical às entidades de grau superior, ao contrário do que ocorria em nosso ordenamento jurídico pretérito, não é ato impositivo, autoritário. Trata-se de um ato de autoridade que tem como obrigação a realização da Constituição de 1988. Muito embora tenha o Supremo Tribunal Federal conferido interpretação no sentido de que até que venha lei a dispor em sentido contrário compete ao Ministério do Trabalho proceder a concessão do registro sindical, não restabeleceu o regime autoritário. Pelo contrário, reafirmou o Estado Democrático de Direito, as liberdades públicas consagradas na constituição, como o princípio da autonomia sindical e liberdade de filiação.

Não é por acaso que o Supremo Tribunal Federal se pronunciou no sentido de que:

O que é inerente à nova concepção constitucional positiva de liberdade sindical e, não à inexistência de registro público o qual é reclamado, no sistema brasileiro, para o aperfeiçoamento da Constituição de toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, mas, a teor do art. 8º, I, do Texto Fundamental, ‘que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato: o decisivo, para que se resguardem as liberdades constitucionais de associação civil ou de associação sindical, é, pois, que se trate efetivamente de simples registro ato vinculado, subordinado apenas à verificação de pressupostos legais, e não de autorização ou de reconhecimento discricionários.’³⁷⁴

O Ministério do Trabalho não poderá proferir juízo de valor quando da análise de pedido de desfiliação ou filiação sindical. A sua atuação está limitada a análise dos seus pressupostos, quais sejam, se houve a quebra da unicidade sindical. Tratando-se de decisão de filiação e desfiliação compete às entidades, através de seus fóruns estatutários, a tomada de decisão. Não pode o Ministério do Trabalho emitir juízo de valor no sentido de que a desfiliação de uma entidade a outra trará ou não conseqüências positivas ou negativas quer quanto a representação, quer quanto a arrecadação financeira.

³⁷³ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível**. Ob. Cit. p. 28.

³⁷⁴ STF – MI 144, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28/05/93)

Como afirma o próprio Supremo Tribunal Federal,

O registro sindical qualifica-se como ato administrativo essencialmente vinculado, devendo ser praticado pelo Ministro do Trabalho, mediante resolução fundamentada, sempre que, respeitado o postulado da unicidade sindical e observada a exigência de regularidade, autenticidade e representação, a entidade sindical interessada preencher, integralmente, os requisitos fixados pelo ordenamento positivo e por este considerados como necessários à formação dos organismos sindicais.³⁷⁵

O ato de fiscalização estatal se restringe à observância da norma constitucional no que diz respeito à vedação da sobreposição, na mesma base territorial, de organização sindical do mesmo grau. Interferência estatal na liberdade de organização sindical. Inexistência. O Poder Público, tendo em vista o preceito constitucional proibitivo, exerce mera fiscalização.³⁷⁶

O Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade da permanência de um procedimento que venha a caracterizar interferência ou intervenção do Estado na organização sindical. A recepção de dispositivos da CLT não significou que a interpretação do sistema venha a ser o mesmo sem a correta adequação ao contexto em que será aplicado. Há diferença mesmo em se tratando de manutenção do princípio da unicidade sindical. Para o Supremo Tribunal Federal,

A diferença entre o novo sistema, de simples registro, em relação ao antigo, de outorga discricionária do reconhecimento sindical, não resulta de caber o registro dos sindicatos ao Ministério do Trabalho ou a outro ofício de registro público. Ao registro das entidades sindicais inere a função de garantia da imposição de unicidade, esta sim, a mais importante das limitações constitucionais ao princípio da liberdade sindical.³⁷⁷

³⁷⁵ STF - ADIn 1121, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 06/10/95.

³⁷⁶ STF - E-RE-15790, Relator Ministro Mauricio Correa, DJ de 27/03/98.

³⁷⁷ STF - MI 144 – Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 28/05/93

O Supremo Tribunal Federal fundamentou ainda que:

Os princípios da unicidade e da autonomia sindical não obstam a definição, pela categoria respectiva, e o conseqüente desmembramento de área com a criação de novo sindicato, independentemente de aquiescência do anteriormente instituído, desde que não resulte, para algum deles, espaço inferior ao território de um Município.³⁷⁸

São esses os fundamentos que fazem com que as entidades sindicais declarem de forma livre e democrática a sua filiação. Neste aspecto, discutir vinculação sindical, é discutir representação sindical.

Os sindicatos ao declararem a filiação ou não a uma entidade de grau superior o fazem dentro dos princípios estabelecidos pela CRB/88, quais sejam: liberdade, autonomia sindical e liberdade de filiação ou não.

³⁷⁸ STF – RE – 227642, Ministro Octavio Galloti, DJ 30/04/99.

Capítulo II. A politização da justiça: a construção de uma jurisprudência dominante

1. Introdução

Este capítulo vem reafirmar o papel da jurisdição constitucional brasileira a partir da teoria da integridade de direito de Ronald Dworkin e a importância do sistema de controle difuso de constitucionalidade na produção de direito e justiça na perspectiva do modelo de aplicação. A interpretação constitucional em torno da Súmula Vinculante nº 4 do STF será a fonte do debate para a efetividade de direitos a partir da tradição brasileira do controle difuso de constitucionalidade, que deverá o Supremo Tribunal Federal levar a sério estes fundamentos, caso contrário, retomaremos ao fundamentalismo hermenêutico.

2. As repercussões sociais da aplicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 565.714-1, em grau de repercussão geral³⁷⁹, aplicou a teoria da recepção. Discutia-se, em grau de recurso extraordinário, a recepção ou não do disposto no artigo 7º, IV da CRB/88³⁸⁰. Como afirmado pela própria Ministra Relatora Carmem Lúcia o “ponto nodular da presente ação é a recepção pelo sistema constitucional de 1988, ou não, do art. 3º da Lei Complementar paulista nº 432/1985³⁸¹ pelo art. 7º, inc. IV, da Constituição da República”.

Os autores, em sua petição inicial, afirmavam que o artigo 3º da Lei Complementar estadual nº 432/1985 não teria sido recepcionado pela parte final do inciso IV do artigo 7º da CRB/88 uma vez que este veda, para qualquer fim, a vinculação ao salário mínimo. Requereu, portanto, que o adicional de insalubridade incidisse sobre a remuneração do servidor. Afirmava que:

[...]

o artigo 7º, XXIII, da Constituição utiliza o termos ‘remuneração’ para qualificar o adicional que deve ser pago pelo trabalho prestado em condições penosas, insalubres ou perigosas, com a nítida intenção de aumentar a base sobre a qual incide o trabalho realizado em condições diversas.

(...) Não mais prevalece, então, a regra do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho quanto à base de incidência do adicional de insalubridade, pois a própria Constituição Federal utilizou o termo

³⁷⁹ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional na sessão eletrônica que se iniciou em 7.12.2007 e encerrado no dia 8.2.2008. cf. RE 565.714, p. 421.

³⁸⁰ Segundo o relatório da Ministra Relatora Carmem Lúcia: “ Trata-se, no origem, de ação ordinária proposta por policiais militares do Estado de São Paulo contra a Fazenda Paulista, na qual pedem os Autores, ora Recorrentes, ‘julgue totalmente procedente a presente ação, condenando a Ré na obrigação de fazer consistente em utilizar com base no cálculo o adicional de insalubridade o valor total da remuneração recebida (por eles), entendido como o valor total do somatório do padrão, RETP e todas as vantagens pagas...pede-se alternativamente a condenação da Ré na obrigação de fazer consistente em utilizar como base de cálculo do adicional de insalubridade o valor do padrão somado ao RETP dos vencimentos dos autores...(fl.15 – v.1). p. 415.

³⁸¹ O artigo 3º diz: O adicional de insalubridade será pago ao funcionário ou servidor de acordo com a classificação nos graus máximo, médio e mínimo, em percentuais de, respectivamente, 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento), que incidirão sobre o valor correspondente a 2 (dois) salários mínimos. § 1º - o valor do adicional de que trata este artigo será reajustado sempre que ocorrer a alteração no valor do salário mínimo.

‘remuneração’ e não ‘salário’, justamente porque este tem caráter mais amplo e abrange tanto o salário como outras figuras análogas.

Destarte, o próprio diploma trabalhista, em seu artigo 457, diferencia remuneração de salário, dizendo que ‘compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber’.

(...) A Lei Federal nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991, não contemplou a vinculação do cálculo dos adicionais de periculosidade e insalubridade ao salário mínimo. De maneira acertada, instituiu que os servidores da União que fazem jus ao adicional, os percentuais (de 5, 10 e 20% para insalubridade) serão calculados sobre o vencimento total do cargo efetivo (...).

Portanto, diante da já demonstrada derrogação de parte da Lei Complementar Estadual nº 432/85, o adicional de insalubridade deve incidir sobre toda a remuneração, não sobre o salário, muito menos sobre o salário mínimo, uma vez que este diploma legal não foi totalmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Vemos então que, não havendo outra norma legal que disciplina a matéria, cumpre ao intérprete buscar a analogia para calcular o adicional de insalubridade dos servidores estaduais, utilizando-se da regra prevista pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Analogicamente, o instituto que mais se aproxima da insalubridade é a periculosidade, devendo ser aplicada a norma deste àquele (...)

Nesse sentido, a base de cálculo do adicional de insalubridade dever ser a remuneração do servidor, pois a fixação da forma de pagamento deste benefício decorre da interpretação do texto constitucional, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

(...)

Assim sendo, sob o manto da analogia, pode-se calcular o adicional de insalubridade com fundamento na remuneração dos agentes públicos, a exemplo do adicional de periculosidade, regulamentado pela Lei Complementar Estadual nº 315, de 17 de fevereiro de 1983, que é calculado sobre o valor da remuneração percebida por estes agentes.

A ação fora julgada improcedente em primeiro grau. Ao julgar a apelação, o Relator Desembargador Henrique Nelson Calandra, ao expor seus fundamentos pela recepção da referida lei pela CRB/88, alertou, de forma enfática, o perigo do julgamento em contrário, que geraria, a anomia do próprio direito, na medida em que, ao eliminar a base de cálculo eliminaria o próprio adicional, logo, o próprio direito. Afirmou em seu voto:

Em que pese a proibição contida no texto constitucional, inexistente óbice na utilização do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade pois a proibição da vinculação diz respeito a sua utilização como fator de indexação, fazendo deste piso um índice de correção monetária. Assim, não há falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo para efeito de cálculo do adicional de insalubridade.

[...]

Destarte, mesmo para aqueles que se filiam à corrente que avista inconstitucionalidade no artigo 3º, da Lei Complementar nº 432/85, por violação ao artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, nem mesmo deles albergam o pedido, pois se eliminada a base de cálculo conseqüentemente desaparece o adicional.

Logo, não há que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 432/85, restando perfeitamente harmonizada com os princípios da Constituição Federal.

[...] ³⁸²

O Tribunal de Justiça fundamentou sua decisão a partir do modelo de aplicação do direito, interpretando a constituição como uma comunidade de princípios³⁸³, conferindo ao texto da norma, a efetividade necessária para a preservação da saúde, segurança e dignidade humana do trabalhador.

³⁸² RE 565.714/SP, p. 1195.

³⁸³ Em contra-razões do recurso extraordinário, os autores apontaram as possíveis antinomias existentes no texto constitucional caso lhe fosse conferida a interpretação literal. Para os autores “a interpretação que se afina com a narrativa histórica acima lançada e com a lógica jurídica é aquela segundo a qual a vinculação ‘vedada para qualquer fim’, referida no texto constitucional antes transcrito, não abrange verbas salariais e remuneratórias, como é o caso do adicional de insalubridade. Se assim não fosse, poder-se-ia afirmar que o texto constitucional estaria repleto de disposição antinômicas. Por exemplo, a Constituição Federal fixou em dois salários-mínimos a pensão de seringueiros (art. 54 do ADCT); determinou a conversão dos benefícios previdenciários em número de salários-mínimos para a preservação de seu poder aquisitivo (art. 58 do ADCT) e vinculou o pagamento de PIS e PASEP ao trabalhador que ganha até dos (sic) salários-mínimos (art. 239, parágrafo 3º). Recentemente houve a inclusão no texto na Constituição Federal do art. 87 do ADCT, que definiu em número de salários-mínimos a obrigação de pequeno valor que deve ser saldada pelo Poder Público independentemente de precatório. Seria então inconstitucional esse último artigo referido, resultado do Poder Constituinte Derivado, haja vista que a vedação contida no inciso IV do art. 7º advém do Poder Constituinte Originário?”. (fls. 304-305).

Ao fim e ao cabo, decidiu o Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto da Ministra Relatora que :

CONSTITUCIONAL.ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 3º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR PAULISTA Nº 432/1985 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE DE VINCULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE AO SALÁRIO-MÍNIMO: PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO POR DECISAO JUDICIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição impede que o salário-mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário-mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Moreira Alves).

A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário-mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstacularizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República.

O aproveitamento do salário-mínimo para a formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc) esbarra na vinculação vedada pela constituição do Brasil.

Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Declaração de não-recepção pela Constituição da República de 1988 do art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 432/1985 do Estado de São Paulo.

3. Inexistência de regra constitucional autorizativa de concessão de adicional de insalubridade a servidores públicos (art. 39, § 1º, inc. II) ou a policiais militares (art. 42, § 1º, c/c § 3º, inc. X).

4. Inviabilidade de invocação do art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República, pois mesmo se a legislação local determina a as incidência aos

servidores públicos, a expressão adicional de remuneração contida na norma constitucional há de ser interpretada como adicional remuneratório, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo teria afirmado adicional sobre a remuneração, o que não fez.

5. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

No tocante ao disposto no artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, afirmou:

Conquanto não seja núcleo da questão posta pelos Recorrentes – integrantes do quadro da Polícia Militar do Estado de São Paulo – aplicação da legislação dita celetista a suas situações e ao seu regime remuneratório, tal como enfatizado na manifestação da repercussão geral reconhecida[...]

[...]

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal interpretar a legislação infraconstitucional em sede de recurso extraordinário. Todavia, cabe-lhe examinar e concluir sobre a validade e eficácia de norma que integre documento legal e cuja interpretação prevalecente não seja compatível com a Constituição brasileira³⁸⁴.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu por adotar Súmula Vinculante a de nº 04, cujo teor foi assim aprovado:

SALVO NOS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO, O SALÁRIO MÍNIMO NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL.

Com adoção da repercussão geral o Supremo Tribunal Federal deslocou o caráter concreto da questão posta em debate em caráter geral e abstrato.

A análise dos votos proferidos no caso concreto nos remete à tensão existente entre o controle difuso de constitucionalidade das leis e o controle concentrado, reafirmando, o

³⁸⁴ STF-RE – 565.714, p. 440/441

Supremo Tribunal Federal, sua posição de obter através da sua decisão única a solução total e definitiva dos conflitos.

O debate travado para a aplicação da repercussão geral direciona o caráter objetivo a que se quer conferir a uma situação concreta, a partir de uma racionalização da decisão constitucional.

A repercussão geral no recurso extraordinário foi instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004 alterando o artigo 102 da CRB/88 originária, inserindo o § 3º, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Para tanto, exige que a parte fundamente, demonstre, em seu recurso,

[...]

a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pelas manifestação de dois terços de seus membros.

Estabelecendo os procedimentos da sua utilização a Lei 11.418/2006 inseriu ao artigo 543 do CPC o § 1º, para, de forma subjetiva, conferir os efeitos da repercussão geral admitida, afirmando que “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”³⁸⁵.

Portanto,

“a exigência de repercussão geral da questão constitucional tornou definitiva a objetivação do juízo do recurso extraordinário e dos efeitos dele decorrentes, de modo que a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicada a todos os casos cuja identidade de matérias já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal (art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) ou pelos juízos e

³⁸⁵ O Art. 3º da Lei n. 11.418/2006 estabelece que "cabará ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei". No mesmo sentido o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal alterado pela Emenda Regimental nº 21, inseriu o § único ao art. 322, para dispor que: "O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo. **Parágrafo único.** Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes".

tribunais de origem (art. 543-B do Código de Processo Civil), ainda que a conclusão de julgamento seja diversa em cada caso”³⁸⁶.

Em seu voto, a Ministra Carmem Lúcia, aponta sua intenção de abstrativizar o caso concreto, com a única intenção de reduzir o volume de processos. Fundamentou em seu voto:

[...]

4. Nos primeiros julgamentos sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal assentou que o adicional de insalubridade não poderia ter como base de cálculo o salário mínimo. São exemplos desta orientação, dentre outros, os Recursos Extraordinários 236.396, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 20.11.1998; e 208.684, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 18.6.1999, este último com a ementa que se segue:

‘Adicional de Insalubridade. Artigo 3º da Lei Complementar nº 432/85 do estado de São Paulo. Sua revogação pelo artigo 7º, IV, da Constituição de 1988.

O artigo 7º, IV, da Constituição de 1988 dispõe que é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Essa norma tem, evidentemente, caráter de vedação absoluta, tendo em vista que sua finalidade foi, precipuamente, a de não permitir que, sendo ele utilizado como parâmetro indexador de obrigação de qualquer natureza, se criassem dificuldades para os aumentos efetivos do valor deste pela extensão de seu reflexo ocasionado por essa utilização.

Por isso, esta Primeira Turma, ainda recentemente, ao julgar o RE 236396 relativo, no âmbito trabalhista, a adicional de insalubridade fixado em determinado percentual do salário mínimo, entendeu que foi contrariado o disposto no citado artigo 7º, IV, da Constituição de 1988.

Tem-se, pois, que, por incompatibilidade superveniente com esse dispositivo constitucional, foi o artigo 3º da Lei Complementar 432/85 do Estado de São Paulo revogado por ele. Recurso Extraordinário conhecido e provido.’

No mesmo sentido: Recursos Extraordinários ns. 351.611, Relatora, Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 7.2.2003, e 284.627, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 24.5.2002, e o Agravo de

³⁸⁶ RE 565.714/SP, Voto Ministra Carmem Lúcia, p. 1200.

Instrumento 423.622-ED, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 15.9.2006, dentre outros.

5. Julgados mais recentes, contudo, demonstram o acolhimento da vertente oposta, dos quais podem ser citados os Recursos Extraordinários ns. 340.275, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 22.10.2004; 458.802, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 30.9.2005; e 230.688-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 2.8.2002; e o Agravo de Instrumento 638.100-AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ 15.6.2007, dentre outros.

6. Entendo, assim, configurada a relevância jurídica da matéria, dada a divergência jurisprudencial no próprio Supremo Tribunal Federal, além da transcendência aos interesses das partes, pois a solução a ser definida por este Tribunal balizará não apenas o regime remuneratório dos servidores públicos, como, também, a disciplina de insalubridade devido nas relações por ela regidas³⁸⁷.

O Ministro Marco Aurélio, único a se pronunciar formalmente³⁸⁸, fundamentou:

[...]

