



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TRABALHADOR EM**  
**TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS**

*Acesso à Justiça Constitucional não significa acesso à entrega de Jurisdição Constitucional*

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Silvia Perola Teixeira Costa

Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário

Número do candidato: 20151972

Dezembro 2020

LISBOA

O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. (...) Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas, um valor relativo como meios e por isso chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> KANT, Immanuel – Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. In **Os pensadores** (Kant II). São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 101-162, p. 134, 141.



## AGRADECIMENTOS

### ***À Mãe:***

A minha mãe, Nazilde Teixeira Costa, aquela que, iletrada, me inspirou o gosto pelos estudos e tudo que sou, aquela que queria muito que eu concluísse um Mestrado. Para ela.

A minha outra mãe que me criou, a Madre Maria da Conceição de Carvalho Machado, intelectual de escol, primeira mestra nos caminhos acadêmicos, minha orientação de vida.

À Grande Mãe, Maria, arquétipo do feminino resgatado, minha Salvadora, Colo essencial.

### ***Aos meus filhos:***

Aos filhos desta mãe-estudante, Mariah e João Gabriel, por escolherem viver comigo e a partir de mim a experiência de vida: por todo suporte nas aventuras desta mãe sonhadora.

### ***A minha família:***

A minha família, que não aguentava mais este assunto de “entregar minha dissertação” nos encontros familiares; que entendeu as ausências e a ansiedade e torceu por mim na expectativa da grande festa de Celebração.

### ***A minha mentora:***

À Dra. Carolina de Freitas e Silva, a Carol, esta brasileira-portuguesa, que, desde o início do curso, tem sido minha mentora, caminhando comigo nas ruas de Lisboa, rumo às bibliotecas e outras fontes de pesquisa, enviando material bibliográfico, explicando-me, em longos áudios, o sistema constitucional português.

### ***Ao meu Orientador:***

Ao meu Orientador, Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário, pela escuta e orientação atenta e abalizada, do alto da sua genialidade. Pela compreensão e paciência.

### ***Aos meus colegas:***

Aos meus colegas de curso, João Hilário, por tantas videochamadas de mútuo apoio.

A Nara Britto, Roberta Correa e João Aragão, pelas trocas, conselhos e grande incentivo.

### ***A Portugal:***

Ah, Portugal! Por me emocionar de um tanto que nem consigo falar....

## RESUMO

Os *direitos fundamentais*, cujo pano de fundo é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana hoje contemplado em quase todas as cartas constitucionais dos diversos ordenamentos jurídicos do mundo, demandam constante reflexão acerca da sua efetividade. Acesso à justiça não significa entrega de jurisdição constitucional em razão do excesso de formalismo e entraves que obstaculizam o trânsito dos recursos, o que foi cunhado no Brasil como *jurisprudência defensiva*. Assim, ainda, no caso português, porque as violações dos direitos fundamentais do cidadão não são sindicáveis pelo Tribunal Constitucional (que só aprecia a constitucionalidade de normas e não de decisões ou atos), a sugerir, no meio jurídico, um recurso de amparo constitucional e a reconfiguração do sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade. Conferir uma tutela compatível com a fundamentalidade desses direitos é o tema desta pesquisa, uma vez que não é possível falar em direitos fundamentais, tampouco em Estado democrático de direito, se não for plenamente assegurada a entrega efetiva e desembaraçada da jurisdição constitucional correspondente.

**Palavras-Chave:** Direitos Fundamentais; Acesso à Justiça; Jurisdição Constitucional; Efetividade; Recurso de Amparo; Jurisprudência Defensiva; Controlo de Normas; Fiscalização da Constitucionalidade. Direito Fundamental de Trabalhador.

## ***ABSTRACT***

*Fundamental rights*, whose background is the constitutional principle of the human person's dignity today, contemplated in almost all constitutional charters of the different legal systems of the world, demand constant reflection on their effectiveness. Access to justice does not mean a delivery of constitutional jurisdiction due to the excess of formalism and obstacles that hinder the transit of resources, which was coined in Brazil as *defensive jurisprudence*. As well, still, in the Portuguese case, because the violations of fundamental rights of the citizens are not organized by the Constitutional Court (which only acknowledges the constitutionality of rules, but not decisions or acts) to suggest, in the legal environment, a recourse to constitutional protection and the reconfiguration of the concrete constitutionality inspection system. Conferring tutelage compatible with these rights' foundation capacity is the theme of this research, since there is no mention of fundamental rights, nor in a democratic state of law unless the effective and unrestricted delivery of the corresponding constitutional jurisdiction is not fully guaranteed.

**Keywords:** Fundamental Rights; Access to Justice; Constitutional Jurisdiction; Effectiveness; Protection Resource; Defensive Jurisprudence; Standards Control; Inspection of Constitutionality; Fundamental Worker Rights.

## SUMÁRIO

|                                                                                           |             |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| <b>LISTA DE ABREVIATURAS .....</b>                                                        | <b>viii</b> |
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>                                                                   | <b>10</b>   |
| <b>1 DIREITOS HUMANOS.....</b>                                                            | <b>14</b>   |
| 1.1 A dignidade da pessoa humana.....                                                     | 14          |
| <b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>                                                      | <b>18</b>   |
| 2.1 Conceito de Direitos Fundamentais .....                                               | 20          |
| 2.2 Gerações de Direitos Fundamentais .....                                               | 23          |
| <b>2.3 Aspectos Subjetivos e Objetivos dos Direitos Fundamentais .....</b>                | <b>27</b>   |
| 2.4 Direitos fundamentais como trunfos .....                                              | 33          |
| 2.5 O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental .....                                  | 34          |
| <b>3 TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>                                           | <b>38</b>   |
| 3.1 Acesso à justiça constitucional e acesso à entrega de jurisdição constitucional ..... | 39          |
| 3.2 Direito à efetiva tutela jurisdicional.....                                           | 46          |
| 3.2.1 Direito a um processo justo.....                                                    | 48          |
| 3.2.2 Direito à prestação jurisdicional integrada e inteirada.....                        | 49          |
| 3.2.3 Direito à razoável duração do processo .....                                        | 51          |
| <b>4 TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>                              | <b>52</b>   |
| 4.1 Sistema Global.....                                                                   | 52          |
| 4.2 Princípio da subsidiariedade .....                                                    | 54          |
| 4.3 Sistema europeu (Conselho da Europa).....                                             | 56          |
| 4.4 Sistema interamericano.....                                                           | 58          |
| 4.5 Sistema de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia .....                 | 61          |
| <b>4.6 A previsão na Constituição Brasileira .....</b>                                    | <b>62</b>   |
| <b>4.7 A previsão na Constituição Portuguesa .....</b>                                    | <b>63</b>   |
| <b>5 TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO</b>                                   |             |
| <b>TRABALHO NO BRASIL .....</b>                                                           | <b>65</b>   |
| 5.1 A Constituição brasileira .....                                                       | 65          |
| 5.2 Os direitos sociais do trabalho .....                                                 | 66          |

|         |                                                                                                                                                                                              |     |
|---------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.2.1   | O trabalho como direito social fundamental .....                                                                                                                                             | 66  |
| 5.2.2   | Direitos sociais do trabalhador: efetivamente, fundamentais?.....                                                                                                                            | 69  |
| 5.3     | O Tribunal Superior do Trabalho (TST).....                                                                                                                                                   | 71  |
| 5.4     | Efetividade de direitos sociais do trabalhador no Tribunal Superior do Trabalho .....                                                                                                        | 72  |
| 5.4.1   | Na contra onda do acesso à Justiça .....                                                                                                                                                     | 72  |
| 5.4.1.1 | Processo do trabalho no Brasil e a primeira onda renovatória – acesso à<br>justiça e hipossuficientes .....                                                                                  | 74  |
| 5.4.1.2 | Processo do trabalho no Brasil e a terceira onda renovatória: efetividade de<br>direito fundamental de trabalhador no Tribunal Superior do Trabalho .....                                    | 83  |
| 5.4.2   | A jurisprudência defensiva.....                                                                                                                                                              | 83  |
| 5.4.2.1 | A consideração da infraconstitucionalidade da matéria .....                                                                                                                                  | 86  |
| 5.4.2.2 | Imposição (ou aplicação) de jurisprudência considerada pacificada no TST,<br>em detrimento da observância dos pressupostos intrínsecos de<br>admissibilidade dos art. 896 e 894 da CLT ..... | 86  |
| 5.4.2.3 | Legislação processual que dificulta a efetividade dos Direitos Sociais ao invés<br>de focar na pronta tutela do direito material .....                                                       | 86  |
| 5.4.2.4 | Jus postulandi.....                                                                                                                                                                          | 87  |
| 5.4.2.5 | Transcendência (Reforma Trabalhista).....                                                                                                                                                    | 88  |
| 5.4.3   | Solipsismo Jurídico em Tribunais Superiores.....                                                                                                                                             | 93  |
| 5.4.3.1 | Terceirização lícita e fraude trabalhista .....                                                                                                                                              | 93  |
| 5.4.3.2 | Terceirização Ônus da Prova .....                                                                                                                                                            | 94  |
| 5.4.4   | O advogado é indispensável à administração à justiça .....                                                                                                                                   | 97  |
| 5.5.    | O Supremo Tribunal Federal (STF) .....                                                                                                                                                       | 100 |

|                                                            |                                                                                                           |
|------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>6 TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM</b> |                                                                                                           |
| <b>PORTUGAL .....</b>                                      | <b>105</b>                                                                                                |
| 6.1                                                        | A Constituição Portuguesa.....                                                                            |
| 6.2                                                        | Os direitos sociais do trabalho .....                                                                     |
| 6.3                                                        | Os direitos sociais na Constituição Portuguesa .....                                                      |
| 6.4                                                        | O Tribunal Constitucional (TC).....                                                                       |
| 6.4.1                                                      | O Tribunal Constitucional e o excesso de formalismo a vedar o acesso à<br>jurisdição constitucional. .... |
| 6.4.2                                                      | TC e direito fundamental de trabalhador .....                                                             |
| 6.5                                                        | A inacessibilidade do particular ao TC.....                                                               |

|                                      |                                          |            |
|--------------------------------------|------------------------------------------|------------|
| 6.5.1                                | Recurso de Amparo em Portugal .....      | 123        |
| 6.6                                  | Fiscalização da constitucionalidade..... | 126        |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>               |                                          | <b>128</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>             |                                          | <b>132</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA .....</b> |                                          | <b>141</b> |

## LISTA DE ABREVIATURAS

|       |                                                   |
|-------|---------------------------------------------------|
| ADC   | Ação Direta de Constitucionalidade                |
| AL    | Alagoas                                           |
| ANC   | Assembleia Nacional Constituinte                  |
| Art.  | Artigo                                            |
| BA    | Bahia                                             |
| CADH  | Convenção Americana sobre Direitos Humanos        |
| Cap.  | Capítulo                                          |
| CBR   | Constituição da República Federativa do Brasil    |
| CDFUE | Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia |
| CEDH  | Convenção Europeia dos Direitos Humanos           |
| CEDH  | Corte Europeia de Direitos Humanos                |
| CIDH  | Comissão Interamericana de Direitos Humanos       |
| CLT   | Consolidação das Leis do Trabalho                 |
| CNJ   | Conselho Nacional de Justiça                      |
| COVID | Coronavírus Disease                               |
| CPC   | Código de Processo Civil                          |
| CRP   | Constituição da República Portuguesa              |
| CT    | Código de Trabalho                                |
| DEJT  | Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho          |
| DJE   | Diário de Justiça Eletrônico                      |
| DF    | Distrito Federal                                  |
| DOU   | Diário Oficial da União                           |
| DUDH  | Declaração Universal do Direitos do Homem         |
| DUDH  | Declaração Universal dos Direitos Humanos         |
| Ed.   | Edição                                            |
| LOTIC | Lei Orgânica do Tribunal de Contas                |
| LTC   | Lei do Tribunal Constitucional                    |
| MI    | Mandado de Injunção                               |
| N.º   | Número                                            |

|       |                                                         |
|-------|---------------------------------------------------------|
| OAB   | Ordem dos Advogados do Brasil                           |
| OIT   | Organização Internacional do Trabalho                   |
| PIDCP | Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos     |
| RE    | Recurso Extraordinário                                  |
| RR    | Recurso de Revista                                      |
| SIPDH | Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos |
| STF   | Supremo Tribunal Federal                                |
| TC    | Tribunal Constitucional                                 |
| TC    | Tribunal Constitucional                                 |
| TEDH  | Tribunal Europeu dos Direitos do Homem                  |
| TJ    | Tribunal de Justiça                                     |
| TST   | Tribunal Superior do Trabalho                           |
| TST   | Tribunal Superior do Trabalho                           |
| Vol.  | Volume                                                  |



## INTRODUÇÃO

A autora milita há quase 40 (quarenta) anos no Tribunal Superior do Trabalho e no Supremo Tribunal Federal brasileiros; desses, 30 (trinta), como servidora, e quase 10 (dez) como advogada. A efetividade de direitos fundamentais de trabalhador nesses Tribunais com competência constitucional tornou-se, realmente, um desafio para os jurisdicionados, particularmente, para a advocacia, e o problema que se apresenta é: os direitos sociais do trabalhador (fundamentais) têm efetividade em Tribunal Constitucional ou a possibilidade de sua apreciação esbarra na mecânica da “jurisprudência defensiva”<sup>2</sup> (caso brasileiro) ou na inacessibilidade à jurisdição constitucional (Portugal)? O que se buscará pesquisar é se acessar uma *Justiça* Constitucional significa mesmo acesso à *Jurisdição* Constitucional, de sorte a consagrar a efetividade de direito fundamental de trabalhador nessa Justiça.