2. O tema, realmente, enseja o pronunciamento do Tribunal sob o ângulo da repercussão geral, passando-se a contar, a seguir, com verbete vinculante. Reitero que o instituto deve ter concretude maior. Um vez envolvida matéria constitucional, com a possibilidade de repetir-se em inúmeros processos, abre-se margem ao crivo do Supremo, pacificando-se o alcance da Carta da República.

3. Manifesto-me pela existência da repercussão geral.

O fundamento para a existência de repercussão geral se dá a partir da existência de conflitos de julgados entre o próprio Supremo Tribunal Federal, e, a partir deste, retoma-se a condução para o encerramento final de futuros julgados que porventura pudesse vir a ser hipoteticamente detectado, independentemente da identidade dos casos concretos. A hipótese de casos semelhantes é reconhecido no próprio voto na Ministra Relatora quando afirma que

³⁸⁷ Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 565.714-1 – São Paulo, p. 1740/1743, publicado no DJE nº 031 – Divulgação 21/02/2008, Publicação 22/02/2008.

³⁸⁸ O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabeleceu as regras para a admissibilidade da repercussão geral. Para tanto, não exige que haja manifestação positiva. Pelo contrário, o silêncio é o voto favorável à repercussão geral.

“conquanto não seja o núcleo da questão posta pelos Recorrentes – integrantes do quadro da Polícia Militar do Estado de São Paulo – a aplicação da legislação dita celetista a suas situações funcionais e ao seu regime remuneratório, tal como enfatizado na manifestação da repercussão geral reconhecida, o tema imbrica com o que dispõe o art. 192 da CLT da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aplicável a outros e numerosíssimos casos de pagamento do adicional de insalubridade”³⁸⁹.

Como afirma Paulo Blair, os

“fundamentos aqui expressam tanto a pretensão de que esse instrumento atue como controle das interpretações futuras, deixando de observar que, se é possível ao aplicador do direito ignorar a tensão presente na atividade de mediação entre o geral e o particular, não lhe é possível, correta ou incorretamente, deixar de exercer essa mediação”³⁹⁰.

Iniciado o julgamento do RE 565.714-1 a Ministra Carmem Lúcia para não recepcionar o artigo 3º da Lei Complementar paulista nº 432/1985 pelo art. 7º, inc. IV, da Constituição da República de 1988, fundamentou:

[...]

5. ...partilho da vertente dos que acolhem como legítima a tese encampada nos precedentes deste Supremo Tribunal Federal que afastaram a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo. É nos fundamentos então apresentados que se tem, segundo penso, a efetiva aplicação à parte final do inciso IV do art. 7º da Constituição brasileira.

O sentido ‘[da] vedação constante na parte final do artigo 7º, IV, da Constituição (...), [é o de evitar que o salário-mínimo] seja usado como fator de indexação, para que, com essa utilização, não se crie empecilho ao aumento dele em face da cadeia de aumentos que daí decorrerão se admitida essa vinculação’, tal como bem lançado pelo eminente Ministro Moreira Alves no Recurso Extraordinário nº 217.700.

³⁸⁹ RE 565.714/SP, Relatora Ministra Carmem Lúcia, p. 1216.

³⁹⁰ BLAIR DE OLIVEIRA, Paulo Henrique. **Jurisdição, Racionalidade e a Construção do Sentido dos Direitos Fundamentais: riscos e possibilidades no uso da Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários**. Tese de Doutorado defendida na Universidade de Brasília, in mimeo, 2011, p. 135.

A norma teve como um dos seus objetivos impedir que os aumentos do salário-mínimo gerem, indiretamente, um peso maior do que aquele diretamente relacionado com esses aumentos, circunstância que pressionaria para um reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no mesmo art. 7º, inciso IV, da Constituição da República.

Pode-se dizer que esse é um dispositivo quase completo, pois além de determinar os objetivos a serem alcançados pelo salário-mínimo (capaz de atender às [...] necessidades vitais básicas {do trabalhador e} de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social), cria o mecanismo obrigatório para atingi-los e evitar o retrocesso nas conquistas (reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo), proibindo-se a prática de um dos obstáculos que impedem ou dificultem as suas concretizações (vedada sua vinculação para qualquer fim).

Não vislumbro dúvida razoável de que a utilização do salário-mínimo para a formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc) incide na vinculação vedada pela Constituição do Brasil. O que é ali proibido é exatamente tomar-se o salário mínimo como fator indexador para novos e diferenciados ganhos decorrentes ou não de dever remuneratório.

6. Esse raciocínio está explícito nos precedentes do Supremo Tribunal Federal que afastaram a validade de vinculação ao salário-mínimo nos casos de seu aproveitamento como parâmetro para o cálculo inicial de condenações, sendo o seu valor nominal sujeito a correção monetária, afastando a indexação. [...]

Assim, tenho como inconstitucional o aproveitamento do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, ou de qualquer outra parcela remuneratória. Paralelamente, normas com esse conteúdo e que antecedem o início de vigência da Constituição do Brasil de 1988 não foram por ela recepcionadas, tidas como dever ser por revogadas.

[...]

8. Portanto, a expressão ‘salários-mínimos’ contida na parte final do art. 3º da Lei nº 432/85 e o § 1º daquele artigo não foram recepcionados pelo art. 7º, inciso IV, da Constituição da República.

Falta, ainda, definir como será calculado o adicional de insalubridade, pois a conclusão do julgamento deste recurso extraordinário não pode importar na extinção do benefício pago aos Recorrentes.

[...]

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal interpretar a legislação infraconstitucional em sede de recurso extraordinário. Todavia, cabe-lhe examinar e concluir sobre a validade e eficácia de norma que integre documento legal e cuja interpretação prevalecente não seja compatível com a Constituição brasileira.

[...]

Conclusão

13. Tenho que haverá de ser declarada a não-recepção do § 1º e da expressão ‘salário-mínimo’ contida no caput do art. 3º da Lei Complementar paulista 432/85. Não persistindo parâmetro constitucional para a fixação de nova base de cálculo para o adicional de insalubridade, e tendo a legislação garantido aos ora Recorrentes tal direito, que não lhes pode ser suprimido, a solução ortodoxa que poderia, inicialmente, ser aventada para aplicação ao presente caso o seria a determinação de retorno dos autos à origem para que lá fosse examinada a legislação infraconstitucional.

Todavia, o Tribunal *a quo* já concluiu não haver parâmetro infraconstitucional a ser aplicado ao caso ao afirmar ‘preceituando a lei que a vantagem incida sobre o salário mínimo, não poderia o Judiciário estabelecer nova base de cálculo para o adicional de insalubridade eis que não pode legislar já que tal competência é privativa do Poder Executivo, sob pena de desrespeitar os artigos 37, caput, e 5º, II da Constituição Federal.

14. De outra parte, não é juridicamente possível, diante do reconhecimento da não recepção da norma paulista, manter o cálculo do adicional de insalubridade com base no salário-mínimo.

Também não me parece juridicamente plausível estabelecer que a base de cálculo do adicional de insalubridade será a remuneração ou o vencimento, sob pena de estarmos a atuar como legislador positivo. Nessa última hipótese haveria ainda a circunstância de que alguns dos Recorrentes têm remuneração inferior a dois salários-mínimos, ou seja, se adotarmos como base de cálculo a remuneração ou o vencimento será imposto uma condição pior do que a do acórdão recorrido.

Pior do que as duas hipóteses acima seria concluir que os policiais militares não têm direito ao adicional de insalubridade, por ausência de base de cálculo, uma vez que há lei a lhes assegurar tal parcela remuneratória e que a sua só previsão não agride a Constituição. Ao

contrário, atende-a. A desconformidade restringe-se ao critério indexador ficado e que a vinculou ao salário mínimo.

15. Tenho, pois, que em face aos princípios constitucionais e do regime jurídico a prevalecer para os Recorrentes a solução jurídica possível ao caso – e sempre tendo em vista que o Estado de São Paulo, mesmo após quase vinte anos de vigência do art. 7º, inc. IV, da Constituição da República, manteve na legislação o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, a base de cálculo do adicional de insalubridade a ser pagos aos Recorrentes – haverá de ser o equivalente ao total do valor de dois salários-mínimos segundo o valor vigente na data do trânsito em julgado deste recurso extraordinário, atualizando-o na forma da legislação estabelecida para a categoria, até que seja editada lei fixando nova base de cálculo, respeitada a garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração.

O voto proferido pela Ministra Carmem Lúcia acaba por reduzir princípio constitucional em regra ao interpretar de forma verticalizada as normas em debate. Ao sustentar a partir de uma distinção lógica entre regras e princípios, conferindo a norma constitucional conteúdo de regra, transformou a complexidade do caso concreto em posição do tudo ou nada.

A desconsideração das narrativas da experiência humana³⁹¹ através de uma linguagem restrita ao presente, a partir de pré-juízos firmados fora do contexto da norma interpretada, desloca o tempo presente a um alongamento do futuro, desprezando o passado, gerando, como consequência, problemas de caráter constitucional. A reconstrução do direito como integridade impede que as interpretações da norma ocorram voltadas para o passado para regular o futuro³⁹². Os fundamentos da Ministra Relatora Carmem Lúcia pressupõem apenas a comunidade de regras conceituado por Dworkin a partir de uma interpretação de que as regras (constituição) foram criadas por um acordo político e que devem aceitar esse compromisso geral de obedecê-las³⁹³.

³⁹¹ RICOEUR, Paul. **Tempo e Narrativa**. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2010, Vol. 1, p. 18.

³⁹² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271.

³⁹³ Dworkin conceitua três modelos gerais de associação política: a) a comunidade acidental de fato, que “supõe que os membros de uma comunidade tratam sua associação apenas como um acidente de fato da história e da geografia, entre outras coisas, e, portanto, como uma comunidade associativa que nada tem de verdadeira”; b) modelo de regras, que “Pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas de um certo modo que é específico dessa comunidade; e, c) modelo de comunidade de princípios, que “concorda com o modelo das regras que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando

O direito como integridade de Dworkin, exige que o magistrado interprete a constituição como uma comunidade de princípios de pessoas livres e iguais. Uma Constituição é muito mais que um simples texto. Trata-se de uma comunidade de princípios que, ao ser interpretado deve buscar a sua máxima efetividade sob pena de negar a sua própria vigência.

O positivismo jurídico em sua tradição clássica trouxe consigo a concepção de regulação para o futuro através de normas gerais e abstratas para estabelecer os limites das liberdades individuais quer na suas relações privadas, quer nas públicas. Neste contexto, o positivismo jurídico formou um código de conduta do cidadão entre o certo e o errado, o justo e o injusto, de acordo com o respeito ou o desrespeito à lei³⁹⁴.

Podemos traduzir em Kelsen este procedimento quando afirma:

Quando uma norma estatui uma determinada conduta como devida (no sentido de ‘prescrita’), a conduta real (fáctica) pode corresponder à norma ou contrariá-la. Corresponde à norma quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contraria a norma quando não é tal como, de acordo com a norma, deveria ser, porque é contrário de uma conduta que corresponde à norma. O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objectivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é ‘boa’. O Juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo.

aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. Também não presume que esses outros direitos e deveres estejam condicionados à sua aprovação integral e sincera de tal sistema; essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esses sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua. Em resumo, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política” **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 252/255.

³⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora. 6ª Edição. Tradução João Baptista Machado. 1984, p. 35.

Significa que a conduta real é ‘má’. Uma norma objectivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo. A norma considerada como objectivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real³⁹⁵.

O voto da Ministra Carmem Lúcia direciona para a manutenção de um procedimento de controle de constitucionalidade altamente marcado pelo positivismo jurídico kelseniano ao manejar, pelo instituto da recepção, o controle de constitucionalidade das leis de normas pré-constitucionais. Reafirmou, com o seu voto, a posição de Kelsen no sentido de que a legitimidade e efetividade da Constituição encontram resistência no domínio de validade temporal de sua norma, ou seja, o início e o fim da sua validade podem ser determinados por ela própria, ou por outra mais elevada que regula sua produção³⁹⁶. Para Kelsen, esse é o princípio da legitimidade. A sua aplicação somente é possível quando ocorra a modificação ou substituição por uma outra não operadas segundo as determinações da mesma Constituição.

Enfim, para Kelsen:

O que existe, não é uma criação de Direito inteiramente nova, mas recepção de normas de uma ordem jurídica por outra; tal como, e.g. a recepção do Direito romano pelo Direito alemão. Mas também essa recepção é produção de Direito. Com efeito, o imediato fundamento de validade das normas jurídicas recebidas sob a nova Constituição, revolucionariamente estabelecida, já não pode ser a antiga Constituição, que foi anulada, mas apenas o poder ser a nova. O conteúdo destas normas permanece na verdade o mesmo, mas o seu fundamento de validade, e não apenas este, mas também o fundamento de toda a ordem jurídica mudou. Com o tornar-se eficaz da nova Constituição, modificou-se a norma fundamental, quer dizer, o pressuposto sob o qual o facto constituinte e os factos em harmonia com a Constituição podem ser pensados como factos de produção e de aplicação de normas jurídicas³⁹⁷.

³⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Coimbra Editora. 6ª Edição. Tradução João Baptista Machado. 1984, p. 37/38.

³⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed.. Armênio Amado – Editora – Coimbra – 1984.

³⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed.. Armênio Amado – Editora – Coimbra – 1984, p. 290.

No Brasil a legitimidade e efetividade das normas jurídicas pré-constitucionais, ou seja, a recepção de normas de uma ordem jurídica por outra sofreu restrições pelo controle abstrato de normas, uma vez que se tratam, na realidade, de normas que tenham sido ou não recebidas pela Constituição superveniente³⁹⁸.

No direito do trabalho, uma vez que toda a Consolidação das Leis do Trabalho são normas jurídicas pré-constitucionais, a aplicação tradicional da teoria da recepção tem levado a anomia do próprio direito, estabelecendo, na realidade, um modelo de justificação das decisões³⁹⁹.

No paradigma do Estado Democrático de Direito o exercício pleno da autonomia privada como corolário do exercício democrático depende de fatores materiais (preservação da dignidade humana, cidadania e garantia dos direitos fundamentais individuais e institucionais) sem as quais não haverá a possibilidade da inclusão social. A impossibilidade desta atuação gera como consequência a crise de legitimidade.

Enquanto que na visão clássica as leis obtêm sua validade por meio do processo de formação de vontade dos cidadãos, no Estado Democrático de Direito estas leis tem sua limitação no respeito aos direitos fundamentais. Na realidade, os direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos e os direitos de participação concorrem entre si⁴⁰⁰. Enfim, é a

³⁹⁸ EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Paulo Brossard. ADI-nº 2-DF- Publicação no DJ de 21.11.1997, PP-60585, Ementa. Vol. 01892-01, PP. 00001. No mesmo sentido: As ADIns nºs 07, 09, 74, 75, 85, 129, 148, 167, 337, 344, 381, 385, 415, 438, 450, 464, 503, 521, 579, 847, 1227, 1360. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pela tese da revogação, na realidade, fora mantida, como se pode observar pelos seguintes julgados: RE 17.961, RE 19.656, RE 19.887, RE 78.984, RE 78.486, Rp 1.012, Rp 1.016, Rp 969, RE 91.604, RE 100.596, Rp 1.303 e Rp 1.334.

³⁹⁹ O modelo de justificação apontado é defendido por Klaus Günther em que afirma uma divisão clara entre a atividade legislativa e judiciária. Enquanto a primeira, há a predominância no caráter justificativo da decisão, na busca pela elaboração de normas gerais e abstratas a segunda tem a finalidade de concretização dos direitos aplicando-o caso a caso.

⁴⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 154.

interpretação constitucional que possibilitará, em uma sociedade complexa, a tomada de decisões por meio de análise de fatos concretos, conferindo ao texto, a adequada interpretação a partir do contexto em que se é analisado.

A jurisdição constitucional dos direitos sociais do trabalho apresenta-se como o intérprete oficial das normas de direitos fundamentais, guardando para si a responsabilidade de concretizá-las no seio da sociedade. Porém, não se pode perder de vista ser a constituição uma comunidade de princípios e como tal aberta. Sua interpretação não deve ser de exclusividade da jurisdição constitucional, tendo em vista o seu papel no Estado e para a sociedade, impondo, a responsabilidade de sua interpretação a toda a sociedade, já que esta é a que a vive e realiza, sendo, portanto, seu legítimo intérprete.

O atual sistema de interpretação tem gerado o paradoxo da jurisdição constitucional, impondo uma tensão entre as normas pré-constitucionais, a partir de leituras inadequadas dos textos constitucionais, e legais e o novo paradigma consubstanciado e suposto pela Constituição da República de 1988: o Estado Democrático de Direito.

A partir da edição da Súmula Vinculante nº 4 a consequência da imposição de um julgamento fundado apenas e tão somente em um único caso, para atingir a todos os casos concretos em curso, foi a não solução do conflito, mas sim, o aumento da complexidade da decisão proferida.

Ao atingir as situações decorrentes da relação de trabalho, expropriou a experiência da própria Justiça do Trabalho, que nestes mais de 20 anos da promulgação da Constituição, em seu exercício do controle difuso de constitucionalidade, decidiu pela recepção do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho frente ao inciso IV do artigo 7º da CRB/88.

De fato a interpretação conferida pela Justiça do Trabalho acabou por levar em consideração a própria crise do Estado Social. A partir dela, abriu-se os horizontes para novas reflexões na tensão existente entre a regulação e emancipação.

A luta pela emancipação social visava a obtenção da regulação como forma de inibir a exploração dentro de uma liberdade caótica. Pensava-se, dessa maneira, na necessidade de inserção dos direitos regulados no seio da constituição. Pensava-se, portanto, na constitucionalização dos direitos: no constitucionalismo social.

A relação entre labor e trabalho que envolvia a condição humana estava sempre restrita à própria atividade exercida pelo homem, ou seja, laborar significava ser escravizado pela necessidade que era inerente à condição humana. Talvez seja por isso que na era moderna não se conseguiu estabelecer uma distinção clara entre o “labor de nosso corpo e o trabalho de nossas mãos”, mas tão somente a apontar diferenciações entre trabalho produtivo e improdutivo, posteriormente diferenciando-se entre qualificado e não-qualificado para, finalmente, trabalho manual e trabalho intelectual.⁴⁰¹

Na modernidade, mesmo tendo alterado o conceito de escravidão, somente com o Estado de Direito é que se impôs ao Estado um agir não de forma única e autoritária, mas através de uma conduta de observação do cidadão não mais como súdito, mas como pessoa detentora de personalidade, e portanto, de direitos. Ou seja, o centro do poder político na modernidade é ocupado pelo homem trabalhador, a partir deste processo de evolução estatal⁴⁰².