Com efeito, a morosidade e equívoco na entrega da prestação jurisdicional em matéria de índole constitucional causa grande impacto para os jurisdicionados, uma vez que, a despeito de terem sido alçados à condição de direitos fundamentais, os direitos sociais do trabalhador perdem sua efetividade nas esferas ditas constitucionais. No Brasil, pelo avanço de uma jurisprudência defensiva, em um país continental e desigual, em que a polarização nas relações de trabalho é muito visível, com cerca de cem milhões de processos a tramitar; em Portugal, por ausência de mecanismos de acesso direto do jurisdicionado à jurisdição constitucional e, ainda, igualmente, pelo excesso de formalismo do Tribunal Constitucional (TC) português na aferição dos pressupostos recursais.

A autora pretende abordar, mais especificamente, a instância Máxima de Justiça Laboral brasileira, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que detém, também, competência constitucional, a qual, muito distanciada da realidade fática, termina, muitas vezes, por retirar efetividade aos direitos mencionados, ao reformar decisões julgadas procedentes em primeiro grau e mantidas em segundo grau, instâncias soberanas no exame fático-probatório, ou a deixar de proceder ao devido enquadramento jurídico dos fatos para que se tornem efetivos os direitos fundamentais do trabalhador.

Na avaliação da autora, a distância da realidade fática mencionada leva a equívocos na edição de número questionável de Súmulas e de Orientações Jurisprudenciais (só

---

<sup>2</sup> *Jurisprudência defensiva* é uma expressão que foi cunhada no Brasil para nominar a prática dos Tribunais de utilizarem excesso de formalismos, na maioria das vezes, *contra legem*, e, assim, obstaculizar o trânsito dos recursos.

existentes no Tribunal Superior do Trabalho - TST)<sup>3</sup>, a obstaculizar a possibilidade recursal das partes, particularmente, do trabalhador hipossuficiente.

Também é alvo de reflexão desta pesquisa a complexidade de que se revestiu o processo do trabalho brasileiro, na fase recursal, a despeito da previsão legal de que “*os recursos serão interpostos por simples petição...*”<sup>4</sup>, bem assim a reiterada negativa de entrega de jurisdição e aplicação da jurisprudência considerada pacificada, com comprometimento dos institutos do prequestionamento e da vedação de exame de matéria fática.<sup>5</sup>

Assim, a autora parte do referencial teórico acerca dos direitos fundamentais, tais como consagrados nas Constituições brasileira e portuguesa (muito conectadas), direitos estes intimamente correlacionados com os direitos humanos. Dessa forma, a dissertação inicia com uma abordagem sobre a dignidade da pessoa humana, no capítulo 1.

No capítulo 2, está explicitada a base essencial da pesquisa, assentada na teoria dos direitos fundamentais, que nomina o capítulo, conceituando-os, elencando suas gerações e seus aspectos subjetivos e objetivos. Nesse capítulo, a autora traz a interessante abordagem dos direitos fundamentais como “trunfos”, na interpretação que Jorge Reis Novais faz dessa ideia, originariamente, concebida por Ronald Dworkin. Aborda ainda o direito do trabalho como direito fundamental, uma vez que é este o pano de fundo da pesquisa.

O capítulo 3 pode ser considerado o cerne deste trabalho, pois, é onde será enfrentada a questão da Tutela desses direitos fundamentais. De nada adianta referencial tão robusto, tão privilegiado e fonte de destacada proteção, como são as Cartas Magnas brasileira e portuguesa, ambas com grande projeção no tocante ao pródigo catálogo de direitos fundamentais, a destacar a Constituição da República Portuguesa (CRP), no cenário da União Europeia, se não houver mecanismos de efetiva tutela (caso português) ou se houver obstáculos para a efetivação dos direitos mencionados (caso brasileiro). Por essa perspectiva, aborda-se o que se mencionou acima, como cerne da problemática, que motivou a pesquisa, a diferença entre o “acesso à *justiça* constitucional” e o “acesso à entrega de *jurisdição* constitucional”. Nesse sentido, é objeto do capítulo a compreensão de que a efetiva tutela jurisdicional é não só um direito humano como um direito fundamental formal em ambas as Constituições aqui tidas como referencial, valendo ressaltar que a CRP tem essa perspectiva como título, sob o art. 20.º: “acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”, a utilizar em seu

---

<sup>3</sup> Essas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais representam a pacificação da jurisprudência no TST e barram a admissibilidade de recursos. Atualmente há 463 Súmulas e 709 Orientações Jurisprudenciais, entre as normais e transitórias só da Subseção 1 de Dissídios Individuais do TST.

<sup>4</sup> Art.º 899.º da CLT.

<sup>5</sup> Súmulas nºs 297 e 126 do TST.

texto a palavra eleita como essencial neste estudo: “efectiva”. A previsão formal de acesso à justiça na Constituição da República Federativa do Brasil (CBr) vem prevista no inciso XXXV do seu art. 5.º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Contudo, neste trabalho procurou-se demonstrar como, no processo do trabalho do Brasil, foram criadas leis com o claro objetivo de excluir da apreciação do Judiciário lesão a direito fundamental do trabalhador. Não se pode deixar de incluir, na reflexão sobre os instrumentos de tutela de direito fundamental, a abordagem acerca do processo justo, do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional e da razoável duração do processo, ambos direitos e garantias fundamentais formais previstos nos textos constitucionais dos dois países.

No capítulo 4, intenta-se abordar a Tutela Internacional dos direitos fundamentais. Também se considerou relevante pesquisar sobre essa tutela tendo em vista que o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) está para a jurisdição constitucional portuguesa quase que com uma última instância, haja vista a inacessibilidade do particular ao Tribunal Constitucional (TC) português. Então, tratou-se, no capítulo, dos seguintes sistemas de proteção internacional dos direitos humanos: sistema global, sistema europeu (Corte Europeia), sistema interamericano e o sistema de proteção dos direitos fundamentais da União Europeia. Aborda-se, ainda, por relevante, o princípio da subsidiariedade com relação ao direito constitucional interno.

O capítulo 5 foi destinado à “Tutela Jurisdicional do Direito Fundamental ao Trabalho no Brasil”, que se considera comprometida e incoerente com o referencial teórico que a prevê. Considerou-se importante iniciar a reflexão do capítulo pela previsão dessa proteção na CBr, que enuncia os direitos sociais do trabalho, ampla e especificamente, o que gera a crítica de juristas de se ter levado para o texto constitucional matéria infraconstitucional. O certo é que os direitos sociais do trabalho no Brasil estão quase todos constitucionalizados, o que sugeriu a abordagem, também, na pesquisa da impossibilidade de os Tribunais com competência constitucional se esquivarem de enfrentar a violação constitucional sob o chavão da infraconstitucionalidade da matéria. Assim, enfocou-se a questão da fundamentalidade dos direitos sociais do trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e a efetividade desses direitos naquele Tribunal, para se concluir que o Brasil, em termos de tutela de direitos fundamentais, *surfa* na “contra onda” do acesso à justiça, conclusão que foi respaldada no estudo de Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Nicolò, que contempla o resultado do Projeto Florença, relevante pesquisa no cenário jurídico mundial sobre as três ondas renovatórias de acesso à justiça. E nos subtítulos procura-se demonstrar porque se chegou a essa conclusão ao

se tratar de como é o acesso à justiça, no processo do trabalho, pelos hipossuficientes; da jurisprudência defensiva e de outros percalços com o intuito de evitar a entrega da devida jurisdição constitucional.

O capítulo 6 é dedicado à “Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais em Portugal”. E aqui se começa, igualmente, pela previsão constitucional, pela abordagem lá enunciada acerca dos direitos sociais do trabalho. Em seguida, fala-se do Tribunal Constitucional (TC) português e do excesso de formalismo na admissibilidade de recursos, o que atraiu condenação do Estado português pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Merece especial destaque neste capítulo a problemática da inacessibilidade do particular ao TC, o que conduz a discussão para a análise do sistema de fiscalização de constitucionalidade português e para a tese defendida, no meio jurídico português, por muitos, acerca da necessidade de um recuso de amparo em Portugal. Assim, tem-se como objetivo investigar o que muito se tem dito de que o Tribunal Constitucional português não é um tribunal de direitos fundamentais pela perspectiva de que, se os direitos fundamentais não são efetivos, perdem a sua fundamentalidade. E para que sejam efetivados, devem contar com um sistema jurisdicional garantidor.

Como metodologia de pesquisa para desenvolvimento da dissertação utilizou-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivo e dialético.

No que se refere ao procedimento, os métodos adotados foram: histórico, comparativo e estudo de caso.

Valeu-se, ainda, a autora, de ampla pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

# 1 DIREITOS HUMANOS

## 1.1 A dignidade da pessoa humana

O estudo sobre a dignidade da pessoa humana, a partir da sua concepção de norma jurídica e de princípio jurídico-constitucional, é relevante para uma pesquisa acerca da fundamentalidade de direitos sociais do trabalho. A maioria dos ordenamentos jurídicos a acolhem como princípio fundamental do Estado de Direito.

Uma observação que é feita por Jorge Reis Novais é de que a percepção de dignidade dos textos constitucionais contempla a pessoa humana, individualmente considerada. A garantia constitucional reveste-se, pois, de uma dimensão subjetiva primária incontestável.<sup>6</sup>

A Constituição da República Portuguesa e a Constituição da República Federativa do Brasil estabelecem, ambas, em seu artigo 1º, como *base* e, como *fundamento*, respetivamente, (palavras que se apresentam sinônimas), a *dignidade da pessoa humana*. Assim, tanto no Brasil, como em Portugal, o princípio da dignidade da pessoa humana tem destaque constitucional, bem assim, e em correlação, a proteção aos direitos fundamentais.

No artigo 1º, inciso II e III, da Constituição brasileira de 1988 destacam-se, como alicerce do Estado Brasileiro, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Nos termos do § 4º do artigo 60, os direitos e garantias individuais constituem cláusula pétrea. E mais, o art. 5º, §1º, estatui a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.<sup>7</sup>

Na Constituição portuguesa esse princípio aflora em outros dispositivos como: o art. 13.º (todos os cidadãos têm a mesma *dignidade* social e são iguais perante a lei); o art.º 26.º, 2 (a lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à *dignidade* humana, de informações relativas às pessoas e famílias) e 3 (a lei garantirá a *dignidade* pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica); o art. 67.º, 2, “e” (regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a *dignidade* da pessoa humana); o art. 59.º, 1, que se refere à “existência *condigna*” e às “condições de trabalho socialmente *dignificantes*”; o art. 206.º, que guarda previsão, no tocante às audiências dos tribunais, de salvaguarda da *dignidade* das pessoas.

---

<sup>6</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2018, p. 19.

<sup>7</sup> “§1º- As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Igualmente, a Constituição Brasileira reforça o princípio da dignidade da pessoa humana em outros dispositivos como: art. 226.º, § 7º, que estabelece que o planejamento familiar deve estar fundado nos princípios da *dignidade* da pessoa humana; os arts. 227.º e 230.º, que asseguram, respetivamente, à criança e ao idoso, dentre outros, o direito à *dignidade*.

Canotilho e Vital Moreira, ao comentarem a Constituição Portuguesa, afirmam que a dignidade da pessoa humana e a vontade popular são fundamento e limite do Estado democrático. Ensinam que, quando a República elege, como sua base, a dignidade da pessoa humana, deixa inequivocamente explícito que o seu domínio e poder devem ser pavimentados em dois pressupostos ou precondições: a pessoa humana e a organização política; “a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais”.<sup>8</sup>

O Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, Augusto César Leite de Carvalho, leciona no mesmo sentido. Diz que a Constituição Brasileira, em seu art. 1.º, inciso III, consagra a dignidade humana, como fundamento da República, e situa o homem, pois, na centralidade do sistema jurídico, a impedir que se possa atribuir a qualquer norma significado ou eficácia que contradiga essa perspetiva.<sup>9</sup>

A dignidade da pessoa humana, para o Professor Jónatas Machado, “representa uma síntese, dotada de elevado grau de generalidade e abstracção, dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e teórico-políticos resultantes da reflexão multissecular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política”.<sup>10</sup>

Relevante é a observação do Professor José Melo Alexandrino ao trazer a “linha do racionalismo kantiano”, segundo a qual “a doutrina e a jurisprudência alemãs costumam recorrer a um modelo de explicação que ficou conhecido como ‘fórmula do objecto’ Gunter Dürig”. Isso quer dizer que quando a pessoa for rebaixada à condição de mero objeto ou instrumento, ao invés de “fim”, quando for degradada ou humilhada, há grave violência à dignidade humana.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 2007.

<sup>9</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de – **Princípios de Direito do Trabalho, sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2018.

<sup>10</sup> MACHADO, Jónatas Mendes – **Liberdade e Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 358-359.

<sup>11</sup> ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Direitos Fundamentais**. 2.ª ed. Cascais: Princípiã, 2011, p. 65-66.

A maioria dos doutrinadores luso-brasileiros percebe a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais.

O Professor Luís Roberto Barroso<sup>12</sup>, Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, chama a atenção para o fato de se invocar o princípio da dignidade da pessoa humana nos dois lados da disputa, “em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do Holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial *post mortem*, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais”.

Há uma discussão recorrente acerca da densidade normativa do princípio da dignidade da pessoa humana, diante da dificuldade da utilização jurídico-constitucional desse conceito e da definição do exato conteúdo normativo. Jorge Reis Novais entende que essa densificação ocorre mediante as normas de direitos fundamentais, o que autoriza os tribunais se valerem do princípio como se fosse norma constitucional expressa, haja vista a associação entre os dois vocábulos, dignidade e direitos fundamentais, uma vez que aquela é fundamento destes. A pessoa é vista como sujeito jurídico quando se reconhece a sua dignidade, considerada requisito para a titularidade de direitos fundamentais: um “direito originário a ter direitos” (*Recht auf Recht*). Reis Novais afirma que essa conclusão está assentada na percepção de Hannah Arendt que tratava da pertença juridicamente reconhecida a fazer parte de uma comunidade política, o direito à cidadania (subtraído de milhões de pessoas no período das duas guerras, nos regimes totalitários, como o único direito humano, o “direito a ter direitos” (*Recht, Rechte zu haben*)).<sup>13</sup>

Para que a dignidade da pessoa humana não se torne simples retórica e reste banalizado e esvaziado o princípio constitucional que pavimenta todo o texto constitucional, e uma vez que está associada à defesa dos direitos fundamentais, convém apurar o seu conteúdo normativo autónomo independente. E o que se encontra, da sistematização que faz Reis Novais, é que o princípio em questão deve apresentar robustez nas várias esferas de sua aplicação: como um critério de interpretação do conteúdo dos direitos fundamentais, como um parâmetro de ponderação em situações de restrição dos direitos fundamentais, como limite

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

<sup>13</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2018, p. 74-75.

aos limites, e como garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. E o que se pode resumir é que essa investigação sempre passará pela identificação do conteúdo da dignidade da pessoa humana com o conteúdo dos direitos fundamentais, sem que se consiga extrair uma normatividade autónoma do princípio.<sup>14</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que não é que toda regra procedimental tenha correlação com a dignidade da pessoa humana; mas sim que a consideração do indivíduo como sujeito no processo e não mero objeto do processo deve pautar a interpretação dos direitos e garantias fundamentais, que se revestem do seu conteúdo e nela tem fundamento.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2018, p. 27-34.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 147.



## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Fundamental*, a partir de uma análise etimológica, vem do latim *fundus* que significa “a parte de baixo, alicerce”. Isso significa desde já que os direitos fundamentais compõem o sustentáculo de uma sociedade regida por uma ordem constitucional. Como visto anteriormente, diferentemente dos direitos humanos, os direitos fundamentais devem portar de reconhecimento nas constituições, dotados de valor de direito positivo para que, então, sejam capazes de derivar consequências jurídicas.

Consoante a doutrina de Gomes Canotilho, para que os direitos fundamentais sejam plenamente caracterizados como tais, devem ser fruto de um processo de positivação (“constitucionalização”) nas mais basilares normas constitucionais que os confirmam a dimensão de exímios Fundamental Rights<sup>16</sup> em um Estado democrático de direito: “Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos ou até, por vezes, mera retórica política, mas não são direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direitos constitucional”<sup>17</sup>.

Com o desenvolvimento da sociedade, de forma dinâmica, a base antropológica dos direitos fundamentais não é mais o homem individual, mas sim sua inserção no contexto sociopolítico com funcionalidades socioeconômicas<sup>18</sup>. Dessa forma, as funções dos direitos se ampliaram de maneira a adaptar-se formalmente e materialmente às necessidades sociais dos indivíduos.

A função primária dos direitos fundamentais é a defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os Estados. Segundo Canotilho, a função de direitos de defesa é dividida em duas esferas: a primeira jurídico-objetiva, que estabelece normas negativas para os poderes públicos, isto é, proibindo determinadas condutas que interfiram nas esferas jurídicas individuais; e a segunda, no plano jurídico-subjetivo da liberdade positiva, de modo a exigir dos poderes públicos ações ou omissões que evitem agressões a essas esferas.<sup>19</sup>

Ademais, a esfera constitucional proporciona também a função de prestação social, em sentido estrito, “direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)”<sup>20</sup>. Essa mesma função também acumula possibilidades de prestação para concretização dos direitos fundamentais e questionamentos, dentre eles: será o Estado

---

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 377-379.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 377.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 406.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 408.

<sup>20</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

obrigado a prestar políticas sociais ativas, como criação de instituições, serviços e outros fornecimentos de prestações devido a uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais vinculada juridicamente aos poderes? Segundo Canotilho, é líquido que a Constituição Portuguesa de 1976 determina normas consagradoras para prestação de direitos sociais, económicos e culturais, ou seja, há imposição de políticas públicas socialmente ativas.<sup>21</sup> O mesmo pode-se afirmar acerca da Constituição Brasileira de 1988, uma vez que prevê positivamente institutos como seguro-desemprego (Art. 7º, II), gratuidade do ensino público (Art. 206, IV), dentre outras prestações.

Além disso, o respeito estatal para com os direitos fundamentais é traduzido exatamente a partir dessa atuação positiva, criando, além da própria constituição, leis e instituições que permitam a garantia efetiva desses direitos.<sup>22</sup>

Ainda sob a égide funcional dos direitos fundamentais, destaca-se a função de proteção perante terceiros, ou seja, o Estado também é responsável por proteger a esfera individual de violações provenientes de terceiros. Assim, é garantido constitucionalmente o dever do Estado de adotar medidas positivas que possibilitem o exercício dos direitos fundamentais: como exemplo, a Constituição brasileira prevê, em seu artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”<sup>23</sup>. Dessa forma, os direitos fundamentais também impactam nas relações jurídicas privadas, sendo responsabilidade estatal concretizar normas que sejam capazes de regular essas relações e de proporcionar a devida observância dos direitos.<sup>24</sup>

Outrossim, a doutrina reconhece conjuntamente sua função de não discriminação, cuja abrangência engloba todos os direitos, dentre outras liberdades e garantias pessoais. Este princípio relaciona-se diretamente ao conceito basilar de Estado democrático de direito em que todos os cidadãos são fundamentalmente iguais, de modo a proporcionar, em uma sociedade ideal, a efetivação plena da igualdade de modo multicultural e hiperinclusiva<sup>25</sup>, abrangendo principalmente alguns grupos minoritários, ainda segregados.

Por último, os direitos fundamentais e suas funções estão todos interconectados à função democrática, isto é, tais direitos são elementos constitutivos do Estado de direito para

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 409.

<sup>22</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 310.

<sup>23</sup> BRASIL. Presidência da República – **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *opere citato*, p. 409.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 410.

realização básica da democracia. Afinal, o exercício democrático do poder envolve contribuição de todos os cidadãos (princípio da igualdade e da participação política) cuja participação é livre (direito de associação, formação de partidos e liberdade de expressão) e promove um processo político que dialoga intrinsecamente com os direitos sociais, econômicos e culturais de uma democracia. Canotilho compreende a relação entre o princípio democrático e os direitos fundamentais como uma “dinâmica dialética”<sup>26</sup>, que compõe o pilar de um Estado Democrático regido por uma Constituição com princípios fundamentais.

Assim, diante de todas as funcionalidades dos direitos fundamentais, faz-se necessária, então, análise de suas características intrínsecas que lhes assegurem devida efetivação no plano prático e salvaguarde completa garantia dos direitos, sejam eles promotores de deveres de abstenção do Estado para asseverar liberdades ou promotores de deveres de prestação que sustentam os direitos sociais.

## 2.1 Conceito de Direitos Fundamentais

Além de suas funcionalidades, os direitos fundamentais detêm definição estrutural e material que determinam suas condições de aplicação e amplitude para o exercício pleno dessas garantias no Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, há de ser considerada sua característica primária de constitucionalização, afinal são a *prima facie* da definição os direitos fundamentais enquanto mecanismos normatizados nos instrumentos jurídicos e constitucionais de cada Estado. É o fator que os difere dos direitos humanos e os permite deter efetividade dentro do espaço normativo em uma construção social democrática. Segundo o professor Paulo Gustavo Gonet Branco, “São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra”<sup>27</sup>. No caso dos Direitos brasileiro e português, os direitos fundamentais se definem na gama de direitos constitucionais.

Outra característica genuína nos direitos fundamentais é que eles são universais. Esse traço se torna mais cristalino uma vez vinculado ao princípio da igualdade, ou seja, os direitos fundamentais, em sua circunstância universal, detêm como titulares os seres humanos em sua totalidade, independentemente de raça, religião, gênero ou qualquer outra característica física ou social. Atualmente, é pacífico reconhecer a universalidade desses direitos sem

---

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 290.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 136.

necessariamente atribuir-lhe um caráter absoluto, já que eles são suscetíveis de limitações, inclusive por outros direitos fundamentais<sup>28</sup>.

Além disso, os direitos fundamentais são inalienáveis, indisponíveis e irrenunciáveis. Do latim, *inalienabilis*, que significa “cujo domínio não pode ser passado ou transmitido a alguém”. Tal característica se pauta na fundamentação do valor da dignidade humana: “Da mesma forma que o homem não pode deixar de ser homem, não pode ser livre para ter ou não dignidade, o que acarreta que o Direito não pode permitir que o homem se prive de sua dignidade”<sup>29</sup>. A consequência direta da inalienabilidade é que a mera preterição de um direito fundamental pelo seu titular não se encontra respaldada mesmo diante do consentimento.

Acerca da indisponibilidade e da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, são reconhecidas possibilidades em que a ordem constitucional tolera determinadas restrições, ainda que efêmeras, em prol de uma finalidade, por exemplo, um fim contratual legítimo.<sup>30</sup> Nessa perspectiva, a esfera do indivíduo se torna passível de limitações, desde que não ultrapassado o limite intransponível, como o direito à saúde, à integridade física e às liberdades pessoais – direitos que seguem resguardados como indisponíveis e irrenunciáveis.

Ademais, os direitos fundamentais também são dotados de historicidade, ou seja, determinam faculdades que se identificam com certo espaço e tempo como resultado direto do desenvolvimento humano dinâmico e suas demandas. Essa característica é explicitada sublimemente pelo filósofo Norberto Bobbio. Em sua obra *A Era dos Direitos*<sup>31</sup>, ele descreve o fenômeno exemplificando que algo fundamental em uma época histórica pode não ser dotado de tal substancialidade em outras épocas e outras culturas.

Assim, os direitos fundamentais são resultado de um processo de maturação histórica e acúmulo legislativo. Faz-se importante ressaltar essa característica, pois interligado a ela tem-se que os direitos fundamentais, vinculados ao processo legislativo, são regidos também pelo princípio da proibição do retrocesso. Portanto, uma vez obtido certo grau de concretização, essas conquistas não são reversíveis.<sup>32</sup> Canotilho explora essa característica como uma “proteção de direitos prestacionais subjetivamente adquiridos”<sup>33</sup>, e, estabelecido

---

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 133.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>30</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7.<sup>a</sup> tiragem. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137.

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 339.

esse núcleo essencial intangível, qualquer possibilidade de retrocesso representaria uma ameaça à garantia do mínimo necessário e ao princípio da dignidade humana<sup>34</sup>. Logo, resta constituído um limite jurídico ao legislador enquanto, simultaneamente, alicerça uma obrigação de prossecução de uma política com direitos concretos e expectativas assentadas. É o fulcro para o conceito de justiça social e qualquer violação desse núcleo essencial efetivado resulta em inconstitucionalidade.<sup>35</sup> Exemplificativamente, é inconstitucional extinguir o subsídio de desemprego (Art. 7º, II).<sup>36</sup>

Outrossim, os direitos fundamentais e seu núcleo essencial também gozam da idiossincrasia da inexauribilidade, isso significa que eles são inesgotáveis, de modo que podem ser expandidos, ampliados e sujeitos à criação de novos direitos, e essa característica se faz presente no § 2.º do artigo 5.º da Constituição<sup>37</sup> em conjunto com o atributo da imprescritibilidade. Destarte, os direitos fundamentais são dotados de abundância inesgotável e sem prazo de validade.

Finalmente, relacionado ainda ao vínculo dos direitos fundamentais com o poder legislativo, há também o atributo da aplicabilidade imediata desses direitos. Visto que eles representam expressão da soberania de um povo e colocam-se acima, inclusive, de poderes constituídos, não há possibilidade, portanto, de os direitos fundamentais ficarem sob dependência de uma intermediação legislativa para produzir efeitos.<sup>38</sup> Eles estão cada vez mais apartados de uma conceção formalista de um Estado de Direito e dependem de funções legislativas tão simplesmente para garantir seu exercício pleno, mas a aplicabilidade de sua existência é imediata e não pode ser postergada. Assim sendo, o professor Paulo Gustavo Gonet Branco identifica o carácter preceptivo das normas de direitos fundamentais e não simplesmente programático. Ressalta que tais direitos têm como base a Constituição e não a lei. O que se conclui é que as normas de direitos fundamentais é que devem balizar o direito ordinário e não o contrário, bem assim, reger as relações jurídicas.<sup>39</sup>

Em suma, os direitos fundamentais se guarnecem de uma ampla gama de características e conceituações, permanentemente abastecida pelas relações sociais em um

---

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 340.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>36</sup> BRASIL. Presidência da República – **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>37</sup> “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” (*ibidem*).

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 143.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 142.

Estado Democrático de Direito, sujeitos a variações, mas sempre amparados pelas suas próprias funcionalidades e dinamicidade. A partir da análise de seu núcleo essencial, é possível repercutir os direitos fundamentais nas mais diversas esferas de uma sociedade constantemente em mutação e analisar como essa variedade é também resultante de um processo histórico rebuscado.