O Estado de direito, garantidor dos direitos fundamentais dá lugar para um Estado Social, cuja finalidade era trazer, aos cidadãos, efetividade de seus direitos. As Constituições contemporâneas têm dado ênfase à realização dos direitos, como um sistema aberto de regras e princípios diante de sua força normativa⁴⁰³. Há que se entender estes dispositivos normativos da mesma forma. Para Canotilho,

[...] e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que ‘impõem uma atividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’ ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas ‘programáticas’ é

⁴⁰¹ Sobre uma distinção entre labor e trabalho, demonstrando claramente um evolução da máquina de trabalhar produtiva e a preservação da vida, ver Hannah Arendt, **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo, 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, em especial o Capítulo III, p. 90/180.

⁴⁰² ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª edição: Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2007, p. 94/95.

⁴⁰³ CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª edição. Portugal: Livraria Almedina, 2002, p.1.145.

reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição.⁴⁰⁴

Os direitos sociais deixam de ser interpretados como forma meramente de promessas mas como mecanismo concreto de realização de direitos. São, portanto, dotados de eficácia jurídica que não podem se tornar vazias, ou inconstitucionais, na medida em que já estão prontas para produzir efeitos concretos.

Estas questões estão presentes em nossa praxis jurídica. A Súmula nº 228⁴⁰⁵ do Tribunal Superior do Trabalho reflete as interpretações conferidas a partir de uma comunidade de princípios e não mais a partir de uma comunidade de regras.

O debate travado entre os demais Ministros do STF aponta para uma racionalização do processo em que a abstrativização do recurso extraordinário tem como finalidade a redução do nº de processos e não a entrega da prestação jurisdicional a partir de uma hermenêutica constitucionalmente adequada. Esta tentativa de buscar a solução definitiva para o futuro de todos os processos gerou a própria contradição do julgamento aonde ficou evidenciado a intenção de se obter a expropriação da experiência – na medida em que já passaram mais de 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição – com a imposição de um fundamentalismo hermenêutico que gerou a anomia do direito.

O Ministro Marco Aurélio ao solicitar uma “ponderação” levantou a preocupação dos efeitos da decisão. Para ele:

Processo é, acima de tudo, liberdade. É saber o que pode ou não ocorrer na tramitação de uma causa perante o Judiciário.

As normas são imperativas. Há de ser preservar o sistema. Não podemos potencializar a repercussão geral a ponto de afastá-lo. A atuação do Supremo é pedagógica, sendo observada pelos órgãos do Judiciário que estão em patamares diversos.

⁴⁰⁴CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª edição. Portugal: Livraria Almedina, 2002, p.1.160.

⁴⁰⁵ A Súmula nº 228 do TST teve 3 redações mas com conteúdos idênticos, quais sejam, a constitucionalidade da base de cálculo do salário mínimo para o pagamento do Adicional de Insalubridade. Redação original - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985 - Nº 228 Adicional de Insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho. Nova redação - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Nº 228 Adicional de insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17.

Não posso conceber que o recorrente saia chamuscado. Explico melhor, Presidente. O princípio da não *reformatio in pejus* vigora até hoje. Se provermos o recurso nesse sentido, o recorrente que ingressou em juízo e até aqui não logrou êxito terá a situação jurídica diminuída. E ação ordinária de cobrança não é uma ação de mão dupla, como ocorre com a possessória.

[...]

O que penso, e acredito termos consenso em torno disso, é que há de se distinguir. Uma coisa é dizer-se que a garantia constitucional alusiva à percepção do salário mínimo não está estendida pela Carta de 1988 – como estou convencido de que não está – aos militares, porque o artigo 142, inciso VIII, não se reporta – ao contrario do que versado quanto aos servidores civis – ao inciso IV do artigo 7º.

Algo diverso também – e precisamos assentar – é concluir que a vedação de atrelamento ao salário mínimo, contida no inciso IV, não se estende aos militares. A vedação os alcança. O que não se estende é o direito à percepção do salário mínimo. Não estou aqui sendo paradoxal ou incongruente na colocação.

Agora, o que houve? O ajuizamento de uma ação de cobrança. Com que objeto? Em vez de ter-se como base de incidência do adicional de insalubridade dois salários mínimos, considerar-se a remuneração percebida pelo militar. E acredito que o militar seja de alta patente, talvez coronel.

[...]

Então foi ajuizada ação nesse sentido. Evidentemente não podemos – à mercê até mesmo do que seria a declaração de inconstitucionalidade da norma do Estado de São Paulo, que é de 1985 – substituir, como se legisladores fôssemos, a base de incidência pela remuneração.

[...]

O juízo refutou esse pleito e o Tribunal de Justiça, a meu ver, com o mais absoluto acerto, confirmou o pronunciamento do Juízo. Podemos prover esse recurso para agravar a situação do recorrente? A resposta é desenganadamente negativa, mas estamos a julgar o recurso extraordinário, estamos adentrando o tema, estamos adotando entendimento sobre esse tema.

Penso que surge como solução palatável – para utilizar uma expressão do ministro Francisco Rezek – chegar-se ao desprovimento do recurso sem se declarar a inconstitucionalidade ou a não-recepção da lei, porque, se assim não o foi, estaremos a julgar de forma ao interesses do recorrente. A

seguir dever ser editado um verbete de Súmula revelando que, no cálculo de qualquer parcela remuneratória, não pode haver o atrelamento ao salário mínimo.

Uma coisa é a impossibilidade de alguém – que não é o caso do militar, como já disse – perceber alguém do salário mínimo. Algo diverso é ter-se parcelas – o preceito do inciso IV do artigo 7º veda isso – calculadas a partir do salário mínimo.

Pronuncio-me no sentido de desprover simplesmente o recurso, com as razões lançadas por sua Excelência – concordo com elas – e, a partir desse desprovimento, de editar um verbete no sentido de que não pode haver a vinculação de parcela remuneratória ao salário mínimo, dando, a seguir, a palavra à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo para, quem sabe, vir a alterar a lei.

A partir do voto do Ministro Marco Aurélio, iniciou o debate sobre os efeitos da decisão, tendo em vista que o recurso extraordinário do autor tinha como finalidade a reforma do v. acórdão do Tribunal de Justiça que considerou constitucional a vinculação da base de cálculo do adicional de insalubridade ao salário mínimo. O recurso extraordinário tinha como efeito fosse afastada a vinculação da base de cálculo do adicional de insalubridade ao salário mínimo e, conseqüentemente, declarar - a partir da interpretação do artigo 7º XXIII da CRB/88 que confere ao trabalhador o direito a “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas, na forma da lei” – que a base de cálculo seria a remuneração do trabalhador. Para o Ministro Marco Aurélio, com o provimento do recurso extraordinário do autor, na forma do voto da Ministra Carmem Lúcia, a consequência lógica seria o *reformatio in pejus*, em prejuízo ao autor, tendo em vista que estaria retirando da base de cálculo o salário mínimo sem haver qualquer outra base para substituí-la. Logo, caracterizaria a anomia do direito.

Após novos pronunciamentos, insistindo o Ministro Marco Aurélio na *reformatio in pejus*, pediu a palavra o Ministro Cezar Peluso. Para ele:

[...]

Pelo que compreendi – e se bem compreendi – do voto da eminente Ministra Carmem Lúcia, S. Exa. está, na verdade, propondo solução que, a título de provimento parcial, implica congelamento da base de cálculo. Isso é fora de dúvida.

[...]

O problema é que o Tribunal está diante de um dilema. Nem estou inferindo, mas apenas conjecturando que se caminhe para a solução de reconhecer a inconstitucionalidade da lei por uma razão muito simples, que vem da própria redação do artigo 3º. Se se limitasse a norma ao disposto no **caput**, não seria inconstitucional.

Reza o artigo 3º da Lei Complementar nº 432/85:

[...]

Se a norma se exaurisse nesse texto, teríamos, como consequência prática, que estabeleceu como base de cálculo do adicional o valor correspondente ao do salário-mínimo na data de início de vigência da lei, ou seja, um valor fixo. Noutras palavras, o salário-mínimo, aí, não atuaria, como se diz, a título de indexador, porque estaria servindo apenas de referência para a apuração de um valor determinado e fixo.

Sucedem que não foi esse o propósito da norma, porque o § 1º é expresso:

Art. 3º

§ 1º - O valor do adicional de que trata este artigo será reajustado sempre que ocorrer a alteração do salário mínimo.

Nisso, fora de dúvida, o salário-mínimo assumiu a função de indexador e, portanto, contrário à Constituição, não apenas em relação ao artigo 7º, mas, também, ao artigo 25, § 1º, combinado com o artigo 37, X, que dá ao Estado competência para fixar os critérios e a oportunidade de elevação da remuneração dos seus servidores.

Pela remissão ao salário-mínimo, o Estado addica sua competência exclusiva de iniciativa de lei específica para o aumento de acordo com seus recursos orçamentários, pois essa norma estabelece mecanismo automático pelo qual a remuneração será aumentada de acordo com a legislação federal. Este é mais um motivo de inconstitucionalidade.

[...]

Mas há um terceiro motivo: ofende ainda o artigo 37, XIII, que veda qualquer vinculação. É ofensa a três normas constitucionais.

Portanto, a mim parece-me que, em princípio, se reconhecermos que há inconstitucionalidade por tríplice fundamento – eu até pensei que o eminente advogado do Estado iria referir-se à possibilidade de o Tribunal admitir violação de outras normas para justificar o resultado do julgamento, pois, neste caso, há ofensa a mais de uma norma constitucional -, não teremos alternativa a deixar de reconhecer a inconstitucionalidade, porque este será o fundamento do resultado do recurso. Logo, se o Tribunal não pode deixar de reconhecer a inconstitucionalidade, deverá, simplesmente, manter a improcedência da

ação, negando provimento ao recurso. Não poderá avançar aqui, a menos que exerça o papel de legislador positivo. Vai apenas pronunciar que a norma é inconstitucional. Não pode atender aos autores, que pretendem seja substituída a base de cálculo prevista na lei pelo valor total dos vencimentos ou da remuneração, pois implicaria atuação como legislador positivo, o que não é possível. O Tribunal não tem alternativa; deve reconhecer a inconstitucionalidade, e isso é o próprio fundamento da solução do recurso, a qual está em negar-lhe provimento.

A complexidade de um caso constitucional fica evidenciada no momento em que, todas as técnicas de decisão acabam por trazer um impedimento jurídico de sua aplicação. Esta complexidade comprova a inexistência de qualquer tentativa de controle “abstrato” de normas. Não há abstração na aplicação de uma norma ao caso concreto. A norma somente existe em razão do caso concreto e não o seu contrário.

A técnica de decisão apontada pelo Ministro Cezar Peluso levava, como afirmou a Ministra Carmem Lúcia, a manter a “decisão do tribunal paulista que a considera válida”. O Ministro Cezar Peluso, rebatendo os fundamentos da Ministra Carmem Lúcia, afirma:

Não estamos mantendo o fundamento do tribunal paulista, que deu uma solução para a causa. Devemos voltar ao pedido. Qual foi o pedido dos autores? Eles querem substituir a base de cálculo prevista na lei. O tribunal negou-lhes esse pedido. A coisa julgada terá por objeto esta solução de improcedência da ação. Noutras palavras, negou-se aos autores a existência de direito subjetivo à mudança da base de cálculo do adicional. Aí estará a coisa julgada. O que o tribunal afirmou a título de motivação, de **ratio decidendi**, ou do fundamento de que seria constitucional, não pode ser considerado pela Corte. O Supremo Tribunal Federal substituiu a justificativa do acórdão do Tribunal de São Paulo para manter-lhes o dispositivo do acórdão, mas por outro motivo. A improcedência não vem do fato de a norma ser constitucional. Antes: vem do fato de ser inconstitucional. Mas a solução da causa é a mesma: os autores não têm direito à mudança da base de cálculo.

Ora, isso, a meu ver, não pode deixar de ser reconhecido pelo Tribunal. Qualquer outra decisão – e nisso tem razão o Ministro Marco Aurélio -, que tomarmos, implicará **reformatio in pejus**, alterando o dispositivo de modo que possa, na prática, significar prejuízo aos autores, ou, então,

estaremos atuando como legislador positivo, o que também não me parece possível.

Então, proponho ao Tribunal que negre provimento ao recurso, reconhecendo, a título de motivação, a inconstitucionalidade não do **caput**, mas do § 1º. E aqui é importante que, para efeito da repercussão geral e de disciplina de casos futuros, formulemos o seguinte enunciado: não pode o adicional de insalubridade, previsto no artigo 3º da Lei Complementar nº 432/85, do Estado de São Paulo, ser calculado sobre o total dos vencimentos ou da remuneração, a despeito da inconstitucionalidade do seu § 1º. Com isso, mantemos a solução do Tribunal de São Paulo, sem dispor sobre a práxis, que manteria o adicional.

Duvido muito, nesse sentido, que o Governador do Estado retire o adicional dos servidores. Portanto, o que o eminente Advogado disse com toda a certeza corresponde à verdade da atuação da Administração, que, aliás, vem pagando até hoje. Podia ter proposto ação de inconstitucionalidade, mas não o fez⁴⁰⁶.

Todo o debate entre os Ministros⁴⁰⁷ deixou de ser sobre a aplicação do direito mas sobre a aplicação da técnica de decisão. A intenção de reduzir a complexidade do caso concreto em um processo de aplicação de técnica de decisão foi afirmar que somente o Supremo Tribunal Federal teria capacidade jurídica para conferir a interpretação constitucional, impedindo que os demais tribunais pudessem julgar os casos futuros. A preocupação demonstrada pelo voto da Ministra Carmem Lúcia no sentido de não transformar o poder judiciário em legislador positivo estabeleceu um retrocesso jurídico na técnica de decisão.

O retrocesso jurídico se encontra no momento em que o Supremo Tribunal Federal firma a tese da impossibilidade do Poder Judiciário, no vazio normativo, julgar os casos concretos, a partir do fundamento da quebra do princípio da separação dos poderes, como legislador positivo. Na realidade, aqui encontramos o fundamentalismo hermenêutico exarado pelo STF que, ao mesmo tempo em que quer impedir o exercício de uma jurisdição

⁴⁰⁶ Apenas para ressaltar que se trata de lei anterior à Constituição da República de 1988 e, como mencionado acima, por decisão do próprio Supremo Tribunal Federal não cabe Ação de Constitucionalidade/Inconstitucionalidade contra norma pré-constitucional.

⁴⁰⁷ A transcrição dos votos dos Ministros o foi a partir da importância para a presente pesquisa. Recomendo a sua leitura integral.

constitucional difusa, reafirma a sua capacidade jurídica de fazê-lo em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis.

Este posicionamento encontramos no voto do Mandado de Injunção nº 670, relator Ministro Gilmar Mendes. Muito embora se trate de mandado de injunção, o ponto de conformação entre as duas situações, a primeira do RE 565714/SP e a segunda do Mandado de Injunção nº 670, é exatamente quanto as limitações dos dois casos, ou seja, o caráter subjetivo e objetivo quer do recurso extraordinário em repercussão geral, quer no mandado de injunção. Enquanto no primeiro o Ministro Gilmar Mendes veda qualquer possibilidade de julgamento de outros processos, logo, do caso concreto, pelo controle difuso de constitucionalidade no vazio constitucional, quer dizer, o julgamento a partir da substituição da base de cálculo por via da interpretação, no segundo, o Ministro Gilmar Mendes afirma a sua total possibilidade. No julgamento do MI 670, afirmou o Ministro Gilmar Mendes:

[...]

Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de ‘omissão judicial’.

Assim, tanto quanto no caso da Anistia, essa situação parece exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte.

Ademais, assevero que, apesar da persistência da omissão quanto à matéria, são recorrentes os debates legislativos sobre os requisitos para o exercício do direito de greve.

[...]

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão Legislativo.

[...]

Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que o legislador não é dado escolher se concebe ou não o direito de greve, pode tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.

A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, e das sentenças aditivas no direito italiano, denota-se que se está, no caso do direito de greve dos servidores, diante de hipótese em que a omissão constitucional reclama uma solução diferenciada.

De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreiação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º).

[...]

...é dever do intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte. No caso em questão, estou convencido de que não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas, muito pelo contrário, se está a engendrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo.

Gilmar Mendes, para afirmar sua tese, cita Canotilho, para o qual:

‘A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-

constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como forma autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competência mas de aprofundar competências (ex: quem tem competência para tomar decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação da decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais’.

E continua Gilmar Mendes:

Vê-se, pois, que o sistema constitucional não repudia a idéia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Por isso, considero viável a possibilidade de aplicação das regras de competência insculpidas na Lei nº 7.701/88 para garantir uma prestação jurisdicional efetiva na área de conflitos pendentes instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos estatutários (CF, arts. 5º, XXXV, e 93, IX).

Esta centralização de fundamentos a partir de um fundamentalismo hermenêutico, acabou por estabelecer um paradoxo jurídico, posto que ao mesmo tempo em que impediu o julgamento dos casos concretos, pelo próprio Poder Judiciário, teve que restabelecer uma interpretação que levava em consideração toda a experiência do conhecimento científico que até então havia sido desprezada.

O manejo do instituto da Reclamação em desfavor das decisões da Justiça do Trabalho forçou o Supremo Tribunal Federal, para reafirmar o fundamentalismo hermenêutico, a manutenção da vinculação ao salário mínimo. Na Reclamação nº 6.266/DF, manejada pela Confederação Nacional da Indústria, o então Ministro Presidente/Relator Gilmar Mendes, proferiu decisão, aplicando a Súmula Vinculante nº 4, determinando a

suspensão da aplicação da Súmula nº 228 do TST⁴⁰⁸, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade, ao fundamento de que:

[...] Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante nº 4 (RE 595.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 Informativo nº 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e ficado na Súmula Vinculante nº 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

Assim, ante a necessidade de adequação jurisdicional ao teor da Súmula Vinculante nº 4, tenho que outra não pode ser a solução da controvérsia senão a permanência da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, até a superveniência de norma legal dispondo em outro sentido ou até que as categorias interessadas se componham em negociação coletiva.

Na intenção de impedir o deslocamento dos julgamentos para os casos concretos, o Supremo Tribunal Federal, restabeleceu a interpretação anterior e, mesmo entendendo ser inconstitucional a vinculação ao salário mínimo na base de cálculo do adicional de insalubridade, afirmou, que enquanto não for editada lei prevendo a base de cálculo do adicional de insalubridade, não incumbe a Justiça do Trabalho definir outra base não prevista

⁴⁰⁸ O Tribunal Superior do Trabalho após a decisão do Supremo Tribunal Federal, alterou sua Súmula para além de modular os efeitos da decisão, suprir o vazio normativo conferindo à base de cálculo do adicional de insalubridade o salário base do trabalhador. na concepção de que a constituição enuncia uma ordem objetiva de valores ponderou sua decisão e, interpretando a Súmula Vinculante nº 4 como princípio e a sua Súmula nº 228 como regra, buscando o estabelecimento de norma geral e abstrata para a solução de casos concretos alterou sua redação e, aumentando a complexidade da relação entre capital e trabalho sopesou entre princípios e regras e, para evitar a anomia do direito, aplicou a regra considerando como base de cálculo para o adicional de insalubridade o salário básico. Este aumento de complexidade teve como consequência uma indecisão na aplicação da jurisprudência mantendo-se a anomia. **SUM-228 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO** (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

em lei, devendo permanecer o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

O reforço da posição do então Presidente da Corte Ministro Gilmar Mendes aparece no voto da Ministra Cármen Lúcia, ao indeferir liminar em reclamação ajuizada contra decisão da 1ª Vara do Trabalho de Cascavel, sob o fundamento de não vislumbrar contrariedade à Súmula Vinculante nº 4 do STF. Disse a Ministra:

Nesse exame precário, próprio das medidas liminares, não vislumbro o descumprimento da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal.