## 2.2 Gerações de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, segundo Canotilho, reverberam particularidades antropológicas e reconduzem o homem à sua história “como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado”<sup>40</sup>. Dessarte, a trajetória dos direitos fundamentais ocorre por meio de movimentos simultâneos: o primeiro de manifestação interna da autonomia enquanto cidadão detentor de individualidades e direitos; e o segundo de externalização das vontades como forma de intervenção na relação indivíduo-meio. Diante então da responsabilidade por influenciar o ambiente, adicionada à repercussão da liberdade e autonomia, a história dos direitos fundamentais resulta em um conjunto de eventos históricos responsável não somente por grandes transformações sociais externas, mas também responsável pelo desenvolvimento das personalidades. São essas as circunstâncias necessárias para projetar os direitos fundamentais como forma de proteção das manifestações humanas individuais e coletivas e seu direito de realizá-las.

Uma vez tido que os direitos fundamentais são, portanto, o reflexo autêntico de uma sociedade aperfeiçoada historicamente e um conjunto de percepções filosóficas e políticas, tornou-se, então, primordial à doutrina que se desmembrasse a evolução dos direitos fundamentais em gerações. Há de se reconhecer, no entanto, que não há substituição ou conflito entre as gerações. As interações temporais nesta evolução dos direitos fundamentais ocorrem por um processo, nas palavras de Gomes Canotilho, de densificação para construção de direitos constitucionais concretizados<sup>41</sup> de modo a adaptar o direito às novas necessidades. Nesse sentido, o professor Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que “os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos”, ou seja, um direito fundamental que surgiu primeiro, não decai pelo advento de

---

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 248.

<sup>41</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

um novo que se reconheça, mas se adapta à nova ordem constitucional, constantemente em mutação.<sup>42</sup>

Sob uma análise histórica, o desenvolvimento dos direitos fundamentais não foi um processo linear ou uniforme, ocorreram ruturas que determinaram os momentos de conscientização do problema e, a partir dessas fragmentações, a caracterização de cada geração. Inicialmente, ao analisar a antiguidade filosófica clássica, há de se ressaltar que Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão algo natural e os poucos direitos determinados limitavam-se à *pólis*.<sup>43</sup> Ainda sob a perspectiva da *lex natura*, o pensamento sofista, próximo dessa natureza humana biológica, traz a tese de humanidade dotada de igualdade natural com disponibilidade ainda limitada; são esses os primeiros resquícios de universalização dos direitos do homem.<sup>44</sup>

Gradualmente, a sociedade passa a comungar, por séculos, de concepções cristãs medievais baseadas na vontade divina e divisões estamentais que já demonstravam a necessidade de submissão dessas normas ao direito positivo fundado na própria natureza humana para que sejam construídas as normas jurídicas. Assim, inicia-se o processo de secularização do direito natural, em que são desenvolvidas as teorias contratualistas devido à necessidade humana de pertencer a uma organização política.<sup>45</sup> Tanto os filósofos John Locke, Jean-Jacques Rousseau quanto Thomas Hobbes, no século XVII, estudaram as possibilidades de se estabelecer o pacto social, em que os indivíduos renunciavam às suas liberdades a fim de que o Estado soberano proteja seus cidadãos. A concepção filosófica, no entanto, se alicerça em um Estado cuja máquina burocrática acumulava demasiados privilégios à nobreza. À vista disso, a falta de liberdade política da burguesia desenvolve-se na luta pelos direitos do homem e pela defesa de sua propriedade, marcando princípios da autonomia privada, do direito à vida e do direito à liberdade no Estado-sociedade.<sup>46</sup>

Diante desse embasamento histórico, torna-se possível considerar as mudanças histórico-sociais baseadas nos ideais igualitários que influenciaram a sociedade e criaram o contexto de inquietação do século XVIII que precedeu as Revoluções Francesa (1789-1799) e Americana (1775-1783). Assim, surge a primeira geração dos direitos fundamentais referentes aos direitos civis e políticos. Foram os primeiros a serem positivados e levavam como

---

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 129.

<sup>43</sup> ARISTÓTELES – **Política**. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 381.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 382-383.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 384

paradigma de titular de direitos o homem individualmente considerado.<sup>47</sup> Tal faculdade é o retrato da sociedade pós-Revolução marcada pelo absenteísmo estatal: a nova postura adotada pelos Estados liberais sem interferência na vida privada. Os direitos de primeira geração são aqueles, portanto, que se referem às liberdades individuais, tais quais o direito à propriedade, liberdade de palavra, pensamento e fé.<sup>48</sup>

A constitucionalização desses direitos da primeira geração, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1.798, por exemplo, foi relevante para a consolidação do dever, então, negativo do Estado de garantir a liberdade dos indivíduos. Dessa forma, não cabe mais ao Estado adentrar a esfera privada do indivíduo, seja sob o aspecto de liberdade econômica e propriedade seja no âmbito de sua liberdade de locomoção e integridade física, mas sim de exercer seu dever negativo de abstenção.<sup>49</sup> O desenvolvimento da autonomia da vontade neste período foi, inclusive, norteador dos princípios do direito privado moderno.

Fato é que o ideário de liberdade individual e político originado nessas revoluções suscitaram um grande paradoxo, pois, à medida que, por um lado, foram aumentados os direitos fundamentais e a noção de cidadão, como parte da sociedade, por outro, o resultado social foi o crescente abismo da desigualdade social no século XVIII. A ausência do estado liberal e adoção do “*laissez faire, laissez passer*” – literalmente “deixai fazer, deixai passar”; dessa forma, em parte concedeu liberdades individuais, mas agravou as disparidades sociais.

A partir disso, novas reivindicações surgem a fim de impor ao Estado o papel ativo para a realização de justiça social e amparo nas situações de exploração, principalmente, diante da realidade político-industrial na Europa dos séculos XVIII e XIX. Dá-se início, inclusive, à luta das classes trabalhadoras e às teorias socialistas, como a de Karl Marx e Friedrich Engels, que acentuam os ideais “do homem egoísta e a necessidade de completar os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total”<sup>50</sup>.

Principia-se, assim, a segunda geração dos direitos fundamentais que deu origem aos chamados “direitos sociais” em busca de concretizar a estrutura existencial-materialista, mas humanamente digna<sup>51</sup>, singularizada pelo intervencionismo estatal para promover tal bem-estar social. Esse plano econômico-social ganhou espaço nas discussões e os indivíduos passam a almejar não mais um Estado apartado e a liberdade individual desmedida, mas sim

---

<sup>47</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 128-129.

<sup>48</sup> *Ibidem, loco citato*.

<sup>49</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da – Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 7, n. 2 (2006), p. 122-143, p. 123.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 385.

<sup>51</sup> *Ibidem, loco citato*.



requisitar prestações positivas que ensejem uma liberdade real e mais equitativa, originando os “direitos prestacionais”<sup>52</sup>.

O princípio da igualdade foi, portanto, basilar para o desenvolvimento dessa geração de direitos fundamentais, que diz respeito aos direitos, por exemplo, à assistência social, à saúde, à educação e ao trabalho. Diante dessa mudança é singular que tal princípio não seja interpretado como um princípio estático, mas sim dinâmico e passível de relativização e oscilações, com o objetivo de diminuir a desigualdade material e alcançar a democracia social.<sup>53</sup> Além disso, é importante destacar que os direitos sociais não necessariamente são direitos de coletividade; na verdade, seus titulares são os indivíduos ainda singularizados, mas que reivindicam justiça social e fruição dos direitos isoladamente.<sup>54</sup>

A influência dos direitos sociais, outrossim, deu-se de maneira tão significativa que a doutrina buscou estudá-los, na atualidade, sob duas esferas: a primeira, apelativa, em virtude de uma democracia econômica, social, inclusiva e universal; e a segunda, restritiva, uma vez que os direitos sociais também preveem, em uma esfera mais estrita, tratamento preferencial para as pessoas que não podem desfrutar destes direitos por questões econômicas, sociais ou até físicas.<sup>55</sup> Assim sendo, a Constituição da República Federativa do Brasil<sup>56</sup>, a título de exemplo, prevê em seu artigo 6º o direito social ao trabalho e, para garantir proteção àqueles fragilizados incapazes de exercer plenamente este direito, prevê, nos incisos de seu artigo 7º, possibilidades restritas que visem proporcionar o completo gozo do direito e impedir discriminações.<sup>57</sup>

Em seguida, historicamente já na década de 1960, o mundo ocidental vivenciou uma explosão demográfica, aumento do consumo e utilização desenfreada de recursos naturais no século XX, ensejando, destarte, o surgimento da terceira geração de direitos fundamentais cujo marco estrutural é a titularidade difusa. Nasce a perspectiva dos direitos de solidariedade, que incluem o direito ao desenvolvimento e pressupõem um dever mútuo de colaboração, transportando uma dimensão coletiva a esses direitos, os quais foram denominados de “direito dos povos”<sup>58</sup>. Esses direitos resguardam o discernimento do coletivo, tais como direito ao

---

<sup>52</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 128-129.

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 350.

<sup>54</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *opere citato, loco citato*.

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *opere citato*, p. 348.

<sup>56</sup> BRASIL. Presidência da República – **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>57</sup> Art 7º, XX: “proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

<sup>58</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *opere citato*, p. 386.

meio ambiente, à paz, à comunicação e à conservação do patrimônio histórico. Canotilho explicita perfeitamente em sua obra a noção dos direitos de terceira geração e destaca não haver conflito ou substituição de gerações, mas sim conexões dimensionais. Para ele, trata-se de *solidarity rights*, uma vez que a solidariedade já pode ser vista como uma dimensão “indimensionável” dos direitos econômicos, sociais e culturais, para além da visão de um direito dos povos, de um direito da humanidade, com um respaldo coletivo.<sup>59</sup>

Finalmente, apesar de pouco delimitado, há de se falar ainda dos direitos de quarta geração ou direitos das minorias. É uma classificação ainda não pacífica entre os doutrinadores, não obstante ter sido reconhecida, em 1992, com a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, ratificada pela Organização das Nações Unidas.<sup>60</sup> São direitos que buscam explorar os grupos dotados de características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes do estereótipo populacional e, por isso, demandam tratamento especial para afirmação efetiva do seu direito à igualdade, dotado de especificidades díspares.<sup>61</sup>

Em conclusão, a consagração dos direitos fundamentais é o resultado das reações sociais às novas vontades do indivíduo juntamente com os processos formais dos sistemas constitucionais. Ou seja, um processo histórico não linear, portanto, sob a influência de uma constante reafirmação da individualidade irrenunciável enquanto indivíduo autonomamente responsável e sob livre desdobramento de sua personalidade. Finalmente, uma vez dotados de carga histórica relevante e densidade normativa, os direitos fundamentais, enfim, serão capazes de exercer todas as suas funções de proteção e garantia, sempre incluídos na realidade de uma sociedade altamente complexa e dinâmica.

### 2.3 Aspectos Subjetivos e Objetivos dos Direitos Fundamentais

Ainda consoante à teoria da constituição e dos direitos fundamentais de Canotilho, o Estado de Direito é uma forma de estado de distância.<sup>62</sup> Isso significa que, além de assegurar, de maneira positivada, o alicerce dos direitos fundamentais, evidencia ser inequívoca a necessidade de o Estado proporcionar um espaço irredutível e subjetivo para exercício da autonomia do indivíduo através de suas diferenças e individualidades. À vista disso, para que

---

<sup>59</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 387.

<sup>60</sup> ASSEMBLEIA GERAL DA ONU – **Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas**. Genebra, 18 dez. 1992. [Consult. 20 ago. 2019]. Disponível em WWW:<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Minorities.aspx>.

<sup>61</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *opere citato, loco citato*.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 244.

seja conformato o estado ideal positivado de vida social, econômica e cultural, faz-se necessário proporcionar ao indivíduo plena manifestação de sua personalidade e autonomia a partir das suas particularidades.<sup>63</sup> Assim sendo, um direito positivado deve oferecer o distanciamento necessário aos seus autônomos para que exista a diferenciação entre suas dimensões subjetiva e objetiva, sendo a primeira o espaço único e essencialmente constituído por direitos, liberdades e garantias pessoais e a segunda, regras objetivas.

Com efeito, a doutrina tem adotado uma distinção entre as dimensões subjetiva e objetiva das normas de direitos fundamentais correspondentes a deveres do Estado e a pleitos subjetivos da efetivação daqueles. Isso equivale à dupla natureza de que se revestem os direitos fundamentais, como “direitos de defesa”<sup>64</sup> contra os poderes do Estado e como direitos de exigir o cumprimento das obrigações estatais.

Contudo, Paulo Bonavides fala de complementação e não de substituição, ao insistir que “não há, portanto, como desmembrar dos direitos fundamentais a sua feição subjetiva do seu caráter objetivo, sendo que a primeira se insere na interioridade do segundo”. Ele diz, acerca da exigência de que se observe a dupla dimensão, que a teoria de Peter Häberle conduz ao entendimento de haver “mútua dependência das duas dimensões de forma conjugada”.<sup>65</sup>

#### a) Aspectos subjetivos

Primeiramente, os direitos fundamentais, em sua origem, como direitos individuais, detêm força de vontade e autonomia à medida em se encontram constitucionalmente protegidos e essa esfera de proteção caracteriza, então, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, consiste na pretensão de um titular de efetivar um direito individual como desenvolvimento de sua personalidade.<sup>66</sup> Assim, normas garantidoras de liberdade de escolhas e capazes de asseverar outras arbitrariedades e individualidades são aquelas cuja expressão se dá pela dimensão subjetiva, a constituir uma realidade singular de determinados interesses.<sup>67</sup>

A dimensão subjetiva, assim, está relacionada à prerrogativa, por parte dos titulares, de exigir dos órgãos estatais ou outros que têm o dever jurídico de satisfazê-los a prestação fundamental correspondente.