A uma, porque na fundamentação do ato reclamado, dando cumprimento à decisão liminar proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos das Reclamações ns. 6.266/DF, 6.275/DF e 6.277/DF, o Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Cascavel/PR deixou de aplicar a Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho.

A duas, porque, como assentado pelo Ministro Gilmar Mendes na decisão liminar da Reclamação n. 6.266/DF, tem-se ‘(...) *com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 4, [que] este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade*’ (DJ. 5.8.2008, grifos nossos).

Inexiste até a presente data lei ou convenção coletiva que regule a matéria, razão pela qual, embora inconstitucional a utilização do salário mínimo como indexador ou base de cálculo para fins de fixação de adicional de insalubridade, não parece ter havido qualquer contrariedade à Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal.

5. Pelo exposto, sem prejuízo de reapreciação da matéria no julgamento do mérito, indefiro a medida liminar pleiteada.” (Rcl 6830/PR-MC, Plenário, rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática publicada no Dje divulgado em 14/11/2008, págs. 61/62)

Seguindo a mesma posição, o Ministro Menezes Direito, deferiu liminar para suspender os efeitos da decisão da Juíza do Trabalho da 2ª Vara de Campinas, sob o fundamento de que, ao fixar o salário base como base de cálculo para o pagamento de adicional de insalubridade, não observou a parte final da Súmula Vinculante nº 4. Eis o teor da decisão concessiva da liminar:

“A reclamação trabalhista foi julgada parcialmente procedente, tendo o Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Campina/SP, assim determinado:

‘O respectivo adicional será calculado sobre o salário base, tendo em vista a recente Súmula Vinculante 4 do STF e posição atual o TST, manifestada a Sumula 228. Independente dos entendimentos recentes percebe-se que esta forma de calculo sempre se mostrou a melhor para fazer a integração da Constituição Federal e na intenção de minimizar os riscos inerentes ao trabalho. Mencionado adicional tem inegável natureza salarial e deve ser usado o mesmo critério do outro adicional similar, que o de periculosidade, havendo critério definido na lei, ou seja, no § 1º do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho’ (fl. 470).

Considero, nesse exame preliminar, que a decisão reclamada, a princípio, não observou a parte final da Súmula Vinculante nº 4, que impede o Judiciário de alterar a base de cálculo do referido adicional.

Ademais, na RCL nº 6266, o Ministro Gilmar Mendes, em 15/7/08, deferiu liminar para suspender a aplicação da Súmula nº 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade. Também o Ministro Ricardo Lewandowski, apreciando questão semelhante, na Rcl nº 6513/RS, deferiu, em 4/9/08, medida liminar para suspender o processamento de reclamação trabalhista.

Do exposto, defiro o pedido de liminar para suspender os efeitos da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Campinas, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 662.2004.032.15.00-4.” (Rcl 6873/SP, rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática publicada no DJe divulgado em 5/11/2008, págs. 111/112)

Ao restabelecer o Supremo Tribunal Federal como base de cálculo o salário mínimo, suspendendo a aplicação da Súmula/TST nº 228, em sua nova redação, não há de se falar em mudança do critério adotado para a base de cálculo do adicional de insalubridade – do salário mínimo para o salário básico. Como mencionado, a complexidade do caso concreto impôs ao Supremo Tribunal Federal, muito embora não reconheça, uma releitura da sua decisão, restabelecendo a própria Súmula nº 228 do TST em que vinculava a base de cálculo do adicional de insalubridade ao salário mínimo. O Tribunal Superior do Trabalho, diante das decisões preferidas em sede de Reclamação, ajustou o seu entendimento no sentido de que até que se tenha base normativa regulamentando a situação, a base de cálculo para o adicional de

insalubridade é o salário mínimo ou salário normativo (desde que previsto em convenção)⁴⁰⁹.

Preconizando a Constituição como uma ordem de valores, o Supremo Tribunal Federal tem efetuado seus julgamentos optando fortemente pela concepção adotada por Robert Alexy, segundo o qual as constituições mantêm dois componentes essenciais para a solução de problemas dos direitos fundamentais: regras e princípios. Ao entrarem em colisão, e, sendo a Constituição uma ordem concreta de princípios, para solucioná-lo, deve-se escolher, qual o valor possui mais peso, qual o princípio que, no caso concreto, está acima. O juízo de ponderação, será, em última análise, o fator de resolução desta tensão criada com a colisão. Portanto, para a solução de fatos, será necessário uma ponderação de interesses. Para Alexy,

As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos dois princípios tem que ceder ao outro. Contudo, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado nem

⁴⁰⁹ Neste sentido são os julgados da Eg. Subseção I de Dissídios Individuais do C. Tribunal Superior do Trabalho: EMBARGOS - ACÓRDÃO PUBLICADO POSTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO 1. O E. Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 4, publicada em 9/5/2008, entendeu que, por um lado, a Constituição vedou o uso do salário mínimo como base de cálculo e, por outro, não elegeu o salário ou a remuneração do trabalhador para esta função. 2. Conforme se extrai da transcrição dos debates ocorridos na sessão de julgamento do precedente que levou o E. STF a editar a aludida súmula vinculante, tem-se que esta deixa a resolução sob responsabilidade do Legislativo ou das partes coletivas, preservando, até a edição de norma específica ou convenção coletiva de trabalho, a base de cálculo historicamente utilizada. 3. Assim, o adicional de insalubridade, enquanto perdurar o vácuo legislativo em questão, deve ser pago nos moldes em que historicamente foi pago, conforme entendimento consagrado na Súmula nº 228 do TST, em sua antiga redação. (TST-E-RR-923/1999-002-17-00.5, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 27/03/2009); RECURSO DE EMBARGOS DO RECLAMANTE. DECISÃO PUBLICADA ANTES DA LEI 11.496/2007. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO EXCELSO STF. SUSPENSÃO LIMINAR DA SÚMULA Nº 228 DO TST. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM DECLARAÇÃO DE NULIDADE. Nos termos de r. despacho do e. Presidente do excelso Pretório, fixando a inteligência do julgamento que ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 4, -o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva- (R-6266-DF). Precedentes deste c. Tribunal. Recurso de embargos não conhecido. (TST-E-ED-RR-601/2000-001-17/00.4, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ 27/03/2009); ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE 4. ART.192 DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. REVIGORAMENTO TEMPORÁRIO. O STF editou a Súmula Vinculante 4, segundo a qual, -salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial -. Diante da lacuna legislativa daí decorrente, acerca da definição da base de cálculo do adicional de insalubridade, o Supremo Tribunal houve por bem preservar o salário mínimo como base de cálculo, até que sobrevenha lei ou norma coletiva dispondo sobre a matéria, revigorando, assim, o art. 192 da CLT, em razão do qual deve prevalecer a jurisprudência tradicional desta Corte adotada antes da edição da Súmula Vinculante 4. (TST-E-ED-RR-1000/2004-662-004-00.2, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 12/03/2009).

que no princípio desprezado há que introduzir um cláusula de exceção. Em certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão de precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; enquanto a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar para além da dimensão de validade, na dimensão de peso⁴¹⁰.

Contudo, em uma sociedade complexa, a adoção de mecanismo de solução de conflitos através de juízo de ponderação, acaba por aumentar a sua complexidade. Há a necessidade, para podermos interpretar os princípios constitucionais em conflito, de quebrarmos o caráter abstrato da norma, para a sua aplicação no caso concreto. Com isso, constata-se que a abundancia de valores antagônicos transforma a decisão judicial em um mecanismo arbitrário, no sentido axiológico. Considerando que para cada indivíduo, no caso, juiz, carrega consigo pré-concepções sobre a realidade social, e que a valoração ao princípio se dará pela escolha individual possibilitando uma maior abertura à subjetividade, temos como consequência, o surgimento de contradições, reduzindo-se a constituição a meramente um texto vazio, retirando-lhe sua força normativa.

Este foi o sentido do julgamento do RE 565.714, que frente a dois princípios constitucionais (dignidade humana do trabalhador, com garantia da Segurança de sua Saúde no ambiente de trabalho – art. 1º incisos III e IV, art. 3º, incisos III e IV, 7º, inciso XXII, XXIII c/c 225 da CRB/88) e o princípio econômico, ponderou-se (observa-se pelos próprios fundamentos do julgado e dos precedentes), prevalecendo o segundo.

Como nos ensina Menelick de Carvalho Netto, “o texto é muito mais aberto do que julgava Kelsen. Um quadro das leituras possíveis jamais poderá ser traçado, até porque esse quadro é móvel na História”⁴¹¹.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. (Segunda edición em castelhano) Tradución y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales: Madrid, 2007, p.70/71.

⁴¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick. **Racionalização do ordenamento jurídico e democracia**. Ob. Cit. p. 100.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do Poder Judiciário tomada de decisões que efetivem a constituição, retratando, construtivamente, os princípios e regras constitucionais, satisfazendo, a um só tempo, “a garantia da legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto”⁴¹².

Para Ronald Dworkin, tanto os princípios como as regras, devem necessariamente ser entendidos como normas, sendo a constituição composta por um sistema de regras e princípios com força normativa que não se contrapõe. São opostos que se complementam. Podem ser contraditórios sem se eliminarem reciprocamente, superando, desta maneira, os processos de otimização do tudo ou nada.

É através do conceito de integridade da constituição que Ronald Dworkin apresenta o Direito como uma comunidade de princípios. Para ele, há clara distinção entre duas formas de integridade ao arrolar dois princípios que se contrapõe, mas ao mesmo tempo se complementam:

A integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros participantes da criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça e da equidade (fairness) e do devido processo legal, mas isso não significa que, em algumas das duas formas assinaladas, a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior a outras virtudes.

[...]

O princípio da integridade na prestação da justiça não é de modo algum superior ao propósito do que os juízes devem fazer cotidianamente. Esse princípio é decisivo para aquilo que um juiz reconhece como direito. Reina, por assim dizer, sobre os fundamentos do direito

[...].

⁴¹² CARVALHO NETTO, Menelick. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. CATTONI, Marcelo (Coord.) **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: No Estado Democrático de Direito**. Mandamentos Editora: Belo Horizonte. 2004. P. 38

O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos definitivos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm, em princípio, de ter seus atos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma só voz⁴¹³.

A necessidade de uma releitura da teoria da recepção aparece no momento em que sua decisão está contagiada com a aplicação do tudo ou nada. Se recebida a norma pré-constitucional, mantém sua vigência e legitimidade. Não recebida, está automaticamente revogada, sendo extirpado do ordenamento jurídico desde a superveniência da nova constituição. Sendo a composição estrutural do ordenamento jurídico mais complexo que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, temos que ao aplicar a teoria da recepção, está a decisão a aumentar a complexidade do conflito ao invés de solucioná-lo.

É a situação imposta pela Súmula Vinculante nº 04 do STF no tocante a sua aplicação nas relações de trabalho.

Em uma análise perfunctória o Supremo Tribunal Federal aplicou a decisão a situações distintas e de alta complexidade. A decisão do tudo ou nada acabou por trazer a anomia ao direito do trabalho, uma vez que, sem sistema regulatório próprio, impôs ao empregado, cuja atividade é insalubre, obter, de seu empregador, o benefício da manutenção do pagamento do referido adicional.

E mais. Ao expressamente consignar ser proibido a substituição da base de cálculo por decisão judicial, retirou, do artigo 114 da Constituição da República, sua força normativa, impedindo o pleno exercício do Poder normativo, que ao fim e ao cabo, irá permitir, de fato, o retrocesso social.

O Direito moderno é voltado para a regulamentação de condutas futuras. A partir de normas gerais e abstratas busca-se a solução de conflitos. Os direitos sociais passam a ser interpretados como necessários, para a sua realização de leis. Assim, a constitucionalização dos direitos sociais do trabalho, consubstanciado nos artigos 6º, 7º e incisos, artigo 8º e

⁴¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 213/331.

incisos, 9º, 10, 11, passam a ser mitigados pela interpretação que exige a regulação como fator de validade do próprio texto constitucional.

A complexidade da sociedade contemporânea impõem ao julgador que a reduza, com sua decisão, a complexidade do caso. A concepção de que os direitos sociais do trabalho são direitos à espera de atuação positiva do legislador para, a partir do controle político Estatal, balancear com outros valores constitucionais, a sua efetivação acaba por gerar a anomia do direito. Os direitos sociais do trabalho passam a ser interpretados com a visão do passado, que, a partir da CLT, buscou-se a manutenção do *status quo ante* de conceitos já não mais albergados pelo novo texto constitucional.

Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais necessitam de uma interpretação que busque a sua máxima efetividade sob pena de reduzirmos os princípios constitucionais a meramente um texto (Menelick). A abstração ou mesmo sua indeterminação, nos leva a uma análise da teoria da linguagem, podendo afirmar que há uma única decisão correta para um caso concreto (Doworkin).

Nesse contexto, o principal desafio de uma hermenêutica constitucionalmente adequada é garantir aos direitos fundamentais a sua própria identidade e legitimidade a partir de tomada de decisões jurídico-democrática, que exigem por parte da jurisdição tomada de

[...] decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais⁴¹⁴.

A necessidade da releitura da teoria da recepção no Estado Democrático de Direito se faz necessário para que se possa garantir a partir da interpretação constitucional a aplicação adequada para a realização dos direitos fundamentais.

A validade da norma deve ser analisada como novação. Se a teoria da recepção, segundo Kelsen, é um procedimento abreviado de criação do Direito⁴¹⁵, a lei velha deixa de ser velha e passa a ser nova, uma vez que seu fundamento de validade está consubstanciado na nova constituição.

⁴¹⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. A. **Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 131.

⁴¹⁵ KELSEN, Hans. Ob. Cit. p.

Percebe-se, a ingenuidade com o papel da linguagem na medida em que este não poderá trazer a solução dos conflitos. Portanto, a teoria da recepção em um juízo negativo de constitucionalidade aumenta a complexidade sem sua redução. Somente na aplicação do caso concreto, e somente nele, é que haverá um fundamento de validade normativa.

O papel da jurisdição constitucional (direitos sociais) passa a ser fundamental para se garantir a aplicação do direito. O controle de constitucionalidade das leis pela via incidental possibilita a garantia dos direitos fundamentais a partir da reconstrução do seu papel no processo de fundamentação no paradigma do Estado Democrático de Direito. A tensão existente entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis deve ser analisada a partir da resgatabilidade discursiva de pretensões de validade normativa (Habermas)⁴¹⁶, a partir de uma concepção dos princípios constitucionais (Dworkin), e o seu papel nas sociedades modernas, para a busca de uma revisão da doutrina jurisprudencial de aplicação do direito. Portanto controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis são complementares.

⁴¹⁶Para Habermas a “jurisprudência de valores levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Böckenförde analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. [...] Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o Tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. [...] Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”. In **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 320.

2. A reconstrução da jurisdição constitucional: o resgate do controle concreto e difuso da constitucionalidade das leis

A reconstrução⁴¹⁷ da distinção normativa entre direito e política tem como finalidade trazer a memória⁴¹⁸ do direito como sujeito de direito constitucional afirmando uma identidade constitucional.

Para afirmar que um país tem uma legislação desenvolvida, é preciso que este adquira uma identidade constitucional, como nos ensina Michel Rosenfeld⁴¹⁹, capaz de garantir a legitimidade⁴²⁰ dos princípios básicos em um Estado Democrático de direito que é a igualdade e liberdade, aplicando-o integralmente. Estes dois grandes princípios constitucionais – igualdade e liberdade – que se opõe e se constituem reciprocamente⁴²¹, traduzindo-se concretamente nas diversas práticas sociais constitutivas de sua vida cotidiana⁴²².

⁴¹⁷ A reconstrução do direito situa-se no plano de uma explicação do significado. Através do sistema de direitos, explicitamos os pressupostos nos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna se apóiam quando pretendem legitimidade, sem apelar para motivos de ordem religiosa ou metafísica. HABERMAS, Jürgen, Vol. I, p. 169.

⁴¹⁸ Para Jacques Le Goff o “conceito de memória é crucial”. [...] A memória, como propriedade de conservar certas informações, remete-nos em primeiro lugar a um conjunto de funções psíquicas, graças às quais o homem pode atualizar impressões ou informações passadas, ou que ele representa como passadas. [...] A memória, na qual cresce a história, que por sua vez a alimenta, procura salvar o passado para servir o presente e ao futuro”. **História e Memória**. Tradução Bernardo Leitão [et. al]. 5ª Ed. Campinas-SP: Editora Unicamp, 2003. p. 419 e 471. Ainda sobre a memória, recomenda-se: Paul Ricouer, **La mémoire, l'histoire, l'oubli**. Éditions Du Seuil, 200. Rafael De Giorgi, **Direito, Tempo e Memória**. Tradução Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006. François Ost. **O tempo do direito**. Tradução Elcio Fernandes. Bauru-SP: Edusc, 2005. Paolo Rossi. **O passado, a memória, o esquecimento: seis ensaios da história das idéias**. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

⁴¹⁹ Para ele, “A identidade do sujeito constitucional é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos. [...] Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituinte com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade”. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003. p. 18.

⁴²⁰ Para Habermas, existe “uma diferença entre a legitimidade dos direitos e a legitimidade de um ordem de dominação, entre a legitimação de processos de normatização e a legitimação do exercício do poder político”. Vol. 2, p. 169.

⁴²¹ “Os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda a associação de membros jurídicos livres e iguais” Vol. 2, p. 169.

⁴²² Como nos ensina Menelick de Carvalho Netto, “As clássicas dicotomias que marcaram toda a construção e as distintas vivências constitucionais nos últimos dois séculos e meio de constitucionalismo não mais podem ser vistas como constituídas por pólos antagonicos e excludentes entre si. Ao contrário, todas essas dicotomias clássicas, como público e privado, soberania popular e constitucionalismo, igualdade e liberdade, republicanismo e liberalismo, etc. apenas aparentemente apresentam uma natureza paradoxal. Na verdade, seus pólos, embora efetivamente sejam opostos um ao outro, são também, a um só tempo, constitutivos um do outro, de tal sorte que instauram um rica, produtiva e permanente tensão, capaz de dotar a doutrina constitucional da complexidade

As reivindicações nas ruas por liberdade e por igualdade levantam publicamente a pretensão constitucional que as conduz sejam reconhecidas, daquele momento em diante, como igualdade, e exigem o respeito público à sua liberdade de serem diferentes⁴²³. Os debates sobre a dicotomia público e privado como opostos que se repelem devem ser revisitados a partir do Estado Democrático de Direito⁴²⁴. De outra parte, para a efetiva igualdade no respeito às diferenças, é necessário assegurar-se a esfera de liberdade para o exercício dessas diferenças. Tal esfera não requer (nem pode exigir) que tenhamos simpatia ou afeto por valores diversos dos nossos. Mas, a constituição impõe, sim, o respeito à liberdade, o respeito às diferenças reconhecidas como igualdade⁴²⁵.

Na tensão desses campos é que se encontra o sucesso mais retumbante da Constituição de 1988. A sua exigência principiológica de igualdade e liberdade, em um ambiente institucional democrático, permite a compreensão de que a igualdade é o direito à diferença, e de que a liberdade é a exigência pública (oponível a todos) do respeito ao direito privado de ser diferente. Trata-se de um processo contínuo, inesgotável, precisamente por que a cada ato de inclusão, a cada momento de respeito constitucional pela liberdade e pela igualdade, torna-se visível que outros ainda não foram incluídos, e que suas vozes não podem ser silenciadas em uma democracia⁴²⁶.

É por esse motivo que o rol de nossas garantias fundamentais expressamente não se apresenta como uma relação fechada de direitos. O texto constitucional admite no § 2º de seu artigo 5º que os direitos e garantias expressos “[...] não excluem outros decorrentes do regime

necessária para enfrentar problemas que ela antes nem era capaz de ver. Não há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam, em si mesmos, destinados a preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social. Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, por aí há autoritarismo. A igualdade reciprocamente reconhecida de modo constitucional a todos e por todos os cidadãos, uma vez que, ao mesmo tempo, a todos e por todos também reconhecida reciprocamente a liberdade, só pode significar a igualdade do respeito às diferenças, por embora tenhamos diferentes condições sociais e materiais, distintas cores de pele, diferentes credos religiosos, pertencamos a Gêneros distintos ou não tenhamos as mesmas opções sexuais, nos respeitamos ainda assim como se iguais fôssemos, não importando todas essas diferenças”. Prefácio *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

⁴²³ CARVALHO NETTO, Menelick.

⁴²⁴ Para Habermas, para que o “entrelaçamento jurídico entre autonomia pública e privada seja duradouro, é necessário que o processo da juridificação não se limite às liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos. Ele deve estender-se simultaneamente ao poder político – já pressuposto com o médium do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito”. Vol. 2. P. 169.

⁴²⁵ Da constituição co-originária e da interligação conceitual entre direito e poder político resulta uma ulterior necessidade de legitimação, ou seja, a de canalizar o poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito”. Habermas, vol 2,p.169.

⁴²⁶ CARVALHO NETTO, Menelick.

e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A Constituição, portanto, é um documento que no embate pelo sentido presente de seu conteúdo, permanece aberta para o futuro. Parafraseando o Prof. Menelick de Carvalho Netto, a abertura da constituição é o pulsar de um documento vivo. O sujeito constitucional há que permanecer como um processo vivo e aberto, que não pode ser corporificado, fechado, em nenhum ente, sob pena de se tornar o contrário dele próprio, privatizando o público e eliminando a liberdade enquanto direito à diferença.

A constituição contemporânea, dentro da sua constitucionalização, é, cada vez mais, passado, presente e futuro, sendo resultado de movimentos e costumes que inspiram o futuro, ou seja, as constituições se projetam para o futuro, olhando o passado, dentro de um processo de decisão histórico-constitucional. Por isso, passado e futuro se ligam através de uma única linha, sendo que os valores do passado orientam a busca do futuro, e portanto, uma contínua redefinição dos princípios constitucionais⁴²⁷.

A memória é a primeira forma do tempo jurídico para que se possa obter o início do próprio direito. Todos os acontecimentos que tragam algum sentido à existência coletiva e aos destinos individuais, devem ser certificados⁴²⁸. “Na falta de tais funções, surgiria o risco da anomia, como se a sociedade construísse sobre a areia”⁴²⁹.

Portanto, é a partir da afirmação de uma identidade constitucional construída dentro de um processo de decisão histórico-constitucional que a reconstrução da distinção normativa entre direito e política na perspectiva do Estado Democrático de Direito deve ser construtivamente “entendidas como projeto histórico que os cidadãos procuram cumprir a cada geração”⁴³⁰. Será a partir desta consciência coletiva que se poderá obter, uma ação político social que permita, no presente, projetar o futuro, a memória de um direito que possa estar vivo.

É esta missão, que para François Ost, é denominada de guardião da memória social que foi confiada aos juristas:

Não tanto, ou não somente, a título de arquivistas ou notários, conversadores dos atos passados; não tanto, ou não somente, como cérebros ciumentos das portas da legalidade; não tanto, ou não somente, como servidores apressados dos príncipes: o direito, bem o sabemos, nunca causou repugnância, nem à reescrita dos textos,

⁴²⁷ ZAGREBELSKI, Gustavo. **Historia y Constitución**. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Editorial Trotta S.A. Madrid – 2005. P. 30.

⁴²⁸ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes.p. 49.

⁴²⁹ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes.p. 49.

⁴³⁰ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**. P.238

nem ao deslocamento das fronteiras do proibido, nem mesmo à fabricação de novas legitimidades. Muito mais fundamentalmente, os juristas assumem seu papel de guardiães da memória, lembrando que, através mesmo de todas estas operações de deslocamento, opera alguma coisa como uma lei comum e indisponível que foi utilizada num dado momento do passado. Não uma injunção inicial e sagrada – se bem que, na história do direito a ‘lei comum e indisponível’ tenha muito freqüentemente assumido esta forma religiosa -, mas antes a consciência muito clara de que só se institui o novo com base no instituído – dito de outro modo; que há sempre uma parte indisponível, na medida mesma em que nenhuma instituição é absolutamente nova⁴³¹.

De fato podemos afirmar que quando uma nova Constituição entra em vigor traz a adequação do direito que a sociedade lutou para alterar. Portanto, fatos normativos novos passam a sere ditados. O resultado são novas formas de condutas a serem observadas quer pela sociedade, quer pelos interpretes da nova ordem constitucional. O “direito redefine seu passado e autoconstrói seu presente como espaço de liberdade, vale dizer, como extensão temporal que torna possível a previsão e a prospecção”⁴³².

Para Raffaele Di Giorgi,

O sistema é, ao mesmo tempo, sua memória e o destinatário dela. Isto vale também para o sistema jurídico. A memória não diferencia considerando uma finalidade e não se exaure com a construção de uma realidade ou com a repetição de uma operação, assim como o direito também não se esgota em um de seus estados. Estes devem se repetir continuamente. Em outras palavras: pretensões em torno do direito devem ser manifestadas e válidas. O direito deve poder produzir continuamente o tempo que consome em cada uma de suas operações. Deve poder observar. De poder empregar a distinção antes/depois tanto em relação ao seu ambiente, quanto a si próprio. O sistema deve poder utilizar a temporalização tanto para estabilizar sua função em contraposição ao ambiente, quanto para observar suas próprias operações⁴³³.

Para Habermas, no “Estado Democrático de Direito, o exercício do poder político está duplamente codificado: é preciso que se possam entender tanto o processamento institucionalizado dos problemas que se apresentam quanto a mediação dos respectivos

⁴³¹ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes.p. 50.

⁴³² DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 62.

⁴³³ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 63.

interesses, regrada segundo procedimento claros, como efetivação de um sistema de direitos”⁴³⁴. Por isso, no debate político que se confronta não é o indivíduo singularmente considerado, mas os agentes coletivos que debatem os aspectos coletivos a cerca da sua distribuição. O direito coletivo passa a ser o mecanismos próprio para a proteção do direito individual que somente será individualizado no momento de sua judicialização face ao discurso jurídico adotado para a proteção individualizada do direito⁴³⁵.

Nesta perspectiva, passado e futuro se interligam de forma que a linguagem do direito deixa de ser visto ontologicamente para ser analisado a partir de uma perspectiva teleológica⁴³⁶. Portanto, a relação entre o direito e o tempo para uma perspectiva de sua reconstrução, já se insinua, como afirma Luhmann:

na normatividade enquanto transposição temporal, e até mesmo já no caráter do direito enquanto estrutura de expectativas. A expectativa contem um horizonte futuro da vida consciente, significa antecipar-se ao futuro e transcender-se além daquilo que poderia ocorrer inesperadamente. A normatividade reforça essa indiferença contra eventos imprevisíveis, busca essa indiferença tentando assim desvenda o futuro. O que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do direito. Quanto futuro será necessário para que se possa viver sensatamente no presente, isso constitui uma variável essencialmente evolutiva, e ao reside o ponto onde as mudanças nas necessidades sociais invadem o direito⁴³⁷.

A crise do conceito moderno de constituição nos leva sempre à busca de respostas que possam garantir a existência da própria constituição⁴³⁸. Portanto, o que está em jogo desde o início, é o próprio futuro da constituição. A passagem para a modernidade e a construção de uma sociedade funcionalmente diferenciada, exigem que o direito se torne positivo, ou seja, que o direito deixe gradualmente de estar ligado à necessidade de fundamentação em um

⁴³⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**. P.238

⁴³⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**. P.238

⁴³⁶ Sobre os valores teleológicos, ver HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**, cap. 6, p. 253 et seq.

⁴³⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. p. 166.

⁴³⁸ Para Zagrebelski “O atual direito constitucional tem renunciado visivelmente a suas principais tarefas. Ao invés de tentar uma síntese histórico-cultural da época da Constituição como base para o futuro, seu objetivo principal é propor um manual de soluções dirigidas ao passado. Assim, o direito constitucional termina por configurar-se como uma contínua busca de mecanismos emergenciais, que são instrumentalizados em um sentido político. Deste modo, o direito constitucional se contenta continuamente em ser um subproduto da história e da política, ao invés de converter-se no mínimo em uma força autonomamente constitutiva tanto de uma como de outra. In **Historia y constitución**. P.27/28.

dever ético, uma tradição, ou, ainda, uma revelação, e passe a fundar-se tão somente em uma decisão a respeito do direito.⁴³⁹

Para a reconstrução do direito na perspectiva do Estado Democrático de Direito “há uma diferença entre a legitimidade dos direitos e a legitimidade de uma ordem de dominação, entre a legitimação de processos de normatização e a legitimação do exercício do poder político. Os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos, para toda associação de membros jurídicos livre e iguais”⁴⁴⁰.

Direito e política⁴⁴¹, portanto, passam a fundar-se em si mesmo, paradoxo básico da modernidade⁴⁴².

Para Menelick de Carvalho Netto,

É a diferenciação entre o direito superior, a Constituição, e o demais direito, que acopla estruturalmente Direito e Política, possibilitando o fechamento operacional, a um só tempo, do Direito e da Política. Em outros termos, é por intermédio da Constituição que o sistema da política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância ao Direito pode ser imposta de forma coercitiva. Nessa situação, os próprios órgãos legitimados pela Constituição voltam-se contra a sua base de legitimidade para devorá-la, tal como Cronos fizera com os seus próprios filhos. Revela-se a face brutal da privatização do público, do poder estatal instrumentalizado, reduzido a mero prêmio do eleito, visto com ‘as batatas’ a que faz jus o vencedor, no dizer de Machado. É o sentimento de anomia que passa a campear solto, vigoroso, alimentando-se a fartar das dificuldades que encontramos em recuperar as sementes de liberdade presentes em nossa Constituição, mergulhadas em nossa tradição. E as tradições de qualquer comunidade político-

⁴³⁹ PAIXÃO, Cristiano et alii BIGLIAZZI, Renato, **História Constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília-DF, Editora UnB, FINATEC, 2008, p. 15.

⁴⁴⁰ HABERMAS, V. I, p. 169.

⁴⁴¹ “A política e o Direito são vivencialmente sentidos e teoricamente reconstruídos como problemas seculares, a serem resolvidos, nos espaços públicos, secularmente por nós, homens como cidadãos, para que, ao mesmo tempo, pudéssemos ser sujeitos de direito, protegendo assim, publicamente, o espaço privado de cada um. Adota-se, como óbvio, o suposto, absolutamente improvável, segundo o qual, com vista à produção e à reprodução da sociedade, teríamos de nos colocar de acordo sobre tudo em todos os momentos”. CARVALHO NETTO, Menelick. **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais**. In Sampaio: p. 144.

⁴⁴² A relação interna entre direito e política, para Habermas, pode ser visto a partir de sua função estabilizadora de expectativas, “o direito apresenta-se como um sistema de direitos. Os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse nexos interno do direito com o poder político reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito subjetivo”. Vol 2, p. 170.

jurídica são sempre plurais, por mais autoritárias que possam ser as eventualmente vitoriosas ao longo da sua história⁴⁴³.

Em uma sociedade complexa, direito e política exercem papel fundamental para a garantia das relações sociais, a partir de uma integração que traga, ao fim e ao cabo a própria afirmação dos direitos fundamentais⁴⁴⁴. Portanto, a tensão entre direito e política é constitutivo do próprio sistema a que se pretende implantar impedindo as posições de império quer do Estado⁴⁴⁵, quer do direito,⁴⁴⁶ como constatamos por diversas vezes ter ocorrido no século XX, na medida em que a

produção de direito legítimo através de uma política deliberativa configura, pois, um processo destinado a solucionar problemas, o qual trabalha com saber, ao mesmo tempo em que o elabora, a fim de programar a regulação de conflitos e a persecução de fins coletivos. De um certo modo, a política tapa buracos funcionais que se abrem devido à sobrecarga advinda de outros mecanismos de integração social. Nisso ela se utiliza da linguagem do direito. Pois o direito é um *médium* que possibilita o traslado das estruturas de reconhecimento recíproco – que reconhecemos nas interações simples e nas relações de solidariedade natural – para os complexos e cada vez mais anônimos domínios de ação de uma sociedade diferenciada funcionalmente, onde aqueles estruturas simples assumem uma forma abstrata, porém impositiva. Internamente, porém, o direito se estrutura de tal forma que um sistema político, configurado juridicamente, só pode continuar as realizações naturais de integração – que se realizam sob o nível de articulação de direito formal – num nível reflexivo. Ou seja, a integração social, realizada politicamente, tem que passar através de um filtro discursivo. Onde outros reguladores fracassam – como é o caso dos padrões de coordenação que se apóiam em valores, normas e rotinas de entendimento convencionais – a política e o direito conseguem elevar, de certa forma, os processos solucionadores de problemas

⁴⁴³ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. p. 25/26

⁴⁴⁴ “O direito à proteção jurídica individual concretiza-se em direitos fundamentais que apóiam pretensões a uma justiça independente e imparcial nos julgamentos. E estes pressupõem a instalação de um tribunal organizado politicamente, que reivindica o poder de sanção do Estado, a fim de proteger e desenvolver o direito nos casos litigiosos, onde se faz mister uma decisão autoritativa”. Habermas, Vol.2, p. 171

⁴⁴⁵ “a formação da vontade política, organizada na forma do legislativo, depende de um poder executivo em condições de realizar e implementar os programas acordados. Isso atinge o aspecto central, sob o qual o Estado se transforma numa instituição para o exercício burocrático da dominação legal”. Habermas, vol. 2. P. 171.

⁴⁴⁶ “O direito `positivação política autônoma do direito concretiza-se, finalmente, em direitos fundamentais que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos”. Habermas. Vol. 2 p. 171.

acima do limiar da consciência. O processo político soluciona o mesmo tipo de problemas enfrentados pelos sobrecarregados processos sociais que ele substitui⁴⁴⁷.

Em síntese, para Habermas:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim implicações jurídicas objetivas, contidas in nuce nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele; ele mesmo estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais⁴⁴⁸.

Todavia, a reconstrução proposta da distinção normativa entre direito e política requer a análise a partir de um nivelamento entre norma e realidade e, portanto, enquanto facticidade social, ou seja, para a tensão entre facticidade e validade que habita o direito⁴⁴⁹.

Neste ponto reside, em especial, a problemática da interpretação constitucional. Sob a perspectiva do paradigma positivista em um Estado de Direito, sucintamente descrito anteriormente, como bem nos ensina Menelick de Carvalho Neto, a atividade hermenêutica tem a característica, por essência, de ser uma atividade de compatibilização da norma com a realidade fática, através de um processo automático de subsunção, uma atividade mecânica, resultante da leitura dos textos que deveriam ser claros e distintos.

⁴⁴⁷ HABERMAS, V. II, p. 45/46.

⁴⁴⁸ HABERMAS, V. II, P. 173.

⁴⁴⁹ Para Habermas, esta “tensão se apresenta inicialmente na dimensão da validade do direito – como a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito – e no interior dos sistemas de direitos – como a (tensão) entre autonomia pública e privada. Com a idéia do Estado de direito, amplia-se a perspectiva.[...]A análise conceitual consegue explorar a tensão entre facticidade e validade que sobrecarrega o poder político enquanto tal, porque esta mantém uma relação interna com o direito, através do qual ele precisa legitimar-se”. Vol 2, p. 174.

3. A tensão constitutiva do controle de constitucionalidade das leis: a complementariedade do controle difuso e concentrado.

Sendo a constituição cada vez mais passado, presente e futuro que se projeta para o futuro reconstruindo o passado, a abertura da Constituição de 1988 reafirma o papel do controle difuso de constitucionalidade a partir da própria ampliação da função social da jurisdição que tem como suposto a constituição. O controle de constitucionalidade somente se tornará eficaz quando romper com a crença de que o direito posto se dá a partir de uma atividade de compatibilização da norma com a realidade fática, com subsunção automática por meio de uma atividade mecânica, em que retira do julgador sua capacidade de analisar, e de se libertar das leituras de textos de maneira literal, fixando o seu significado como único e imutável.

Gadamer ao desenvolver o fundamento filosófico da hermenêutica apresenta o círculo hermenêutico que sob novo aspecto adquire importância fundamental. Para ele “não se trata somente da relação formal entre a antecipação do todo e a construção das partes, corresponde à regra de ‘decompor e recompor relação que de fato constitui a estrutura circular da compreensão de textos’⁴⁵⁰. Neste aspecto o círculo hermenêutico ganha relevo em seu conteúdo na medida em que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento⁴⁵¹.

Para Gadamer,

A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. Assim, ‘todo encontro significa a “suspensão” de meus preconceitos, seja o encontro com uma pessoa com quem aprendo a minha natureza e os meus limites, seja com uma obra de arte ou com um texto; e é impossível contentar-se em “compreender o

⁴⁵⁰ GADAMER, Hans-Gerog, FRUCHON, Pierre (org). **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 13.