---

<sup>63</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 244-245.

<sup>64</sup> HESSE, Konrad – **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 235.

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 622.

<sup>66</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *opere citato*, p. 1257.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 1256.

Como ensina Wolfgang Sarlet<sup>68</sup>, o titular de um direito fundamental pode impor judicialmente seus interesses em face do destinatário ou obrigado. Há uma relação trilateral entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.

Na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, os autores, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, salientam que “a dimensão subjetiva corresponde, em primeiro lugar, ao anteriormente estudado *status negativus*”. “Trata-se”, continuam, “da dimensão ou da função clássica, uma vez que o seu conteúdo normativo se refere ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual”.<sup>69</sup> Aludem a um correspondente filosófico-teórico: a teoria liberal dos direitos fundamentais, a qual consagra os direitos fundamentais do indivíduo de resistir à intervenção do Estado (*Abwehrrechte gegen staatl. Grundrechtseingriffe*).

Nessa relação dentre direito público, indivíduo e Estado, o indivíduo pode lançar mão da liberdade negativa, cabendo ao Estado a obrigação negativa de não fazer algo, não interferir no campo individual. Essa dimensão se realiza também nos direitos fundamentais que respaldam pretensões peculiares ao *status positivus*: liberdade positiva, para fazer algo, correspondente à vedação de omissão por parte do Estado, o dever de fazer alguma coisa. Aqui se encontram os direitos sociais e políticos e de garantias processuais, como a do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da CFBr, e 20, 1, da CRP).<sup>70</sup>

José Carlos Vieira de Andrade afirma que o reconhecimento de um direito subjetivo está relacionado “à proteção intencional e efetiva da disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual, que se traduzirá sempre no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”.<sup>71</sup>

Christine Oliveira Peter da Silva respalda a compreensão do aspeto subjetivo na possibilidade de um titular “fazer valer” seu direito. A autora faz referência ao poder do

---

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>69</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 111.

<sup>70</sup> “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, artigo 20 (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva). 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos.”

<sup>71</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 108.

indivíduo ou da coletividade de acionar o Judiciário para exercer o direito de ações negativas ou positivas como titulares de um direito fundamental.<sup>72</sup>

É interessante a conclusão de Canotilho quando constata que há uma presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, uma vez que tais direitos, são, a princípio, individuais. E daí ele extrai uma segunda conclusão; a de que a proteção se realiza de maneira subjetiva quando um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual.

Quando se reconhece, na Constituição Portuguesa, que sindicatos, partidos e comissões de trabalhadores possam ser formados, como um direito fundamental, o que se busca proteger são os trabalhadores (artigos 54.º/1, 56.º/1). Não se trata, pois, de uma “garantia da ordem objectiva ou de bens coletivos”. Ele destaca que a CRP privilegia o *princípio da prevalência do carácter subjectivo individual* (artigos 55.º/2/b – liberdade negativa de associação sindical; 41.º/1- liberdade de consciência e religião acima dos “direitos das igrejas”).<sup>73</sup>

#### b) Aspetos objetivos

Já a dimensão objetiva dos direitos fundamentais conduz à construção do ordenamento jurídico de um Estado democrático. Isso porque eles operam não apenas como norteadores das regras e diretrizes da ação positivada, como também impõem limites aos poderes e garantem todas as finalidades analisadas anteriormente, repletas de valores sociais.<sup>74</sup> Isso quer dizer que o direito fundamental é visto na perspectiva da totalidade, de como pode repercutir na coletividade, a partir da sua significação para todos os indivíduos ou grande parte deles, e não apenas em razão de um interesse individualizado, ou seja, não serão priorizados os titulares do direito, mas, sim, a função social dos direitos fundamentais.<sup>75</sup> Nesse sentido, revela-se perfeita a síntese de José Carlos Vieira de Andrade: “o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos”.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da – **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Brasília: Universidade de Brasília, Brasília, 2001, p. 49.

<sup>73</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 1257-1258.

<sup>74</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153-155.

<sup>75</sup> SILVA, Virgílio Afonso da – **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185.

<sup>76</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 108.

Essa esfera é responsável por dar ensejo a uma perspectiva de garantia coletiva, ao alcançar tanto os titulares do direito individualmente quanto o bem tutelado de forma mais abrangente na sociedade. Nas palavras do professor Paulo Gustavo Branco Gonet: “A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor de seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos”<sup>77</sup>.

Portanto, a dimensão objetiva dos direitos é responsável pela adoção de providências para garantir a prestação positiva dos direitos, de modo a reforçar a efetividade material e jurídica dos direitos fundamentais.<sup>78</sup>

Segundo Canotilho, “uma norma vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto”. Assim, as normas determinam “o objetivo, os limites e o modo de cumprimento” das tarefas estatais.<sup>79</sup>

Foi o constitucionalista alemão Horst Dreier quem escolheu o termo *dimensão jurídico-objetiva*.

Os direitos fundamentais, objetivamente, têm características de normas de competência negativa. O que é concedido no individual é retirado do Estado, independentemente de o particular exigir em juízo a observância do seu direito.

Portanto, a dimensão objetiva dos direitos é responsável pela adoção de providências para garantir a prestação positiva dos direitos, de modo a reforçar a efetividade material e jurídica dos direitos fundamentais.<sup>80</sup>

Há de ressaltar, ainda, a possibilidade de tensão entre as duas dimensões. Esse conflito é comum, já que um indivíduo, enquanto ser dotado de subjetividade e autonomia, uma vez integrado a um corpo social, tende a manifestar seu exercício de cidadão e confrontar-se com certas incompatibilidades.<sup>81</sup> Essa dicotomia no direito constitucional tende a analisar as situações de sobreposição com o juízo de ponderação, de forma a aplicar os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação<sup>82</sup>, não necessariamente criando uma rivalidade de caráter subjetivo individual *versus* objetividade material social, mas sim um equilíbrio.

---

<sup>77</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 154

<sup>79</sup> HESSE, Konrad – **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 241.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>81</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 1256.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 1257.

A dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais redundou em relevantes inovações no campo constitucional. Segundo Paulo Bonavides, há um rol de características desses direitos, do qual não se pode subtrair ou modificar fundamentos. A primeira é que os direitos fundamentais irradiam e propagam-se em toda a esfera do Direito Privado, em todas as províncias do Direito, sejam jusprivatistas, sejam juspublicísticas. A segunda é a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de modo a ocupar espaço no mais importante polo de eficácia normativa da Constituição. A terceira se trata da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, extensa, com respeito aos três Poderes.

Em quarto, o autor destaca que os direitos fundamentais são trajados de aplicabilidade direta e a eficácia imediata, com perda do caráter de normas programáticas e, em seguida, da dimensão axiológica em que os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais, exprimindo determinada ordem de valores e posicionados enquanto diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição. A sexta característica diz respeito à eficácia em relação a terceiros, extrapolando a ordem social do Poder Público ou do Estado e dissolvendo a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal. Em sétimo, Paulo Bonavides destaca o duplo caráter dos direitos fundamentais, dotados de dimensão subjetiva em seu âmago e dimensão objetiva, com conteúdo valorativo-decisório. Na Alemanha, essa função protetora é alvo de estudo pelos publicistas e juízes constitucionais. A próxima característica diz respeito à elaboração do conceito de concretização em grau constitucional que fomentou, com assiduidade, a construção jurisprudencial em matéria dos direitos fundamentais nos tribunais constitucionais do “Velho Mundo”. Em penúltimo, o autor explana o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante, cujo emprego abusivo pode derivar graves riscos ao equilíbrio dos Poderes em situações de indeclinável título de legitimidade em que os membros da judicatura constitucional desempenham de maneira insólita o papel de legisladores constituintes paralelos. Finalmente, o autor dilucida acerca da introdução do conceito de pré-compreensão, em alemão “Vorverständnis”, sem o qual não há concretização.<sup>83</sup>

Nota-se, finalmente, a extrema importância das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais diante da necessidade de busca pela proporção que garanta efetividade aos direitos e mantenha a complexa dinamicidade da organização social funcionando em todas as esferas.

---

<sup>83</sup> BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A titularidade dos direitos fundamentais tem sido uma grande questão para este século, que pode encontrar resposta na conjugação da proteção individual do cidadão com a consideração da função social dos direitos fundamentais, que não pode olvidar a coletividade.

Há quem tema que, a título de se priorizar o coletivo, o interesse comum, direitos e garantias individuais sejam esvaziadas. Neste período de pandemia, com a retração da economia, em que se releva a saúde pública e a sobrevivência da economia em todos os lugares do mundo, certamente, está sendo necessária esta ponderação. No Brasil, no campo do direito do trabalho, com a crise de emprego oriunda da crise econômica, houve esse debate a partir da edição de medidas provisórias que permitiram, por exemplo, a redução salarial sem participação do sindicato, na contramão da literalidade do art. 7.º, inciso VI<sup>84</sup>, da Constituição Federal. No Supremo Tribunal Federal brasileiro, o debate obteve uma *interpretação conforme* o texto constitucional, em que, no entender da autora, traduziu-se na tentativa daquele Tribunal de proceder a esta conjugação.

## 2.4 Direitos fundamentais como trunfos

A ideia original de perceber os direitos fundamentais como “trunfos” é de Ronald Dworkin, pela qual, em um Estado de Direito, ter um direito fundamental equivale a ter um trunfo como em um jogo de cartas. É a mesma ideia do jogo: o trunfo se sobrepõe às demais cartas. Neste “jogo”, o “adversário” é o Estado, pois “os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado”; “ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, afinal, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democraticamente instituídos”<sup>85</sup>.

Para o ilustre jurista português, Jorge Reis Novais, “tomar a sério os direitos fundamentais, e particularmente quando se adopta a sua concepção como trunfos, significa necessariamente, conferir-lhe uma tutela à altura da respectiva fundamentalidade e da pluralidade de diferentes ameaças e possíveis violações que sobre eles impendem”. Ele entende que “não há verdadeiramente nem direitos fundamentais nem Estado de Direito se não estiver adequadamente assegurada a plenitude, pelo menos tendencial, da sua tutela jurisdicional”.

Contudo, o Professor Jorge Reis Novais conclui que, pelo actual sistema de fiscalização no direito português não são sindicáveis pelo Tribunal Constitucional a maior

---

<sup>84</sup> “VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (...)”.

<sup>85</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 11.



parte das prováveis vulnerações dos direitos fundamentais, por ação ou por omissão, a que os particulares estivessem sujeitos porque provenientes de actos políticos, actos individuais e concretos da Administração e decisões do poder judicial. Ele sugere uma reformulação desse sistema, a partir da instituição de um recurso de amparo constitucional e de “reconfiguração radical do actual sistema de fiscalização concreta”.<sup>86</sup>

## 2.5 O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental

A significação do trabalho ao longo da história foi marcada por diversos momentos heterogêneos. Diante de uma sociedade dinâmica e complexa, a relação do homem com o trabalho foi se atrelando a valores, por muito superados – como o escravismo –, mas por outros evoluídos que são atualmente compartilhados, afinal é dito popular: “o trabalho dignifica o homem”. Fato é que o ser humano, enquanto ser social inserido em uma realidade de múltiplas relações, encontra o trabalho como forma, inclusive, de manifestação de sua dignidade.

Dessarte, o fato de o ser humano se encontrar intrinsecamente ligado a princípios de autodeterminação relacionados à sua dignidade leva-o ao estágio de responsabilidade pela própria vida e colheita de seus próprios frutos: a realização pessoal. Desse modo, o direito ao trabalho extravasa o plano meramente material económico-social para um plano subjetivo de valoração dos indivíduos, o que os torna *dignos* pela possibilidade de assumirem funções no meio social e contribuir com a coletividade, como expressão, ainda das suas aspirações individuais.

Desta maneira manifesta-se, então, o direito ao trabalho, como um direito fundamental social também classificado como direito-prestação em sentido estrito cuja importância *mor* está nos pressupostos fáticos-materiais para realização de políticas públicas e outras intervenções positivas do Estado<sup>87</sup>, uma política estatal adequada de criação de empregos, por exemplo.

Desse modo, é visível que tal esfera social do indivíduo está diretamente conectada com o papel do Estado enquanto provedor dessa inserção na sociedade, garantidor de direitos e detentor de deveres para efetivação desse direito fundamental.

No desenvolvimento dos institutos legais, o direito ao trabalho foi clarificado como um direito fundamental, presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Do

---

<sup>86</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 11.

<sup>87</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 991.

seu artigo 23, I, transcreve-se: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, às condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”<sup>88</sup>. A partir deste dispositivo já é possível depreender que o direito ao trabalho não é limitado tão somente ao exercício laboral, mas sim a um amplo conjunto de elementos que garantam ao indivíduo plena liberdade e condição para exercê-lo.

O direito ao trabalho presente está também no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, internalizado no Brasil em 1992 por meio do Decreto Legislativo n.º 591/92<sup>89</sup>, cujo referido diploma internacional prevê em seu artigo 6º, 1: “Os Estados Partes do presente pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito”<sup>90</sup>.

Finalmente, nas Constituições Brasileira e Portuguesa este direito também se encontra cravado. Na primeira, de 1988, o princípio dos valores sociais do trabalho já está glorificado no artigo 1º, IV, e elencado no rol de direitos sociais em seu artigo 6º, *caput*<sup>91</sup>, além de englobar uma série de direitos dispostos no artigo 7º; enquanto na segunda, de 1976, está explícito seu artigo 58, I: “Todos têm direito ao trabalho”<sup>92</sup> e a parte seguinte foi destinada ao desenvolvimento de seu exercício.

Diante disso, cabe destacar a *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy<sup>93</sup>, na qual ele ressalta o duplo movimento que envolve a efetivação de um direito fundamental e as limitações para que o exercício desse direito seja resguardado da forma mais democrática possível. Segundo o autor, simultânea à criação de liberdades pelo Direito, ocorre também a origem das não-liberdades para garantir os meios necessários à plena satisfação das prestações sociais, restringindo, de certa forma, sua liberdade fática de ação. Esse sistema é importante diante da ponderação acerca da correta distribuição das liberdades.<sup>94</sup>

---

<sup>88</sup> ONU – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948.

<sup>89</sup> BRASIL. Presidência da República – **Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília: DOU, 7 jul. 1992.

<sup>90</sup> ASSEMBLEIA GERAL DA ONU – **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Genebra, 16 dez. 1966.

<sup>91</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>92</sup> PORTUGAL. Assembleia Constituinte – **Constituição da República Portuguesa**. V Revisão Constitucional. Lisboa, 1976. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em [WWW:https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx).

<sup>93</sup> ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ª ed., 4.ª tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 247.

Como mencionado, o direito a prestações neste caso há de ser muito amplo, afinal não basta garantir simplesmente o direito ao trabalho sem as devidas condições. Assim, Alexy, ao analisar a obra do alemão Georg Brunner<sup>95</sup> sobre a problemática dos direitos sociais, afirma que o direito ao trabalho engloba direitos específicos, como a livre escolha da profissão – tal como descrito na Constituição Federal Brasileira de 1988, os direitos a um posto de trabalho, a um salário justo, a condições de trabalho adequadas, a proteção em favor de determinados grupos de pessoas – como as mulheres e os jovens em suas especificidades, ao descanso, ao auxílio em caso de desemprego, direito a greve, dentre outros.<sup>96</sup> Segundo o autor, ainda, mesmo que se retirem dessa lista os direitos de defesa, restam ainda direitos estruturalmente muito distintos, de modo que cabe uma interpretação ampla de direito a prestações proporcionadas pelas ações positivas do Estado<sup>97</sup>, tomando medidas envolvendo tanto os poderes quanto a administração.

Logo, a Constituição, no caso brasileiro, é o texto norteador para consagração do direito ao trabalho diante das diretrizes de seu artigo 7º que, segundo o ministro e professor Gilmar Ferreira Mendes, estão para guiar primariamente o legislador ou a Administração com o objetivo de garantir a proteção necessária, em suas condições singulares, seja para salvaguardar os grupos mais desfavorecidos no mercado de trabalho, seja para propiciar condições de anteparo contra a precarização.<sup>98</sup>

Isto posto, resta claro que o direito fundamental ao trabalho não detém o exercício pleno e, tampouco, uma simples implementação. Seus óbices são complexos haja vista a dependência de prestações externas e também os desafios provenientes de suas próprias limitações enquanto direito social fundamental. Assim compreende Robert Alexy acerca da clara noção de ocorrência de colisão entre o direito ao trabalho e a liberdade do indivíduo. Isso ocorre uma vez que tal direito implica ao indivíduo um dever de trabalhar e, dependendo de seus interesses e necessidades, esse direito fundamental pode variar de uma esfera de ligação ao mínimo existencial ou um exercício atrativo de liberdade que lhe garanta, por exemplo, um salário.<sup>99</sup>

Ademais, o direito fundamental social ao trabalho pode encontrar colisões também com aparatos legislativos, com outros direitos sociais e com interesses coletivos. Há trabalhos

---

<sup>95</sup> BRUNNER, Georg – **Die Problematik der sozialen Grundrechte**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971 (Recht und Staat Nr. 404-405), p. 11.

<sup>96</sup> ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed., 4.<sup>a</sup> tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 443-444.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 444.

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.017.

<sup>99</sup> ALEXY, Robert – *opere citato*, p. 511.

cujas limitações encontram-se nos Estatutos (*e.g.*, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil para exercício da advocacia), há situações, como as atuais, em período de pandemia em que o direito ao trabalho ficou extremamente fragilizado em todas as suas faces em razão de se priorizar o direito à saúde; e, finalmente, há colisões do direito ao trabalho com o interesse coletivo ao meio ambiente.

Por fim, é essencial destacar as violações que ocorrem nas complexas situações envolvendo o direito ao trabalho enquanto direito fundamental. Infelizmente, o cenário de um trabalhador envolve muitas nuances e as relações entre indivíduos no exercício de um trabalho, ofício ou profissão podem englobar vulnerabilidades que devem ser observadas. Ou seja, relações de trabalho devem levar em consideração disparidade de poderes, sendo o trabalhador a parte fragilizada, cujos direitos estabelecidos, por exemplo, no artigo 7º da Constituição Federal do Brasil, merecem destaque de proteção.

Cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal no Brasil ressalta a prevalência do trabalho digno, considerando que o contrário implica uma violação grave ao cerne do direito fundamental ao trabalho, pois, não somente aflige a dignidade humana como também reduz o ser humano a uma condição análoga à escravidão. Assim destaca a Ministra daquele Tribunal, Rosa Weber: “A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa ‘reduzir alguém à condição análoga à de escravo’”<sup>100</sup>.

Logo, o direito ao trabalho, objeto deste estudo, é basilar na garantia de uma vida digna e, em todos os seus setores, merece proteção e resguardo. É um legítimo direito fundamental desde seu âmago. Afinal, o trabalhador, em posição de vulnerabilidade, é a expressão do bojo de um Estado Democrático de Direito nos moldes do capitalismo do século XXI complexo e singular.

---

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Inquérito n.º 3.412/AL**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 29 mar. 2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 12 nov. 2012.

### 3 TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Maria Benedita Urbano destaca que a tutela dos direitos fundamentais se traduz como um limite ao poder político e, concomitantemente, um objetivo de tal limitação. A autora salienta que a tutela dos direitos fundamentais e, portanto, a dignidade da pessoa humana, sempre foi o mais importante objetivo da limitação de poderes.<sup>101</sup> Na obra da qual se colhe esse ensinamento, a professora cita Cappelletti, que defende a exigibilidade do controlo da constitucionalidade com relação às normas de direitos fundamentais.<sup>102</sup> Cita, ainda, Favoreu, para quem a razão desse controlo é a tutela dos direitos fundamentais e a motivação para o surgimento da justiça constitucional na Itália e na Alemanha.<sup>103</sup>

Voltando ao cenário mundial, no mundo inteiro, a Constituição saiu do papel de mera proclamação política, a inspirar o Poder Legislativo, para um espaço de norma jurídica que encerra direitos para o cidadão, cabendo ao Judiciário aplicá-los aos casos concretos.

Na Europa e países romano-germânicos, até meados do século XX, as leis editadas pelos parlamentos, essencialmente os códigos, regulavam a vida social. Ao Poder Judiciário, cabia tão-somente aplicar essas normas aos casos concretos. Não havia, na maioria desses países, ferramentas de controle judicial de constitucionalidade das leis, tidas até como antidemocráticas por darem ensejo, na expressão malvista, a um “governo de juízes”.

A 2ª Guerra Mundial na Europa revelou as chagas das mais graves violências aos direitos humanos capitaneadas pelo nazismo, a exigir mecanismos de combate a esses absurdos: Alemanha: Lei Fundamental (1949), tida como uma referência para um novo constitucionalismo: Tribunal Constitucional Federal (1951). Itália: Constituição de 1947: Corte Constitucional (1956). França: Constituição de 1958. Portugal e Espanha: Constituições mais normativas, após governos autoritários; Canadá: Carta de Direitos e Liberdades (1982); América Latina (anos 80 e 90): países como o Brasil passaram do regime militar para uma democracia constitucional; Leste Europeu: depois da queda do Muro de Berlim e o dilaceramento do regime soviético, novo modelo de constitucionalismo; África do Sul: fim do *apartheid* e uma nova Carta Magna plena de direitos fundamentais com grande poder à Corte Constitucional. Os mecanismos de jurisdição constitucional que pavimentaram as novas Constituições na Europa também refletiram em Estados da Ásia e da África, sobressaindo-se, fora da Europa, como na Índia, por exemplo.

<sup>101</sup> URBANO, Maria Benedita – **Curso de justiça constitucional**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 22.

<sup>102</sup> CAPPELLETTI, Mauro – Nécessité et Légitimité de la justice constitutionnelle. **Revue internationale de droit comparé**. Vol. 33, n. 2 (avr./juin 1981), p. 625-657, p. 647.

<sup>103</sup> FAVOREU, Louis – Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**. Vol. 4. Béziers: Economica, 1988, p. 51-66.

O fortalecimento do modelo constitucional, tendo como protagonista os direitos fundamentais, projetou o Judiciário, particularmente as Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, em detrimento dos órgãos políticos.

No ordenamento jurídico-constitucional português, não ficou consagrada, como no Brasil e em outros ordenamentos, uma via de acesso direto do jurisdicionado ao Tribunal Constitucional. Sem dúvida, no entanto, o controle difuso da constitucionalidade das leis (artigo 204º da CRP) é garantidor, de certo modo, do cuidado para que não prevaleçam, no ordenamento jurídico, leis inconstitucionais.

Em Portugal, o controlo difuso da constitucionalidade se dá, por óbvio, no bojo de um processo judicial, em nível incidental.

O Tribunal Constitucional português, um dos órgãos de soberania para administrar a justiça, vem-se afirmando como um Tribunal que tem como vetor a subsunção constitucional de *normas jurídicas*, aí excluídas da apreciação decisões administrativas ou judiciais.

Quanto aos atos da função política, a Constituição apenas prevê a responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 22º da CRP. Algumas decisões judiciais podem afetar diretamente a Constituição Federal por defeitos próprios.

A conclusão de grande parte da doutrina é de que o recurso constitucional da alínea b) do n.º 1 do artigo 280º da CRP e da alínea b) do n.º 1, do artigo 70º da LOTC, não respalda a pretensão recursal de efetividade de direitos fundamentais dos recorrentes.

### **3.1 Acesso à justiça constitucional e acesso à entrega de jurisdição constitucional**

Gomes Canotilho entende como justiça constitucional o complexo de atividades desempenhadas por um ou vários órgãos jurisdicionais, com o objetivo de fiscalizar a observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais.<sup>104</sup>

Kelsen desempenha importante papel, com sua *Teoria Pura do Direito*, na instituição de uma jurisdição constitucional na Europa, na relação entre uma justiça constitucional e direitos fundamentais. Ele refuta a visão jusnaturalista de heterolimitação do Estado pelos direitos naturais e a positivista também em que as normas criadas pelo próprio Estado o limitam. Para ele, nem “hetero nem autolimitação do Estado pelo Direito, não há dualismo,

---

<sup>104</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 892.

mas antes identidade, entre Estado e Direito; todo o Direito é *direito do Estado*, todo o Estado é *Estado de Direito* enquanto ordem jurídica”<sup>105</sup>.

Vale dizer que se atribui a Kelsen a pecha de ter sido o criador europeu do termo *justiça constitucional*, contudo parece que ele não fazia a distinção que se pretende aqui, entre o direito de acesso à justiça e o direito de acesso a uma jurisdição constitucional. Em importante artigo, sobre o “Direito de Acesso à Justiça Constitucional”, Canotilho afirma, com todas as letras, que “uma coisa é ter *acesso* à justiça constitucional e outra é *ter o direito de acesso à justiça constitucional*”<sup>106</sup>. E faz algumas ponderações e questionamentos calcados no que denomina de “subjetivação do acesso à justiça constitucional”. Nesse texto, o professor faz a diferença que se pretende entre o “direito de acesso à justiça constitucional” e “jurisdição constitucional”. E assim o faz, porque entende que o acesso à justiça constitucional implica a individualização de meios para se chegar ao Tribunal Constitucional ou aos Tribunais competentes para a fiscalização da constitucionalidade. Ele defende o incidente de constitucionalidade, nos tribunais ordinários, mediante ações constitucionais de defesa, através de fiscalizações abstratas, sucessivas ou preventivas, através de litígios federativos como ocorre nos estados federais. E arremata, como se sustenta nesta pesquisa: “uma coisa é ter acesso à justiça constitucional e outra é ter o direito de acesso à justiça constitucional”<sup>107</sup>.

E aqui, o mestre português traz a questão da subjetivação como aspeto importante dessa perspetiva de acesso à entrega de jurisdição. Ele diz que há legitimados para buscar esse acesso, como “um presidente da república, um grupo de partidos ou de deputados, o governo, o representante de um Estado no contexto de um Estado Federal”, na medida em que há previsão constitucional para que provoquem a jurisdição constitucional. E questiona esse acesso restrito na indagação ampliada de que, se o direito de acesso à justiça constitucional é um direito constitucional do cidadão de acesso à efetiva tutela jurisdicional sacramentado nas constituições portuguesa e brasileira, não haveria que haver um recorte restritivo.