⁴⁵¹ GADAMER, Hans-Gerog, FRUCHON, Pierre (org). **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 13.

outro”, quer dizer, buscar reconhecer a coerência imanente aos significados-exigências do outro. Um outro chamado está sempre subentendido. Tal como uma idéia infinita, o que também está subentendido é uma exigência transcendental de coerência na qual tem lugar o ideal de verdade. Mas ainda é necessário que eu esteja disposto a reconhecer que o outro (humano ou não) tem razão e a consentir que ele prevaleça sobre mim⁴⁵².

O exercício do controle de constitucionalidade das leis exige que a finalidade última seja a própria Constituição, a sua realização, e não a rigidez do sistema de controle de interpretação de normas. Se toda a compreensão implica sempre uma pré-compreensão, como nos ensina Gadamer, a realização da Constituição ocorrerá na medida em que a relação entre o controle difuso e concentrado não sejam vistos e interpretados como modelos distintos, mas complementares.

A legitimidade do controle de constitucionalidade das leis não se dá de acordo com o sistema posto ou muito menos pressuposto, entre o difuso e o concentrado⁴⁵³, mas a partir do momento em que o cidadão se veja participe do processo de decisão. Seja um interprete da constituição não somente enquanto um ato sugestivo e de ideário mas de participação efetiva.

A importância de Peter Haberle da abertura da interpretação constitucional é retomada neste momento para que se possa fixar os parâmetros democráticos de um sistema de controle de constitucionalidade das leis que não se tenha, no momento do seu exercício interpretativo, a pré-compreensão da situação questionada, que venha a ser decidida *in abstracto*, desprezando a experiência vivida e conquistada por toda a sociedade. Da mesma forma, neste mesmo

⁴⁵² GADAMER, Hans-Gerog, FRUCHON, Pierre (org). **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 13.

⁴⁵³ Michel Rosenfeld aponta que independentemente do sistema do controle de constitucionalidade proposto, quer pelo judicial review que suponha que este controle seja acionado por fatos, ou seja, que a decisão ocorra a partir da mediação aplicada a fatos particulares ligados a uma controvérsia real entre as partes ou mesmo pelo controle abstrato existentes em alguns países Europeus e ainda o preventivo, como na França, há uma crítica forte tendo em vista o ativismo jurídico existentes em suas decisões. Para Rosenfeld, “a jurisdição constitucional norte-americana tem sido muito mais veementemente atacada por ser indevidamente política do que sua contraparte europeia”. Para ele em todos os sistemas de controle de constitucionalidade há uma atuação política forte quando das decisões. Afirma que “a tradição do precedente (comon law) proporciona tipicamente aos juizes uma latitude interpretativa ampla, enquanto a tradição do direito civil prevemente na Europa tende a circunscrever o âmbito de aplicação da interpretação judicial de forma muito mais estreita. Seja como for, a interpretação judicial expansiva da constituição fomenta críticas muito maiores nos Estados Unidos do que na Europa, como evidencia a famosa dificuldade ‘contramajoritária’. **Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e Contrastes**. In **Limites do Controle de Constitucionalidade**. ALPINO BIGONHA, Carlos e MOREIRA, Luiz. Tradução do Inglês: Adauto Villela, Julia Sichieri Moura e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 178.

paradigma democrático, não se pode desconsiderar a possibilidade do expansionismo interpretativo no momento do processo de decisão de forma difusa.

A abertura da constituição vincula o intérprete, portanto, ao sistema de controle de constitucionalidade das leis, a abertura da interpretação constitucional sem o “fechamento” tradicionalmente aplicado nestes mesmos sistemas. É a partir da abertura constitucional que se requer que o confronto do novo ocorra a partir da mediação do antigo, permitindo um modelo permanente de diálogo⁴⁵⁴, permitindo que vivencie as situações a partir da experiência⁴⁵⁵ do passado em um processo de contínua reconstrução.

É esta abertura que para Habermas se permite a

estrita correspondência entre a vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da

⁴⁵⁴ GADAMER, Hans-Gerog, FRUCHON, Pierre (org). **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 14.

⁴⁵⁵ Gadamer afirma que “Toda experiência é confronto, já que ela opõe o novo ao antigo, e, em princípio, nunca se sabe se o novo prevalecerá, quer dizer, tornar-se-á verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeito e previsível reconquistará finalmente a sua consistência. Sabemos que, mesmo nas ciências empíricas, como Kuhn em particular o demonstrou, os conhecimentos novamente estabelecidos encontram resistências e na verdade permanecem por um tempo ocultos pela ‘paradigma’ dominante. O mesmo ocorre fundamentalmente com toda a experiência. Ela precisa triunfar sobre a tradição sob pena de fracassar por causa dela. O novo deixaria de sê-lo se não tivesse que se afirmar contra alguma coisa”. **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 14.

law in public action. (personalização, pluralização da interpretação constitucional)⁴⁵⁶.

O controle de constitucionalidade das leis deve estar vinculado a Constituição. O seu exercício deve permitir a liberdade da aplicação dos seus princípios reconhecendo a integridade do direito e da constituição. O exercício desta liberdade a partir de um modelo de aplicação permitirá que a Constituição não seja objeto de interpretação defendida de maneira sitiada, sendo defendida de maneira tradicional, ou seja, a partir de um fundamentalismo hermenêutico.

Daí a necessidade de uma relativização da interpretação constitucional jurídica que para Haberle assenta-se nas seguintes razões:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;
2. Na posição que antecede a interpretação constitucional ‘jurídica’ dos juizes (*In Vorfeld Juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de ‘participante do processo constitucional’ (am Verfassungsprozess Beteiligte) relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (die pluralistische Öffentlichkeit) desenvolve força normatizadora (normierende Kraft). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública.
3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta da iniciativa de eventuais interessados.

⁴⁵⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermeneutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1997, p. 30.

Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação pro parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional⁴⁵⁷.

O controle de constitucionalidade das leis servirá a partir da abertura da interpretação constitucional, como mediador dos conflitos constitucionais, exercidos mediante um processo constitucional plural e aberto. Haberle aponta para a necessidade do papel de mediador do constitucionalista já que o resultado

de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (Vobehalt der Bewädhrung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-sea mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são os participantes fundamentais no processo de *trial and error*, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (die pluralistische Öffenlichkeit und Wirkchkeit), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermeneutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1997, p. 42.

⁴⁵⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermeneutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1997, p. 43.

Qualquer possibilidade de se fechar o controle de constitucionalidade das leis, quer mediante o controle difuso, quer mediante o controle concentrado, retirar-se-á, da interpretação constitucional, a possibilidade de aplicação de direitos, cuja legitimidade se dará a partir do processo constitucional, e não no processo constitucional. A decisão constitucional tornar-se-á legítima quando todo o processo constitucional for levado em consideração, ou seja, não seja fechado a apenas um sistema mas que o sistema misto brasileiro seja utilizado como complementares.

Conclusão

No mundo contemporâneo o poder⁴⁵⁹ deve ser sempre pensado como uma forma de diminuições de tensões, consequentemente, como redução de complexidades. A Constituição brasileira de 1988 trouxe este pensamento, assegurando uma jurisdição constitucional aberta ao manter o sistema misto do controle de constitucionalidade das leis brasileira: o sistema difuso e o concentrado.

O sentido normativo da Constituição, no Estado Democrático de Direito, impõe a participação ativa da sociedade civil. Requer, assim, que o seu texto seja dia a dia interpretado, a partir da existência concreta de atuação da sociedade. A impossibilidade desta atuação gera como consequência, a crise de legitimidade.

A abertura do § 2º do artigo 5º da CRB/88, nos remete a uma análise dos direitos fundamentais a partir da integridade do direito, em que os densifica, apontando a diferença entre interpretação constitucional e abuso de direito. Nos remete à concretude da norma e seu conteúdo abstrato em uma tensão constitutiva⁴⁶⁰, em que se afirma os direitos fundamentais expressamente enumerados ou não⁴⁶¹, incluindo as relações internacionais e a aplicabilidade dos tratados de direitos humanos.

O ativismo judicial crescente, para a afirmação e concretização dos direitos fundamentais, tem nos apresentado como um mecanismo de reproduzir o passado no presente, impedindo a projeção de um futuro que reconstrua o passado a partir de um exercício hermenêutico. É no exercício de uma hermenêutica constitucionalmente adequada que marcará a distinção entre densificação e descumprimento dos princípios fundamentais. Somente ao enfrentar a situação concreta, em sua aplicação, impondo normas adequadas para garantir a efetiva integridade do direito, é que se fixará, que a constituição constitui uma comunidade de princípios de pessoas livres e iguais, a partir de sua diferença.

⁴⁵⁹ Michel Foucault situa esta relação de poder do soberano em um momento em que denomina de *biopoder*. Neste aspecto, houve uma transição entre o poder do soberano de “fazer morrer e deixar viver [soberania]” passando para “fazer viver e deixar morrer [biopoder/biopolítica]. A transição da centralidade de poder saiu da esfera do absoluto recaindo para uma obrigação de não fazer, ou seja, uma biopolítica da vida. FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. Tradução. Maria Ermantina Galvão. Martins Fontes: São Paulo. 2005.p.287.

⁴⁶⁰ CARVALHO NETO, Menelick e SCOTTI, Guilherme, in **Limites Internos e Externos e o ‘Conflito de valores’**. Texto apresentado no Centro de Estudos à Distancia – CEAD-UnB no Curso de Especialização em Direito Constitucional da UnB.

⁴⁶¹ DWORKIN, Ronald. **The concept of unenumerated rights**. University of Chicago Law Review 59, 1992.

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade tem como escopo o debate entre a jurisdição comum (civil e do trabalho) e a jurisdição constitucional. A partir de uma proposta de “racionalidade” do Poder Judiciário e garantia do poder das decisões do Supremo Tribunal Federal, justifica-se a abstrativização, com a diminuição de processo e eliminação da complexidade dos conflitos sociais.

A tensão existente entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade, a partir de uma visão maniqueísta do tudo ou nada, tem como pressuposto a discussão das estruturas de poder dentro do próprio Judiciário. Poder de autoridade, de decisão, de interpretação, de aplicação da Constituição, a partir de preconceitos que perpassam pelo direito e a política. Ou seja, quem interpreta a Constituição?

A autonomização do Supremo Tribunal Federal em relação à vivência constitucional, pode provocar o efeito perverso do fundamentalismo hermenêutico, a partir da imposição de uma forma de agir e interpretar o direito, ignorando a complexidade da sociedade e da prática judicial do federalismo brasileiro.

Como demonstrado no decorrer do presente trabalho, os direitos sociais do trabalho, tem sido reduzido a meramente um texto. Um reducionismo que parte das posições fechadas praticadas pelo controle concentrado de constitucionalidade que, desprezando a experiência constitucional, retira o seu conteúdo normativo necessário para a sua concretização. A constitucionalização dos direitos sociais aponta para que sua interpretação ocorra de forma ativa, constitucionalmente adequada.

A jurisdição constitucional do trabalho, por ser eminentemente difusa, tem sofrido os ataques de um fundamentalismo hermenêutico, em que os direitos sociais são, na realidade, o alvo principal da concentração do decisionismo judicial. A desconsideração do papel estruturante da própria complexidade social retira da decisão a sua legitimidade, na medida em que autonomiza a interpretação da Constituição, desprezando a dinâmica de aquisição que ela própria inaugura.

A tensão constitutiva dos direitos sociais do trabalho surge a partir da concepção de poder, capital e trabalho. Nesta relação, o poder está na possibilidade de alguém impor determinadas condutas, na medida em que a sua existência se dá para concretizar uma idéia. Por isso, os interesses são contrapostos.

Esta tensão começa a diminuir na medida em que os atores envolvidos passam a perceber que a situação conflituosa entre o capital e trabalho poderia, sem deixar de lado seus postulados, reduzir, através de uma efetiva participação. Trabalhadores e empresa podem atuar, associando participação e conflito.

É a partir da teoria e da práxis da jurisdição constitucional do trabalho que a tensão existente entre o capital e o trabalho, quando judicializada, poderá obter a redução da zona de confronto, para que os opostos se tornem complementares.

No constitucionalismo contemporâneo não há espaço para decisões fechadas, que concentram e limitam as possibilidades de aplicação concreta do texto normativo. A racionalização do procedimento jurisdicional retira a visão coerente da decisão, impedindo o diálogo permanente com o mundo real, esgotando, num sistema lógico, a totalidade do real.

O fechamento da interpretação constitucional traz como consequência a perda de uma racionalidade jurídica com a imposição de interpretações de autoridade⁴⁶² que hermeneuticamente substituem os próprios valores da sociedade. A insistência na imposição política, no sentido de se garantir a segurança jurídica somente através da concentração das decisões, ou seja, a partir do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, vem afirmar a crença de que a solução dos conflitos da sociedade serão dadas a partir de textos, necessitando, desta forma, de uma única interpretação.

Os direitos sociais do trabalho, por serem altamente complexos, não podem ser mais interpretados a partir de um sistema tradicional, atribuindo à norma a própria simplicidade da solução dos conflitos. Não se pode analisar os direitos sociais a partir de concepções

⁴⁶² Para Hanna Arendt, a crise de autoridade na modernidade gerou, no século XX, o nascimento dos regimes autoritários. Para Arendt, o conceito de autoridade na modernidade se altera uma vez que não há qualquer possibilidade de uma leitura do que foi, de forma natural, o conceito de autoridade na antiguidade. Na modernidade, autoridade e poder não se confundem posto que “A autoridade, em contraposição ao poder (potestas), tinha suas raízes no passado, mas esse passado não era menos presente na vida real da cidade que o poder e a força dos vivos”. ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. trad: Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo. Editora perspectiva, 3ª Edição, 1992. Capítulo 3, p. 164.

neutras⁴⁶³, em que as situações sociais – capital e trabalho – são vistas como iguais dogmaticamente. A ciência social do Direito exige, no Estado Democrático de Direito, que a interpretação, dos direitos sociais, leve em conta toda a experiência do passado, exercida com a participação da sociedade, não se restringindo a posições dogmáticas, sob pena de desconfigurar o próprio Direito.

Como afirma Roberto Lyra Filho, “o ponto essencial é que a ciência moderna já mostrou que não se ‘interpreta’, primeiro, para, depois, criticar, pois o elemento crítico, tanto quanto o conformista, já estão presentes na interpretação”⁴⁶⁴.

Para Lyra Filho, o cientista social, o jurisconsulto, há de evitar, simultaneamente, o sectarismo e a pseudo-neutralidade. Para ele, a neutralidade da interpretação acaba

castrando o Direito e, se diz ‘eu não faço política’, realmente já está fazendo o que nega, inclusive quando troca o Direito pela norma estatal e reduz a liberdade ao que sobra do banquete pantagruélico da dominação. Mais: ele se recusa a admitir que existe o banquete, escondido sob a ficção do Estado isento, superior aos conflitos sociais e emissor de preceitos ‘indeclináveis’, para ‘garantir a paz social’ (rectius: para garantir a ‘liberdade’ das classes, grupos e povos dominantes de comer ‘em paz’ os quitutes do privilégio).

[...]

O ‘neutro’ é um reacionário encabulado e não tem a coragem e a franqueza de confessar que é moço de recados da dominação que mascara.

Por outro lado, o sectário não é, de fato, um cientista, já que traz, prefabricados e inabaláveis, a descrição, a explicação e o próprio princípio explicativo⁴⁶⁵..

Portanto, o problema não está em se fazer uma opção entre a neutralidade e uma interpretação aberta, mas entre uma neutralidade fingida e a abertura da interpretação que não teme a existência dos fatos e, “se não parte nu, para a pesquisa de campo, também não

⁴⁶³ Ao desprezar a experiência da vida constitucional do passado, concentrando a decisão, buscar-se a neutralidade da interpretação constitucional.

⁴⁶⁴ LYRA FILHO, Roberto. **Pesquisa em que Direito?** Brasília-DF: Edições Nair Ltda, 1984, p. 33.

⁴⁶⁵ LYRA FILHO, Roberto. **Pesquisa em que Direito?** Brasília-DF: Edições Nair Ltda, 1984, p. 34.

canoniza a vestimenta e está sempre disposto a remendá-la, quando e como lhe exigir o rasgão produzido pela realidade manifesta”⁴⁶⁶.

Como afirma Gadamer:

Quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que impor é dar-se conta dos próprios pressupostos, afirma de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais⁴⁶⁷.

A redução da jurisdição constitucional do trabalho do sistema difuso para o sistema concentrado de constitucionalidade, aponta para um desprezo de suas decisões, eliminando a possibilidade concreta de uma interpretação aberta dos direitos sociais do trabalho.

Com demonstrado neste estudo, o Tribunal Superior do Trabalho tem desprezado a sua potencialidade de uma interpretação constitucionalmente adequada quando aposta na alteração do artigo 894 da CLT limitando sua jurisdição com a renúncia expressa da jurisdição constitucional.

Ficou demonstrado que a postura da interpretação constitucional concentrada, dos direitos sociais, reduziu a esfera ativa de participação da sociedade no processo de decisão, como fixado pela Constituição de 1988.

No Capítulo I, ficou demonstrado que o debate travado, no Supremo Tribunal Federal, sobre o alcance hermenêutico dos direitos fundamentais dos servidores públicos, ficou restrito a repetir o passado sem o reconstruí-lo. Negou-se, aos servidores públicos, o direito de cidadania, ao retirar a aplicação dos direitos fundamentais institucionais coletivos –

⁴⁶⁶ LYRA FILHO, Roberto. **Pesquisa em que Direito?** Brasília-DF: Edições Nair Ltda, 1984, p. 35.

⁴⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução Enio Paulo Giachini. 8ª Ed. Petrópolis-RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2007, p. 408.

competência especializada da jurisdição e negociação coletiva – desprezando a experiência democrática e a própria experiência da jurisdição difusa.

No Capítulo II, ficou demonstrado, também, que o fundamentalismo hermenêutico não se restringe à imposição do Supremo Tribunal Federal em ter o controle, ou seja, o único Guardião da Constituição. A própria Justiça do Trabalho, ao pretender o controle das suas decisões, a partir de uma racionalidade jurídica, se submete ao fundamentalismo, renunciando à jurisdição constitucional, negando interpretar a Constituição. Reduz a Constituição a meramente um texto ao interpreta-la como regra.

No Capítulo III, constata-se que a integridade dos direitos sociais são os desafios da democracia constitucional. A validade, eficácia, legitimidade e efetividade dos direitos sociais do trabalho somente se completará, no Estado Democrático de Direito, se reconstruirmos os pressupostos postos na Constituição como o conceito de autonomia e liberdade sindical.

No Capítulo IV, constata-se que a concentração das decisões, a partir do controle concentrado de constitucionalidade, repercute nos direitos sociais gerando a própria anomia do direito.

Encontra-se no sistema misto do controle de constitucionalidade a conjugação de um procedimento de investigação e interpretação do texto. Portanto, a realização do texto constitucional somente ocorrerá quando o fato normativo for interpretado de forma a que lhe devolva o seu sentido normativo.