Canotilho propõe debater o acesso à justiça constitucional a partir do aprofundamento da justiça constitucional como espaço de tutela dos direitos fundamentais. Esse debate envolve não apenas as discussões relativas à legitimidade ativa ou passiva ou questões de direito processual, mas, toda a matéria que diz respeito diretamente ao

---

<sup>105</sup> MIRANDA, Jorge; MENEZES, Fernando Antônio Dias; SILVEIRA, João José Custódio da – **Justiça Constitucional**. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

<sup>106</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito de Acesso à Justiça Constitucional. Estados das Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países da Língua Portuguesa**. Luanda, jun. 2011, grifos do autor.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

fundamental direito de acesso à justiça e aos tribunais. Assim, ele entende que esse direito “será um direito dinamizado pelos titulares de direitos fundamentais (pessoas individuais ou pessoas colectivas) através de: (1) suscitação do incidente de inconstitucionalidade; (2) de acções constitucionais de defesa ou de amparo dirigidas contra medidas dos poderes públicos (legislativas, administrativas, judiciais) violadoras de direitos fundamentais; (3) de acções contra actos omissivos dos poderes públicos também lesivos de direitos fundamentais”.<sup>108</sup>

É relevante destacar que normas internacionais, adotadas pelos Estados português e brasileiro, que serão vistas adiante, também contemplam o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva: artigos 8.º e 10.º da Declaração Universal do Direitos do Homem (DUDH) 14.º do Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos (PIDCP), 6.º e 13.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e artigo 25.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

O direito de acesso à justiça é um direito essencial no rol dos novos direitos individuais e sociais, uma vez que, de nada adiantaria a titularidade de um direito, se não houvesse meio de provocar sua satisfação ou a reparação caso fosse lesionado.

O jurista português aqui transcrito tem como pano de fundo, por óbvio, a inacessibilidade do particular à jurisdição constitucional para proteção de direitos fundamentais violados. Mas, no Brasil, em que há as tais medidas citadas, a despeito de se acessar a justiça constitucional, a entrega de jurisdição constitucional é recusada por uma série de artifícios e obstáculos criados pelos tribunais, o que consagrou a expressão *jurisprudência defensiva*. Ou seja, embora seja possível acessar os Tribunais com competência constitucional (no Brasil, além do Supremo Tribunal Federal (STF), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) também detém competência constitucional), não há a efetiva entrega de jurisdição porque os recursos têm o seu seguimento denegado sob fundamentos teratológicos, como acontece na análise dos requisitos formais e intrínsecos do Recurso de Revista (RR) para o TST e do Recurso Extraordinário (RE) para o STF, o que será examinado, com mais vagar, adiante. Mas, só para se ter uma ideia, na veiculação do Recurso de Revista para o TST, quando se maneja uma preliminar de nulidade do acórdão do Tribunal Regional (instância recorrida), há uma exigência, meramente formal, trazida pela Reforma Trabalhista<sup>109</sup>, com o intuito óbvio de, simplesmente, eliminar recurso, de que se transcreva o

---

<sup>108</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito de Acesso à Justiça Constitucional. Estados das Conferências das Jurisdições Constitucionais dos Países da Língua Portuguesa**. Luanda, jun. 2011.

<sup>109</sup> BRASIL. Presidência da República – **Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de



trecho dos embargos de declaração (medida aclaratória com que se provocou o prequestionamento) e o trecho da decisão que os julgou<sup>110</sup>, o que, de plano, é de uma falta de lógica estorcedora. Ora, se a preliminar está sendo manejada porque subsistiu a omissão, o que se transcreverá da decisão que julgou os embargos se ela manteve a omissão? Contudo, muitos recursos são denegados sob o fundamento, que se reputa teratológico, de que se transcreveu “o inteiro teor e não o trecho pertinente”.

No mais das vezes, não houve transcrição do inteiro teor. Com efeito, ainda que assim não fosse, convém considerar a dicção do inciso IV do §1.º-A do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), norma em questão, agregado pela Reforma Trabalhista, não como uma pedra no caminho do recorrente para que tropece no manejo da preliminar, mas para que se possibilite ao relator, no TST, no cotejo entre o que está pedido nos embargos de declaração e o que foi respondido na decisão que os julgou, concluir se houve ou não negativa de entrega de jurisdição. Não se pode simplesmente extirpar pedaços dessas peças para que não pareça inteiro teor. O preceito, de quase impossível satisfação para o jurisdicionado, reveste-se da finalidade anunciada. É um desafio mesmo transcrever trecho de uma decisão regional que nada diz, que diz o que já foi dito, que consigna que está tudo prequestionado, que ameaça com multa, mas não diz, que se limita à transcrição do que já foi dito, dentre outros percalços e obstáculos para não se entregar a jurisdição. E o que se transcreverá? É preciso revelar ao TST o que foi pedido e, por mais absurdo que seja, o que não foi dito, pois é só o que se tem, por isso o manejo da preliminar.

Vale lembrar que o processo não é um fim em si mesmo, e barrar um recurso por obstáculos intransponíveis é barrar, ao final, o acesso à entrega de jurisdição no feliz ensinamento do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, em obra sob e sobre a perspectiva dos direitos humanos, Augusto César Leite de Carvalho. Para ele, quando o Legislativo edita leis que contêm normas que inibem ou dificultam a atuação do Poder Judiciário, constata-se vulneração do princípio de acesso à justiça e não apenas quando dificulta expressamente o direito de ação (art. 5.º, XXXV, da CRBr) ou constitui um estado de exceção (art. 5.º, XXXVII, da CRBr).<sup>111</sup>

---

janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: DOU, 14 jul. 2017.

<sup>110</sup> “Art. 896, §1º-A, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): IV – transcrever na peça recursal, no caso de suscitar preliminar de nulidade de julgado por negativa de prestação jurisdicional, o trecho dos embargos declaratórios em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre questão veiculada no recurso ordinário e o trecho da decisão regional que rejeitou os embargos quanto ao pedido, para cotejo e verificação, de plano, da ocorrência da omissão” (*ibidem*).

<sup>111</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de – **Princípios de Direito do Trabalho, sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2018, p. 118-119.

Por outro lado, para J. J. Gomes Canotilho<sup>112</sup>, ao analisar o direito de acesso aos tribunais como direito à uma proteção jurisdicional adequada, conduz o debate no sentido de que a concretização do direito de acesso aos tribunais não reduz a praxis à adoção de formas processuais simplificadas e tampouco desvincula o dever de informação quanto às possibilidades de acesso à jurisdição pelo particular.

Em suma, é imprescindível que a efetivação do direito não inviabilize, na prática, a proteção jurisdicional em detrimento de formalidades e pressupostos processuais capazes de extinguir a possibilidade de ação do indivíduo. Em outras palavras, Canotilho defende que a determinação legal da via judiciária não deve se traduzir em um jogo sistemático de formalidades cujo descuido/omissão implique diretamente na “perda automática das causas”.<sup>113</sup>

Desta forma, essas decisões são proferidas à margem de previsão legal e com grave violação do princípio constitucional da fundamentação das decisões, do acesso à justiça e do direito de defesa da parte (incisos XXXV, LIV e LV do art. 5.º e inciso IX do art. 93.º da Constituição do Brasil).

Kelsen defendeu a criação de um tribunal constitucional com o propósito de garantir a supremacia da norma constitucional, diante de qualquer lei, na pirâmide normativa, no que estava embutida a aceitação de uma justiça constitucional. Aliás, é importante que se ressalte a influência do jurista checo, com a sua *teoria pura do Direito*, na formação de uma jurisdição constitucional na Europa, com mais significação na inter-relação entre os direitos fundamentais e justiça constitucional.

A visão kelseniana, contudo, trazia uma dicotomia entre a supremacia formal da Constituição e a importância dos direitos fundamentais. Para Kelsen, era relevante a constitucionalidade das leis, o processo legislativo em si; ou seja, perseguia-se a inconstitucionalidade orgânico-formal. O Tribunal Constitucional extirparia do ordenamento jurídico a lei que, formalmente, não resultasse da Lei Maior, o que só poderia ser feito por um controlo concentrado de constitucionalidade, não havia, nessa perspetiva, espaço para o controlo difuso. Segundo Jorge Miranda, o modelo kelseniano de fiscalização apresentava-se redutor, pois abstraía o modelo europeu de separação de poderes. Isso porque o Tribunal Constitucional não teria em mente a aplicação da Lei Maior como garantia dos direitos fundamentais, de forma a fazer prevalecer a supremacia material da Constituição contra o

---

<sup>112</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

poder democrático; mas estaria o Tribunal Constitucional voltado a “depurar as incoerências técnicas no sistema, para erradicar as contradições, assegurando a validade da lei na sua relação com a Constituição e permitindo que os tribunais pudessem, então, de forma quase mecânica, aplicar as leis ordinárias garantidamente válidas aos casos concretos”.<sup>114</sup> Nessa conceção, se fosse concedida competência aos juízes para a avaliação da constitucionalidade material da lei para prestigiar “os direitos fundamentais na sua formulação típica e lapidar”, o julgador atuaria, “ilegitimamente”, como um legislador positivo, a perquirir o conteúdo de fundamentalidade dessas normas “contra a decisão democrática do órgão legislativo”.<sup>115</sup>

Na primeira metade do século XX, contudo, foram desenvolvidos outros modelos de jurisdição constitucional, embora a proposta de Kelsen tenha estado nos primórdios dos atuais Tribunais Constitucionais. Contudo, para o que interessa a esta pesquisa, vale destacar que o pensamento kelseniano não definiu o novo constitucionalismo no que tange aos direitos fundamentais. Com efeito, hoje os direitos fundamentais, nos modernos ordenamentos jurídicos, constituem a base das constituições, passando a serem relevantes os sistemas de fiscalização da constitucionalidade e a relação “entre legislador e juiz e entre juiz comum e juiz constitucional”.

Está superada a discussão que projeta o antagonismo dos dois modelos de fiscalização de constitucionalidade, o americano e o europeu. O modelo americano, segundo o qual um juiz pode deixar de aplicar uma norma ordinária, que considere inconstitucional, ao caso; no modelo europeu, apenas o Tribunal Constitucional pode declarar tal inconstitucionalidade e examinar as questões de constitucionalidade submetidas à sua apreciação.<sup>116</sup>

O que importa refletir – e este é o principal objeto deste nosso estudo – é a efetividade dos direitos fundamentais nos mais variados sistemas, mormente no português e no brasileiro, de que forma o sistema luso-brasileiro propicia uma fiscalização de constitucionalidade que resguarde a fundamentalidade dos direitos de seus cidadãos.

É importante que se destaque que, a despeito da relevância do sistema kelseniano ou modelo austríaco de Tribunal Constitucional – da primeira metade do século XX –, outro sistema foi adotado no chamado novo constitucionalismo da segunda metade do século XX, no pós-segunda-guerra.

---

<sup>114</sup> MIRANDA, Jorge; MENEZES, Fernando Antônio Dias; SILVEIRA, João José Custódio da – **Justiça Constitucional**. São Paulo: Almedina Brasil, 2018. p. 55.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 56, grifos nossos.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 63.

Os horrores da guerra, muito particularmente o holocausto, que impuseram crueldade a milhões de pessoas, tendo como fundamento teorias absurdas acerca de supremacia de raça, por exemplo, marcaram a perspectiva e a base desse novo constitucionalismo: a igualdade humana como um valor, a despeito de raça, gênero, credo, religião, sexo, propriedade, origem, convicção ou qualquer parâmetro de distinção; e os direitos fundamentais que têm como foco resguardar a dignidade humana, que se revela na autonomia da vontade, no direito-de-ir-e-vir, preservada a integridade física e moral da pessoa, na livre participação política, no direito não só ao acesso à justiça como também a um processo justo que oportunize ao jurisdicionado uma efetiva entrega de jurisdição e muitos outros direitos e garantias fundamentais que estão positivados nos ordenamentos internos dos Estados em sua Lei Maior.

Para Jorge Rei Novais, “essa nota de viragem teria permanecido *letra morta* se não fosse acompanhada da consequência prática da maior relevância e que constitui a *revolução* de que o constitucionalismo, sobretudo, o europeu, necessitava para a sua revitalização”. Ele explica que a dignidade da pessoa humana é materializada nos direitos fundamentais constitucionais, os quais obrigam e vinculam os poderes do Estado, antes dependendo, como ele mesmo diz, das boas intenções do legislador e do poder público. Agora, um Tribunal Constitucional independente pode assegurar a supremacia dos direitos fundamentais.<sup>117</sup> Ele salienta os principais sinalizadores dessa nova concepção: a) os direitos fundamentais estão na centralidade da Constituição; b) a aplicabilidade direta, a efetividade e a garantia dos direitos fundamentais e da Constituição como normas constitucionais, é objeto de especial atenção; c) a distinção entre as normas constitucionais de aplicação subjuntiva e as que demandam juízos de ponderação de bens e de valoração; d) a observância dos direitos fundamentais vincula e responsabiliza todos os poderes, principalmente, o poder judicial; acesso dos particulares aos tribunais para defenderem-se de qualquer ofensa aos seus direitos fundamentais garantido institucionalmente.