O procedimento de investigação pode ser aplicado ao mesmo tempo ao fato normativo e ao texto para que se possa obter desta, a homogeneidade do sentido da interpretação.

Não se está, como já afirmado no curso do trabalho, a defender, uma posição manequista, entre o controle concentrado de constitucionalidade ou o controle difuso de constitucionalidade. A proposta da presente investigação é exatamente a apontar que o controle difuso e concentrado, poderá resultar em um modelo de concretização dos direitos sociais do trabalho, posto que admite ou convive com uma maior flexibilidade de interpretação.

Rosenfeld ao tratar sobre a Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos, aponta os seus paradoxos e contrastes. Para Rosenfeld,

Paradoxalmente, contudo, a jurisdição constitucional norte-americana tem sido muito mais veementemente atacada por ser indevidamente política do sua contraparte européia. Certamente, a tradição do precedente (Common Law) proporciona tipicamente aos juizes uma latitude interpretativa ampla, enquanto a tradição do direito civil prevalente na Europa tende a circunscrever o âmbito de aplicação da interpretação judicial de forma muito mais estreita. Seja como for, a interpretação expansiva da constituição formenta críticas muito maiores nos Estados Unidos do que na Europa, como evidencia a famosa dificuldade ‘contramajoritária’. De forma mais geral, as diversas diferenças entre a jurisdição constitucional norte-americana e a européia – e essas diferenças incluem os contrastes observados acima, mais outras variações distintivas tais como as que existem hoje entre o Rechtsstaat alemão, o État de droit francês e a concepção norte-americana de Estado de Direito, a preocupação norte-americana como o ‘originalismo’, que falta na Europa, e o foco norte-americano nos ‘freios e contrapesos’ que não têm contraparte na Europa – levaram a múltiplos paradoxos⁴⁶⁸.

Conclui, Rosenfeld, o seu trabalho, afirmando que:

A jurisdição constitucional atualmente goza de menos legitimidade nos Estados Unidos do que na Europa, em consequência de uma inter-relação entre fatores estruturais e institucionais, de um lado, e fatores contextuais, do outro. As diferenças contextuais predominantes, em última instância, parecem ter mais peso, visto que as profundas divisões quanto a valores fundamentais encontradas nos Estados Unidos não parecem se replicar em qualquer parte da Europa ocidental. Pelas razões observadas ao longo deste artigo, as características estruturais e institucionais predominantes na Alemanha e, em menor escala, aquelas encontradas na França, parecem mais bem adaptadas do que suas contrapartes norte-americanas à tarefa de evitar as profundas divisões que prevalecem nos Estados Unidos.

⁴⁶⁸ ROSENFELD, Michel. **Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes**. In: **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs). Tradução Aduato Vilela, Geraldo de Carvalho, Julia Sichieri Moura e Eliane Valadares Santos. Revisão Eliane Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 178/179.

Ainda assim, os aparatos estruturais e institucionais nacionais e supranacionais encontrados atualmente na Europa podem não ser capazes de embotar o efeito das dramáticas divisões quanto a valores fundamentais e, assim, podem não ser capazes de ajudar a evitar crises de legitimidade em relação à jurisdição constitucional.

A resistência às decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, tal como aconteceu na Bavária após a ordem de remoção de crucifixos de salas de aulas em escolas primárias públicas, pode ser isolada, como enfatizou Dieter Grimm. Não obstante, é possível imaginar divisões maiores dentro da Alemanha e de outros países europeus à medida que uma sociedade cada vez mais heterogênea, tanto no sentido secular quanto no religioso, lutam para manter a harmonia na esfera pública. Igualmente, à medida que a União Europeia se expande e adota a sua própria constituição, não está claro se o Continente mover-se-á em direção a uma maior unidade ou a maiores divisões. E, se divisões ocorrerem, não está claro se os juízes constitucionais ou os juízes nacionais serão vistos como detentores de uma parte significativa da responsabilidade. Em qualquer caso, parece claro que, sem um consenso viável quanto a valores fundamentais, é improvável que a jurisdição constitucional seja amplamente aceita como legítima⁴⁶⁹.

Portanto, a crise de legitimidade de um sistema de controle de constitucionalidade não se dá pela existência de um modelo fechado, único ou mesmo misto, como no Brasil. A crise de legitimidade ocorrerá a partir de uma prática constitucional em que o texto constitucional e os fatos normativos se distanciam quando da sua aplicação.

O alargamento da interpretação do texto abrange a unidade profunda entre o fato normativo e o texto. Será a tensão constitutiva entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade que se poderá reformular a aplicação da teoria à praxis a partir de uma hermenêutica constitucionalmente adequada. Esta reformulação se desloca para uma metalinguagem consistente na construção mais apropriada à natureza dos fatos, ou seja, à sua concretude, cujo jogo de linguagem possibilitará a distinção normativa entre o motivo e a causa para a adequabilidade do fato normativo ao texto.

⁴⁶⁹ ROSENFELD, Michel. **Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes**. In: **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs). Tradução Aduato Vilela, Geraldo de Carvalho, Julia Sichieri Moura e Eliane Valadares Santos. Revisão Eliane Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 218/219.

A jurisdição constitucional brasileira enquanto um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis deve ser classificada entre as ciências sociais críticas. Segundo Habermas, ciências guiadas pelo interesse de garantir a emancipação e motivadas, em última hipótese, pela aspiração a recuperar a força do *sef reflexion*.

A aplicabilidade da jurisdição constitucional a partir do sistema misto de controle de constitucionalidade das leis como uma tensão constitutiva possibilita, o que Paul Ricoeur denomina de hermenêutica mais profunda, a integração, a partir de um modelo complexo de interpretação, o momento da explicação casual e o da compreensão do sentido. O ponto de partida se encontra na própria compreensão falsificada que o indivíduo toma de si mesmo. O ponto de chegada, está numa compreensão mais penetrante, mais lúcida, momento em que a consciência retorna enriquecida daquilo que ela primeiramente não reconheceu, depois explicou, enfim compreendeu⁴⁷⁰.

A reconstrução da jurisdição constitucional brasileira, no marco do Estado Democrático de Direito, somente ocorrerá, quando a tensão entre o controles de constitucionalidade difuso e concentrado forem aceitos e aplicados como constitutivos, para que a interpretação constitucional seja aplicada de forma aberta, a partir de uma comunidade de princípios, superando o fundamentalismo hermenêutico.

A garantia constitucional dos direitos sociais do trabalho somente poderá ser assegurada, preservando-se a essência da jurisdição constitucional brasileira, que se expressa, pelo respeito às decisões judiciais, que enfrentam, cotidianamente, a questão de inconstitucionalidade concreta, quando da solução dos conflitos sociais.

⁴⁷⁰ RICOUER, Paul. **Escritos e conferência: em torno da psicanálise**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 78.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- _____. **Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução de Mauro Raposo Mello; coordenador e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- AGANBEM, Giorgio. **Signatura rerum: Sobre El método**. Tradución de Flavia Costa y Mercedes Ruvituso. Barcelona: Editorial Anagrama. 2010.
- _____. **Infância e História: Destruição da experiência e origem da história**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte; Editora UFMG, 2008.
- _____. **L Règne et La Gloire : homo sacer, II, 2**. Traduit de l'italien par Joël Gayraud et Martin Rueff. Paris : Éditions du Seuil. 2008.
- _____. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo. Boitempo, 2004.
- _____. **Homo Sacer. O Poder soberano e vida nua**. Belo Horizonte. UFMG. 2004.
- _____. **Profanazioni**. Roma: Nottetempo. 2005
- _____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. tradutor Luís
- _____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2ª Edición. Tradución y estudio introductorio Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução de Roberto Raposo. 6ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- _____. **EICHMANN EM JERUSALÉM: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução: José Rubens Siqueira. 6ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARMSTRONG, Karen. **Em nome de Deus: o fundamentalismo no judaísmo, no cristianismo e no islamismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- ARIGÓN, Mario Garmendina. **Ordem pública e direito do trabalho**. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 2003.
- ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo liberal**. São Paulo, LTr, 1998.

ASSMANN, Hugo. **A igreja eletrônica e seu impacto na América Latina: convite a um estudo**. Petrópolis: Vozes, 1986.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª Edição. São Paulo: Landy, 2002.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. (Coordinador). **Manual de Derecho Constitucional**. Volumen I. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

_____. **Manual de Derecho Constitucional**. Volumen II. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 13 edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. tradução Renato Aguaiar.- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

_____. **Identidade**. tradução Carlos Alberto Medeiros. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BENDASSOLLI, Pedro Fernando. **Trabalho e identidade em tempos sombrios: insegurança ontológica na experiência atual com o trabalho**. Aparecida, SP: Idéias & letras, 2007.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **Racionalidade jurídica e validade normativa: da metafísica à reflexão democrática**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008.

BODEI, Remo. **A história tem um sentido?**. Tradução de Reginaldo Di Piero. – Bauru, SP: EDUSC, 2001

BOFF, Leonardo. **Fundamentalismo: A globalização e o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

- _____. **Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea.** - 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- _____. **Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade).** – 3 ed. – São Paulo : Malheiros Editoras, 2008.
- _____. **Do Estado liberal ao Estado social.** 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOSSU, Bernard; DUMONT, François; VERKINDT, Pierre-Yves. **Droit du Travail: Relations Collectives de travail.** Tome 2. Paris: Montchrestien. 2007.
- BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BOUCHILLOUX, Hélène. **Qu'est-ce que le mal?.** Paris: Librairie Philosophique j. Vrin, 2005.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. **O direito à defesa na Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1994.
- BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea.** Lisboa: Edições 70, 2002.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Temas de política e direito constitucional contemporâneos.** Florianópolis: Momento Atual, 2004.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.** 2ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAMBY, Jean-Pierre. **Le Conseil Constitutionnel, Juge Électoral.** Paris: Éditions Dalloz, 2007.
- CANDAU, Joel – **Antropologia de la memoria.** – Buenos Aires: Nueva Visión, 2006.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MORATO LEITE, José Rubens. **Direito Constitucional ambiental brasileiro.** 3ª Edição revista. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.
- _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1994.
- CANUT, Florence. **L `orde public en Droit du Travail.** Paris: Bibliothèque de L `Institut André Tunc. Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne. Tome 14, 2007.
- CAPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia.** 2ª editora. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

CARBONELL, Miguel. **Teoria Del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARDOSO, Adalberto Moreira. **A construção da sociedade do trabalho no Brasil: uma investigação sobre a persistência secular das desigualdades**. Rio de Janeiro : Editora FGV,2010.

CARVALHO DE, Aline Vieira, PRADO SOARES, Inês Virgínia, A. FUNARI, Pedro Paulo, MONTEIRO DA SILVA, Sérgio Francisco. **Arqueologia Direito e Democracia**. Erechim, RS: Habilis, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. e SCOTTI Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte : Fórum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick e SCOTTI, Guilherme. **Os 20 anos da Constituição de 1988 e os horizontes da extensão universitária**. UNES PEREIRA, Flávio Henrique e FONSECA DIAS, Maria Tereza. (Org). **Cidadania e Inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Legitimidade e efetividade como tensão constitutive (conflito concreto) da normatividade constitucional**. In: **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Antonio de Menezes Albuquerque (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. CATTONI, Marcelo (Coord.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: No Estado Democrático de Direito*. Mandamentos Editora: Belo Horizonte. 2004.

_____. **A Constituição da Europa**. SAMPAIO LEITE, José Adércio. **Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. MOREIRA MAUÉS (Org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

_____. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v.3, p.473 et seq., maio 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Democracia sem espera e processo de**

Constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. CATTONI, Marcelo e MACHADO, Felipe (Coord). Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **Direito, Política e Filosofia: contribuição para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. **Devido Processo Legislativo.** 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATHARINO, José Martins. **Direito constitucional e direito judiciário do trabalho.** São Paulo: LTr, 1995.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição.** Lisboa: Almedina, 1985.

COEURET, Alain; FORTIS, Élisabeth. **Droit Pénal Du Travail.** Paris: LexisNexis. Litec. 4^a Édition. 2008.

CONCHE, Marcel. **O fundamento da moral; tradução Marina Appenzeller.** – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CONSTANTINESCO, Vlad e PIÉRRÉ-CAPS, Stéphane. **Droit Constitutionnel.** 3^a édition mise à jour. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Jurisdição constitucional no estado democrático de direito.** – Porto Alegre : Síntese, 2003.

CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional: A Justiça Constitucional.** Coimbra: Livraria Almedina.2001.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação na relação do trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade.** Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

COURA, Alexandre. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (IN)Constitucional: para uma análise crítica da ‘jurisprudencia de valores’ à luz da Teoria Discursiva de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos Editora. 2009.

CHAUI, Marilena. **Fundamentalismo religioso: a questão do poder teológico-político.** In: NOVAES, Adauto (org.). *Civilização e barbárie.* São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

CHOURAQUI, Alain. **Quelques difficultés actuelles d’articulation du juridique et su social.** In: **Normes juridiques et régulation sociale.** Paris: Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1991.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belo Horizonte: Del Rey Editor. 2004.

- CUEVA, Mario de La. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. Tomo I. México: Editorial Porrúa, 1996.
- CUEVA, Mario de La. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. Tomo II. 8ª edição atualizada. México: Editorial Porrúa, 1996.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, direito e utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- CUÓCO, Uiracy Torres. **Enquadramento sindical no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1984.
- CHAMON JR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do Direito moderno**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- DE GIORGI, Raffale. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- D'ANGELIS, Wagner Rocha (Org.). **Direito da integração & direitos humanos no século XXI**. Curitiba: Juruá, 2002.
- DÄUBLER, Wolfgang. **Direito do trabalho e sociedade na Alemanha**. Tradução Alfred Keller. São Paulo: LTr, 1997.
- DELGADO, Gabriela Neves, GOULART, Adriana de Sena, PORTUGAL, Raquel Nunes. (Coord.) **Dignidade Humana e Inclusão Social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.
- DELGADO, Gabriela Neves. **A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no Mercado de trabalho**. UNES PEREIRA, Flávio Henrique e FONSECA DIAS, Maria Tereza. (Org.) **Cidadania e Inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª edição. São Paulo: LTr, 2011.
- DRAUPEAU CONTIM, Filipe. **Qu'est-ce que l'identité?** Paris: Librairie Philosophique j. Vrin, 2010.
- DERRIDA, Jacques, 1930-2004 – **A escritura e a diferença**. Tradução Maria Beatriz Marques Nizza da Silva, Pedro Leite Lopes, Pérola de Carvalho. – 4 ed. – São Paulo: Perspectiva, 2009.
- _____. **Apories: Mourir-s'attendre aux "limites de la vérité"**. Paris: Galilée, 1996.
- _____. **L'archéologie du frivole**. Paris: Éditions Galilée, 1990.
- DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de constitucionalidade e teoria da recepção**. São Paulo: Malheiros, 1995.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas**. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

DUGUIT, Leon. **Souveraineté et Liberté**. Paris: Editions Le Mémoire du Droit. 2002.

_____. **Les Transformations du Droit Public**. Paris: Editions Le Mémoire du Droit. 1999.

_____. **Fundamentos do direito**. Tradução Márcio Plugiesi. São Paulo: Ícone, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Soverign Virtue: the thory and Practice of Equaly**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 2002.

_____. **Edited by Arthur Ripstein. Contemporary Philosophy in Focus**. University of Toronto. Cambridge University Press. 2007.

_____. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Los Derechos en serio**. Tradución de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2002.

_____. **Levando os direitos à sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **The concept of unenumerated rights**. University of Chicago Law Review 59, 1992

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução Juliana Lemos. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DYMETMAN, Anne. **Uma arquitetura da indiferença: a república de Weimar**. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2002.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica**. 3ª edição. São Paulo: Stiliano, 1999.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- FARIAS, José Fernando de Castro. **A teoria do Estado no fim do século XIX e no início do século XX**: os enunciados de Leon Duguit e de Maurice Hauriou. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- FAVOREU, Louis; Llorente, Francisco Rubio. **El bloque de la constitucionalidad** (Simposium franco-español de Derecho constitucional). Servilha: Editorial Civitas S.A., 1991.
- FERNANDES, Carlos. **Da natureza e função das normas de conflitos de leis: na moderna doutrina nacional italiana**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 4ª Edición. 2009.
- _____. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Traducción: Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada, José Manuel Diaz Martín. Colombia: Depto de publicaciones, Universidad Externado de Colombia, 200.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica : ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro : Forense, 2006
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3ª edição ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FIORAVANTI, Maurizio. **CONSTITUCION: de la antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- FORST, Rainer. **Contextos da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. Tradução Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France**. Tradução Eduardo Brandão. – São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FRANKENBERG, Günter. **A gramática da constituição e do direito**. Tradução Elisete Antoniuk. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FREITAG, Barbara. **A questão da moralidade: razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas**. – Brasília: Publicações SOS – Imprensa, Universidade de Brasília, 2003.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

- _____. **Pedagogia da autonomia: Saberes necessários à prática educativa.** São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- GACEK, Stanley Arthur. **Sistemas de relações de trabalho: exame dos modelos Brasil – Estados Unidos.** Tradução Siene Maria Campos. São Paulo: LTr, 1994.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da obra de arte.** Tradução Marco Antônio Casanova. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. **Hermenêutica em retrospectiva.** Tradução Marco Antônio Casanova. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- _____. **Esquisses Herméneutiques: essais et conférences.** Traduction Jean Grondin. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2004.
- _____. **O problema da Consciência Histórica.** Org. Pierce Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- _____. **Verdade e Método I.** Trad. Flávio Paulo Meurer. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- _____. **Langage et Verité.** Traduit de l'allemand et préfacé par Jean-Claude Gens. Paris: Gallimard, 1995.
- _____. **A razão na época da ciência.** Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. **Vêrité et Méthode: lês grandes lignes d'une herméneutique philosophique.** La traduction étair due à étienne Sacre. Paris: 1976
- .GALANTINO, Luisa. **Diritto sindacale** . Oitava Edizione . Torino-Itália :G. Giappichelli Editore, Aggiornata, 1998.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- _____. **Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação.** *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p.191-209, set. 1999.
- _____. **Hermenêutica Constitucional e Pluralismo.** In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.** Coord. José Adécio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Alterações constitucionais e limites do poder de reforma.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- GARCIA Jr., Armando Álvares. **O direito do trabalho no Mercosul.** São Paulo: LTr, 1997.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo.** Tradução Agassiz Almeida Filho. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GAUDIN, Jean-Pierre. **La Démocratie Participative.** Paris: Armand Colin, 2007.

GERNICON, Bernard, ODERO, Alberto e GUIDO, Horacio. **La negociacion colectiva: normas de la OIT y principios de los órganos de control**. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, 2000.

GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto e GUIDO, Horacio. **Principios de la OIT sobre el derecho de huelga**. Organización Internacional del Trabajo, 2000.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. Tradução e notas Elko Lúcia Itioka; revisão técnica José Francisco Siqueira Neto. São Paulo: Editora LTr, 1991.

GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, , 2000.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito constitucional do trabalho: aspectos controversos da automatização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão e tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar.- São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução Claudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho ; coordenação e supervisão Luiz Moreira. – Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

GUILLEMAND, Anne-Marie. **Où va La protection sociale?** Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral : justificação e aplicação**. Tradução Cláudio Molz; introdução Luiz Moreira. – São Paulo : Lady Editora, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição- contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Between Fact and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Traslata by William Rehg. 2008.

_____. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Introducción e Traducción, sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo. Editorial Trotta. 2008.

- _____. **Entre Naturalismo e religião: estudos filosóficos.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.
- _____. **Dialética da secularização: sobre razão e religião.** Tradução Alfred J. Keller. – Aparecida, São Paulo: Idéias & Letras, 2007.
- _____. **Pensamento pós-metafísico.** Almedina : Coimbra, Portugal, 2004.
- _____. **A ética da discussão e a questão da verdade.** Tradução Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. – São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- _____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos.** Tradução Milton Camargo Mota. – São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- _____. **Era das transições.** Tradução e introdução de Flávio Siebeneicher. – Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa.** Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.
- _____. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada.** Tradução Lucia Aragão, revisão Daniel Camarinha da Silva. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. **Vérité et Justification.** Traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz. Gallimard. 2001.
- _____. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições.** Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade.** volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.
- _____. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade.** volume II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.
- _____. **Passado como futuro.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- _____. **Textos e contextos.** Tradução: Sandra Lippert Vieira. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- _____. **Consciência moral e agir comunicativo.** Trad. Guido A. De almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. **Le Technique et la science comme 'ideologie'.** Traduit de L'Allemand et Préface par Jean – René Ladamiral. Reimpressão.1973.
- HAMON, Francis, TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito constitucional.** Tradução de Carlos Souza. 27ª edição. São Paulo: Manole, 2005.
- HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do controle jurisdictional da motivação das decisões.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. Tradução Adail Ubirajara Sobras, Maria Stela Gonçalves. – 19 ed. - São Paulo : Edições Loyola, 2010.
- HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução de Marcia Sá Cavalcanti Schuback. – 4 ed. – Petrópolis, RJ: Vozes: Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2008.
- HERRERO, Xavier. **Racionalidade comunicativa e modernidade**, *Síntese*, Belo Horizonte, n.37, pág. 13 a 32, 1986.
- HESSE, Conrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- _____. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HOBBSBAWN, Eric. E RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. Tradução Celina Cardim Cavalcante. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- _____. **Os trabalhadores : estudo sobre a história do operariado**. Tradução de Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. – São Paulo : Paz e Terra, 2000.
- _____. **Sobre a história**. Tradução Cid Knipel Moreira.- São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.
- HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Tradução Atur Morão. – Lisboa, Portugal: Edições 70, 1989.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3ª edição revisada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- KIENZLER, Klaus. **El fundamentalismo religioso**. Tradución: Arturo Parada Diéguez. Madrid: Alianza Editorial S.A.2005.
- KELSEN, Hans. **O Estado como Integração**. Um confronto de princípios. Tradução: Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes. 2003.
- _____. **Jurisdição constitucional**. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed.. Armênio Amado – Editora – Coimbra – 1984
- KEPEL, Gilles. **La revanche de Dios: cristianos, Judios e musulmanes a La reconquista Del mundo**. Tradución: Marcelo Cohen. Madrid: Alianza Editorial S.A. 2005.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos**. Tradução do original Alemão Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Revisão da tradução César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KUHN, Thomas S. **A tensão essencial: estudos selecionados sobre tradição e mudança científica**. Tradução Marcelo Amaral Penna-Forte. – São Paulo : Editora UNESP, 2011.

_____. **O caminho desde a Estrutura: ensaios filosóficos**. Tradução de Cesar Mortari. – São Paulo : Editora UNESP, 2006.

_____. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Manual de derecho del trabajo**. 4ª edição atualizada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEITÃO, J.M. Silva. **Constituição e direito de oposição: A oposição Política no debate sobre o Estado Contemporâneo**. Coimbra: Livraria Almedina. 1987.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 1997.

LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LESSA, Fábio de Souza, FRAZÃO DA SILVA, Andréia Cristina Lopes. **História e Trabalho: entre artes & ofícios**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2009.

LETAMENDIA, Francisco. **Estructura Política del mundo del trabajo: fordismo y posfordismo**. Madrid: Editorial Tecnos. 2009.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradución y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. México: Editorial Ariel. 1979.

LLORENTE, Francisco Rubio e FAVOREU, Louis. **El bloque de la constitucionalidad: simposium franco-espanhol de derecho constitucional**. Sevilla: Editorial Civitas, 1991.

LOBATO, Anderson O. C. **Para uma Nova Compreensão do sistema misto de Constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. n. 6, p. 35-46, 1994.

- LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **Desafios das cotas em Políticas Públicas de Emprego.** In: **Desafios do sistema público de emprego, trabalho e renda.** TODESCHINI, Remígio [et ali.] (Org.) São Paulo: LTr, 2010.
- LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O exercício do direito de greve no Estado Democrático de Direito: a reconstrução dos Direitos Sociais a partir da afirmação dos direitos fundamentais em uma comunidade de princípios.** In: **O mundo do Trabalho, Volume I: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho.** COUTINHO, Grijalbo Fernandes [el ali]. (Org.) São Paulo: LTr, 2009
- LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **Questões Sindicais.** In: **AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO: 5 anos depois.** CHAVES, Luciano Athayde [et. Ali]. (Org).. São Paulo: LTr. 2009.
- LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.
- LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante, ÁVILA, Ada Assunção e SILVA, Anísia Valéria Chaves. **O trabalho humano na sociedade das máquinas.** Brasília, 2004.
- LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis. Editora Vozes. 2009.
- _____. **Sociologia do direito I.** Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. **Sociologia do direito II.** Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- LYRA FILHO, Roberto. **Pesquisa em que Direito?** Brasília-DF: Edições Nair Ltda, 1984.
- MAIA, Antonio Cavalcanti, CAMPOS MELO, Carolina de, CITTADINO, Gisele e POGREBINSCHI (Orgs). **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- MAINEZ, Eduardo Garcia. **Introduccion al Estudio del Derecho.** 7.ed. México: Editorial Porrúa, 1956.
- MARCUSE, Hebert. **Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud.** – 8 ed. – Rio de Janeiro: LTC, 2009.
- MAUS. Ingerborg. **O Direito e a Política: Teoria da Democracia.** Tradutora: Elisete Antoniuk. Revisão: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2009.

- MARRAMAO, Giacomo. **Cielo e terra: Genealogia della secolarizzazione**. Tradución de Pedro Miguel García Fraile. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1ª edición, 1998.
- MARRAMAO, Giacomo. **Passado e futuro dos direitos humanos: Da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença**. Texto enviado por ocasião do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), com o tema “Pensar globalmente, agir localmente”, em 15 de novembro de 2007, no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, Belo Horizonte-MG. Tradução de Lorena Vasconcelos Porto (PUC Minas) e revisão técnica de Flaviane de Magalhães Barros (PUC Minas) e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (PUC Minas).
- MARRAMAO, Giacomo. **Passaggio a Occidente: Filosofia e Globalizzazione**. Bollati Boringhieri editore. 2009.
- MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação: ensaios de filosofia do direito**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. – São Paulo : Malheiros, 2011.
- MELLO, Celso de Albuquerque [et. al.] e TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª edição. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **O sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. In: Tratado de Direito Constitucional 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ª edição revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo. Celso Bastos Editor. 2000.

- MINHOTO, Antonio Celso Baeta. **Teoria geral do direito público**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**: introdução geral- apontamentos das aulas. Lisboa, 1999.
- _____. **Manual de direito constitucional Tomo IV**: direitos fundamentais. 2ª edição revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- _____. **Manual de direito constitucional Tomo II**: constituição e inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- _____. **Manual de Direito constitucional Tomo VI: inconstitucionalidade e garantia da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- MORAES, Guilherme Braga Pena de. **Dos direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.
- MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução Eveline Bouteiller. 5ª edição revisada e ampliada. São Paulo: Manole, 2004.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. 4ª Ed. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 70.
- MORIN, Edgar e LE MOIGNE, Jean-Louis. **Inteligência da Complexidade: Epistemologia e pragmática**. Tradução João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget. 2007.
- MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. Tradução Juremir Machado da Silva. 3ª Edição. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- _____. **O método: a natureza da natureza**. Tradução Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- _____. **Ciência com Consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 9ª Edição. Revista e modificada pelo autor. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- MORIN, Edgar e PRIGOGINE, Ilya. **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o Dogmatismo**. Tradução: Luís M. Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.
- MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução Ana Cecília Simões. – Lisboa, Portugal: Gradiva, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Tradução Peter Naumnn. 4 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. **Quem é o povo? : a questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann; revisão da tradução Paulo Bonavides. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

- _____. **Teoria estruturante do direito I.** Tradução Peter Naumann. – 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. **Teoria estruturante do direito II.** Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes.** Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.** Tradução Peter Naumann. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **Discours de la Méthode Juridique.** Traduit de L’allemand par Oliveier Jouanjan. Paris: Presses iniversitaires de France. 1996.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro e SILVESTRE, Rita Maria (Coords.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2001.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical.** 3ª edição. São Paulo: LTr, 2003.
- NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Tradução Adriano Pilatti. – Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.
- NETO, Hermes Afonso Tupinambá. **A solução jurisdicional dos conflitos coletivos no direito comparado:** uma revisão crítica. São Paulo: LTr, 1993.
- NETO, Manoel Jorge e Silva (Coord.). **Constituição e trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.
- NOGUEIRA, Alberto. **Jurisdição das liberdades públicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- NUNES, Cláudio Pedrosa. **Controle difuso de constitucionalidade em matéria trabalhista** – uma abordagem sob o prisma do princípio da igualdade. São Paulo, LTr, 2003.
- OLEA, Manuel Alonso e BAAMONDE, Maria Emília. **Derecho del trabajo,** 15ª edición . Madrid : Editorial Civitas, S.A., 1997.
- OGIER-BERNAUD, Valérie. **Les droits constitutionnels des travailleurs.** Collection Droit Public Posit. Paris: Economica,
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Direito sindical da OIT:** normas e procedimentos. Repartição Internacional do Trabalho: Genebra, 1998.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A liberdade sindical:** recopilação de decisões e princípios do Comitê de liberdade sindical do Conselho de Administração da OIT. 1ª edição. Tradutor Edílson. OIT: Brasília, 1997

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2ª edición, 1991. **Organização internacional do trabalho. direito sindical da oit:** normas e procedimentos. Resúmenes de normas internacionales del trabajo.

OST, François. **O tempo do direito.** Tradução Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PAIXÃO, Cristiano. **Dicotomias Deslizantes: Público e Privado em Tempos de Terror.**

OLIVERIA PEREIRA, Cláudia Fernanda de (Coord.) **O Novo Direito Administrativo Brasileiro; o público e o privado em debate.** V. 2, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

_____. **Modernidade, tempo e direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002

PALMER, Richard E.. **Hermenêutica.** Tradução Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático.** São Paulo: Manole, 2002.

PAREYSON, Luigi. **Verdade e interpretação.** Tradução Maria Helena Nery Garcez, Sandra Neves Abdo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PELICIOLO, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo.** São Paulo : LTr, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Teoría Del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica.** Madrid: Editorial Tecnos, 2009.

PERDIGÃO, Andréa Bomfim. **Sobre o Tempo.** São José dos Campos, SP: Pulso, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais.** 2ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 2001.

PINTO, Luiza Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PINTO, Mário. **Direito do trabalho.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu:** seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997.

PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios coletivos: aspectos controvertidos e atuais.** São Paulo: LTr, 2010.

PONTIER, Jean-Marie. **Droits Fondamentaux et Libertés Publiques.** 3ª édition. Paris:

Hachette Supérieur, 2007.

POPPER, Karl. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da Racionalidade**. Reimp. (Biblioteca de filosofia contemporânea;27).

PRADE, Péricles. **Fundamentos jusfilosóficos da Constituição**: introdução crítica à concepção de Kelsen. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2000.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo ; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. – São Paulo : Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos Direitos**. 6ª ed. Anotada e atualizada com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RQUITO, Ana Luisa, VENTURA, Catarina Sampaio, ANDRADE, J.C. Vieira de, HENRIQUES, Miguel Gorjão, RAMOS, R.M. e MOREIRA, Vital. **Carta de direitos fundamentais da União européia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

REIS, José Carlos. **História da “consciência histórica” ocidental contemporânea: Hegel, Nietzsche, Ricouer**. – Belo Horizonte : Autêntica Editora, 2011.

REIS, José Carlos. **História & teoria: historicismo, modernidade, temporalidade e verdade**. 3 ed. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

RICOUER, Paul. **Tempo e Narrativa**. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Tempo e narrativa**. Tradução Claudia Berliner; revisão tradução Marcia Valéria Martinez de Aguiar. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O Conflito das Interpretações : ensaios de hermenêutica**. Tradução de M.F. Sá Correia. – 2009.

_____. **Teoria da interpretação**. – Reimp. – (Biblioteca de filosofia contemporânea) – Lisboa Portugal, 2009.

_____. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Tradução Ivone C. Benedetti. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **O justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. Tradução Ivone C. Benedetti. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **Hermenêutica e ideologias**. Tradução Hilton Japaiasu. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

RICOUER, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução Alain François [et. Al.].

Campinas, SP:Editora da Eunicamp, 2007.

_____. **Percorso do conhecimento.** Tradução Nicolás Nyimi Campanário. – São Paulo : Edições Loyola, 2006.

_____. **De l'interprétation: Essai sur Freud.** Paris: Éditions Du Seuil. 1965.

_____. **A Metáfora Viva.** Tradução Dion Davi Macedo.- São Paulo : Edições Loyola, 2000.

ROSENFELD, Michel. **Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes.** In: **Limites do Controle de Constitucionalidade.** Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs). Tradução Aduato Vilela, Geraldo de Carvalho, Julia Sichieri Moura e Eliana Valadares Santos. Revisão Eliane Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional.** Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSSI, Paolo. **O passado, a memória, o esquecimento: seis ensaios da história das idéias.** Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

ROUSSEAU, J.-J.. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução Maria Emantina Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RUPRECHT, Alfredo J.. **Relações coletivas de trabalho.** São Paulo: LTr, 1995.

RÜSEN, Jörn. **Razão histórica: fundamentos da ciência histórica.** Tradução Estevão de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª reimpressão, 2010.

_____. **Reconstrução do passado.** Tradução Asta-Rose Alcaide. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª reimpressão, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Cord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. **Princípio da proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SEGORPE Beatriz; TRABUCO, Cláudia. **O Conselho Constitucional Francês.** 1ª Edição. Lisboa: Quarteto Editora, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers État?** Tradução Norma Azevedo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7ª edição revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009..

- _____. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Luís Gonçalves. **Notas sobre a eficácia normativa das convenções colectivas**. Coimbra: Almedina, 2002.
- SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SILVA, Otavio Pinto e. **Contratação coletiva como fonte do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Direito constitucional do Mercosul**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SMOUTS, Marie-Claude (Org.). **As novas relações internacionais: práticas e teorias**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. **Um discurso sobre a ciência**. 16ª edição. Porto/Portugal: Edições Afrontamento, 2010.
- _____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. V. 1. 3ª Ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- SOUSA Jr., José Geraldo [et. al.] (Org.). **Educando para os direitos humanos: pauta pedagógicas para a cidadania na universidade**. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.
- _____. **Processo Constitucional e a Efetividade dos Direitos Fundamentais**. In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Coord. José Adécio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOUZA Jr., Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica e crítica**. Tradução Aloísio Ruedell. – Ijuí: Editora Unijuí, 2005. -V. I.

- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. (Org) **Direito Administrativo Contemporâneo: administração pública, Justiça e Cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição.** Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. **Legalidade e legitimidade.** Tradução de Tito Lívio Cruz Romão; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. **Teologia política.** Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. **Teoria de La Constitucion.** Reimpresion. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado,
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- SUPIOT, Alain. **L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total.** Paris: éditions du Seuil, 2010.
- _____. **Critique Du droit Du travail.** 2ª Édition. Paris: Quadrige/Puf. 2007.
- _____. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito.** Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Au-delà de l'emploi: transformations Du travail et devenir Du droit Du travail en Europe.** Paris: Flammarion, 1999.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** São Paulo : LTr, 1994.
- _____. **Curso de direito do trabalho.** 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. **Direito constitucional do trabalho.** 2ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renova, 2001.
- _____. **Direito internacional do trabalho.** 3ª ed. atualizada e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.
- STAKE, Robert E. A arte da investigação com estudos de casos. Tradução Ana Maria Chaves. – 2 ed. – Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- TRIBE, Laurance, DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional.** Coordenador e Supervisor: Luiz Moreira. Tradutora: Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2ª edição. São José da Costa Rica: Mars Editores, 1996.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**: Volume I. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Tratado de direitos internacionais dos direitos humanos**. Volume I. 1ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos . São Paulo : Editora Saraiva, 1991.

TUPINAMBÁ NETO, Hermes Afonso. **A solução jurisdiccional dos conflitos coletivos no direito comprado: uma revisão crítica**. São Paulo: LTr, 1993.

VALLÉE, Catherine. **Hannah Arent: sócrates e a questão do totalitarismo**. Tradução Armando Pereira da Silva. – Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

VALVERDE, Antonio Martín, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, MURCIA, Joaquin García. **Derecho Del Trabajo**. Madrid. Editorial Tecnos, 2009.

VEIGA-NETO, Alfredo. (Coord) **Fundamentalismo & Educação: A Vila**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

VERDIER, Jean-Maurice. **Droit Syndical et droits de l'homme à l'aube Du XXI siècle**. Paris: Éditions Dalloz, 2001.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VEYNE, Paul. **Como se escreve a história; Foucault revoluciona a história**. Tradução Alda Baltazar e Maria Auxiliadora Kneipp. Revisão Técnica Gerusa Jenner Rosas. 4ª Edição, reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

VIANA, Márcio Túlio. **O dia a dia do Juiz e as Discriminações que o Acompanham**.
VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Cord.). **Discriminação**. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2010.

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

WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua linguagem**. – 2 ed. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei, temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WILLIAMS, Anne, HEAD, Vivian. **Ataques terroristas: a face oculta da vulnerabilidade.**

Tradução Débora da Silva Guimarães Isidoro. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **El derecho ductile: ley, derechos, justicia.** Nona edición. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2009.

_____. **Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política.** Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta. 2008.

_____. *La Giustizia Costituzionale.* Milão: Società editrice il Mulino. 1988.

ZEIMBEKIS, John. **Qu`est-ce qu`un jugement esthétique?** Paris: Librairie Philosophique j. Vrin, 2006.

ZOPPOLI, Lorenzo. **Il lavoro pubblico negli anni'90.** Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.