Então, volta-se ao problema que embasou essa pesquisa: a previsão formal de acesso à justiça (arts. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira, e 20.º da CRP) significa – efetivamente – acesso à entrega de jurisdição constitucional? E aí há dois aspectos contemplados nesta problemática; o primeiro diz respeito ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, segundo o qual o julgador deve dizer o direito, deve responder objetivamente à provocação da parte sem se furtar a fazê-lo por meio de excesso de formalismo e filigranas processuais “inventadas” para barrar recursos, o que no Brasil se

---

<sup>117</sup> Cf. MIRANDA, Jorge; MENEZES, Fernando Antônio Dias; SILVEIRA, João José Custódio da – **Justiça Constitucional**. São Paulo: Almedina Brasil, 2018, p. 61, grifos do autor.

cunhou com a expressão *jurisprudência defensiva*. Mas este formalismo também é encontrado em Portugal, que chegou a ser condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem porque o Tribunal Constitucional português demonstrou “formalismo excessivo” ao aplicar a legislação recursal, privando o jurisdicionado de acesso a um tribunal. Trata-se dos casos Santos Calado e Amador de Faria e Silva. Essas questões serão abordadas mais à frente.

O certo é que a Constituição portuguesa tem como título sob o art. 20.º o “acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”. Na Carta Magna de Portugal, a palavra *efectiva* chega a constar expressamente para confirmar que não basta acessar a Justiça, não basta acessar o tribunal, é preciso que haja uma entrega de jurisdição, é preciso que esta jurisdição seja efetiva, é preciso que o Tribunal Constitucional seja o guardião da maior lei do país formal e materialmente.

Se o processo vira um fim em si mesmo, revestindo-se de tantas filigranas e obstáculos, como um verdadeiro *game* de fases para *pegar* o “adversário”, há o total desvirtuamento do próprio instrumento, que nada mais é do que mero instrumento para que o aplicador do direito possa dizer a jurisdição. O que ocorre é que, sob o fundamento da crise numérica, criam-se o que, a princípio, se denomina de “filtros recursais”, mas, na verdade, constituem verdadeiras ferramentas de extirpar recursos, ou seja, “eliminadores de recurso”. A queixa de demandas aventureiras, que respaldou alguns mecanismos de dificuldade de acesso à Justiça, enxertados pela Reforma Trabalhista brasileira, não procede, pois, metade das demandas do Judiciário trabalhista brasileiro estão relacionadas com verbas rescisórias não pagas, ou seja, simplesmente aciona-se empregadores inadimplentes para que paguem o que devem aos seus empregados.

### **3.2 Direito à efetiva tutela jurisdicional**

Superada a era da vingança privada, em que se fazia justiça com as próprias mãos, como se pode garantir o resguardo dos direitos subjetivos dos cidadãos senão pela atuação do Poder Judiciário, que deve entregar a jurisdição pedida, esta é a principal questão deste estudo. O professor Ronnie Preuss Duarte diz que, “independentemente de sua natureza abstrata, é por intermédio da ação que aqueles que se mostrem efetivamente titulares de um dado direito subjetivo envolvido em situação litigiosa têm condições de dar uma satisfação à pretensão resistida”<sup>118</sup> Para ele, “sempre que se verificar a ameaça ou o efetivo desrespeito a uma posição jurídica subjetiva de vantagem ou a aflição de qualquer ofensa a interesses

---

<sup>118</sup> DUARTE, Ronnie Preuss – **Garantia de Acesso à Justiça, os direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 15.

legalmente protegidos, é precisamente o acesso aos tribunais, através do processo equitativo, que vai garantir, por intermédio do exercício da jurisdição, a proteção da esfera jurídica do indivíduo”.<sup>119</sup>

Ronnie Preuss, nesta obra sobre o acesso à justiça, faz alusão ao ensinamento de Reis Novais, que considera como direitos fundamentais as faculdades instrumentais de recurso ao Poder Judicial, pois, segundo ele, “a negação do acesso ao direito importa em prejuízo reflexo àquele direito fundamental, cuja proteção se fazia necessária e foi restringida”. Ele “exemplifica com a hipótese de a Constituição garantir a liberdade religiosa, vedando-se, entretanto, o recurso à jurisdição”. Conclui que, “nesse caso, haveria violação reflexa ao direito de liberdade religiosa, atingindo-se diretamente, entretanto, o direito fundamental de acesso aos tribunais e ao direito”.<sup>120</sup>

Ferrajoli cita Zolo para sustentar que “um direito formalmente reconhecido, mas não passível de ser acionado – ou seja incapaz de ser coercitivamente realizado pelos órgãos em procedimento definido – é ‘tout court’ um direito inexistente”.<sup>121</sup>

O acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva é um princípio do regime de direitos fundamentais. Na Constituição Portuguesa está plasmado no artigo 20.º com o título “acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”<sup>122</sup>; na Constituição brasileira, no inciso XXXV do art. 5º.<sup>123</sup>

José Melo Alexandrino, lembra que o princípio de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva tem diversas denominações; a que ele considera mais adequada é “direito geral à proteção jurídica”. Para ele, trata de “uma típica estrutura compreensiva (desde logo, um cluster-right, ou seja, um feixe de direitos): com inúmeros afloramentos e concretizações no texto constitucional (por exemplo, nos artigos 29.º, n.º 6, 31.º, 32.º, n.ºs 2, 5 e 9, 52.º, n.ºs 1 a 3), múltiplas vertentes (desde logo, a de direito de defesa dos particulares, através dos tribunais contra atos dos poderes públicos e a de direito de defesa dos particulares através dos tribunais, a proteção do Estado contra actos de particulares) e múltiplas dimensões (direito a

---

<sup>119</sup> DUARTE, Ronnie Preuss – **Garantia de Acesso à Justiça, os direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 15.

<sup>120</sup> *Ibidem, loco citato*.

<sup>121</sup> FERRAJOLI, Luigi – **Diritti Fondamentali**. Roma: Laterza, 2001, p. 12.

<sup>122</sup> Artigo 20.º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva). “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”.

<sup>123</sup> “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

conformação jurídica e direto a prestações positivas do Estado, envolvendo ainda inúmeros deveres de organizações e proteção e uma devida institucionalização)”.<sup>124</sup>

O Ministro Augusto César Leite de Carvalho, do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, ao se referir ao inciso XXXV, da Constituição brasileira (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) consigna que houve uma evolução das normas processuais para priorizar a tutela específica, superando o senso comum da impossibilidade de cumprimento da prestação de fato, a se buscar o eficaz cumprimento dos direitos prestacionais vulnerados.<sup>125</sup>

Para acessar a tutela jurisdicional, o instrumento possível é o processo, cujo fim “é, fundamentalmente, ser um meio para a satisfação do direito material”, afirma Ronnie Preuss Duarte, que, também, cita Bove quando diz que “a pura e simples referência ao ‘processo’ é uma garantia em si”<sup>126</sup>.

Por fim, para Gomes Canotilho e Vital Moreira “[o] princípio da efectividade postula, desde logo, a existência de tipos de acções ou recursos adequados (...), tipos de sentenças apropriados às pretensões de tutela deduzida em juízo e clareza quanto ao remédio ou acção à disposição do cidadão”<sup>127</sup>.

### 3.2.1 Direito a um processo justo

A maioria das constituições dos Estados democráticos de Direito, bem assim normas de Direito Internacional, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica, asseguram ao cidadão o acesso à justiça ou direito à jurisdição ou o devido processo legal, ou direito a um processo justo, ou a tutela jurisdicional, dentre outras denominações utilizadas para afirmar que, lesado um direito material, tem o cidadão o direito à devida reparação, mediante um processo, conduzido por um tribunal ou um juízo singular.

Ronnie Preuss chega a falar na necessidade de uma “justiça processual”, salientando que, quanto a isso, não há consenso na Europa ocidental e na doutrina norte-americana. Ele afirma que “a legislação (tanto a portuguesa quanto a estrangeira se ressentem de uma precisa identificação da garantia constitucional de acesso aos tribunais e ao direito mediante o justo

---

<sup>124</sup> ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Direitos Fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed. Cascais: Princípiã, 2011, p. 87.

<sup>125</sup> Cf. CARVALHO, Augusto César Leite de – **Princípios de Direito do Trabalho, sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. São Pulo: LTr, 2018, p. 19.

<sup>126</sup> DUARTE, Ronnie Preuss – **Garantia de Acesso à Justiça, os direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007.

<sup>127</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 416.

processo”. Alega que o Estado de Direito tem como traço essencial a garantia do processo equitativo ou do justo processo.

Em seu livro *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Gomes Canotilho trata, no capítulo 6, II, da “Proteção através de um processo justo (due process)”<sup>128</sup>. Lembra que “o direito ao processo equitativo está hoje positivamente consagrado no art. 20.º da CRP, no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 14.º do Pacto Internacional Relativos aos Direitos Civis e Políticos e no art. 10.º da Declaração Universal do Direitos do Homem”<sup>129</sup>. No Brasil, além do inciso XXXV do art. 5.º da Constituição Federal, pode-se invocar também a proteção contida no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na Convenção Americana ou Pacto de San José da Costa Rica: artigo 8, 1.<sup>130</sup>

Um processo justo é, sem dúvida, o que observa o *due process of law* da experiência constitucional americana, o devido processo legal, contemplado nos arts. 39 da CRP e 5.º, LIV, da Constituição brasileira. Assim, ao referir-se ao devido processo legal, sob a perspectiva do processo justo, Canotilho parte da suposição de que o processo legalmente previsto para aplicação de penas deve ser o *due process of law*, e portanto, deve ser perspectivado sob os trâmites procedimentais formais estabelecidos na constituição ou consagrados em regras regimentais das assembleias legislativas.<sup>131</sup>

E conclui: “Procedimentos justos e adequados moldam a atividade legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos”<sup>132</sup>.

### 3.2.2 Direito à prestação jurisdicional integrada e inteirada

Um dos aspetos mais angustiantes para o jurisdicionado é quando o julgador se recusa a entregar a jurisdição, a fundamentar o decidido. Quer dizer, é possível o acesso à justiça, mas, apesar de devidamente provocado a se manifestar sobre tópicos da peça inicial, da resposta ou da peça recursal, o julgador nada responde ou se limita a tergiversar sobre a matéria de fundo. Fala-se da grave e repetida violação do direito constitucional à

---

<sup>128</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 492.

<sup>130</sup> “Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

<sup>131</sup> Cf. *Ibidem*, p. 493.

<sup>132</sup> Cf. *Ibidem*, *loco citato*.



fundamentação das decisões previsto nos artigos 93, inciso IX, da Constituição Federal do Brasil, e 205.º, 1<sup>133</sup>, da Constituição da República Portuguesa.

Com efeito, o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal brasileira dispõe que todas as decisões emanadas do Poder Judiciário devem, necessariamente, ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Essa previsão de fundamentação vem repetida no art. 11 do Código de Processo Civil brasileiro, o CPC, que reproduziu *ipsis litteris* o ditame constitucional, que, por sinal, lhe é temporalmente antecessor e hierarquicamente superior.

O princípio a inafastabilidade da prestação jurisdicional já é previsto, no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Carta Magna de 1946, hoje, encontra-se, como já mencionado, no art. 5.º, XXXV, da Constituição da República.<sup>134</sup>

O Professor José Carvalho<sup>135</sup> destaca o acesso à justiça como direito fundamental, com enfoque no direito à prestação jurisdicional. Ele o considera como um direito humano básico, pilar de um ordenamento jurídico que quer ser igualitário e moderno.<sup>136</sup> Como se defende neste estudo, ele afirma que “acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo”, mas, deve significar que seja entregue ao jurisdicionado uma justiça substancial.<sup>137</sup> Ele defende que só há sentido nessa garantia constitucional (acesso à justiça) se o direito material que se pretende tutelar for objeto de apreciação. O direito à efetividade em sentido estrito decorre da disponibilidade dos meios eficazes para dar efetividade ao direito substancial.<sup>138</sup> O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva parte do pressuposto de se reconhecer o processo como instrumento.<sup>139</sup>

Marinoni afirma que o direito à prestação jurisdicional já foi proclamado como o mais importante dos direitos porque, para fazer valer os demais direitos e a eles dar, portanto, efetividade, frente a vulneração ou ameaça de vulneração, é preciso que se provoque a

---

<sup>133</sup> As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.

<sup>134</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira – **Curso de direito constitucional**. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva; IDP, 2008, p. 494.

<sup>135</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Repercussão Geral: Balanços e Perspectivas**. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 50.

<sup>136</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 11-12.

<sup>137</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel – Os conflitos e a ordem jurídica justa. In DINAMARCO, Cândido Rangel – **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 194-217.

<sup>138</sup> MARINONI, Luiz Guilherme – O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**. Ano 9, n. 378 (20 jul. 2004), p. 1-6.

<sup>139</sup> *Idem* – A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima – **Terceira etapa da reforma do código de processo civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado**. Salvador: Juspodivm, 2008.

atuação do Judiciário e mais do que isso, que o Judiciário não se furte a entregar a efetiva jurisdição.<sup>140</sup>

### 3.2.3 Direito à razoável duração do processo

Também a razoável duração do processo é matéria constitucional no ordenamento jurídico português e no ordenamento jurídico brasileiro, prevista, respetivamente, nos artigos 20.º, 4<sup>141</sup> e 5º, LXXVIII<sup>142</sup>.

A Constituição portuguesa fala “de decisão em prazo razoável” e a brasileira, além de considerar “a razoável duração do processo”, como garantia constitucional, assegura “os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O senso comum nos impõe uma compreensão primeira de que o processo deve ser liberado sem demora; pode-se coroar essa interpretação com a célebre frase de Ruy Barbosa<sup>143</sup>: “Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”.

Tanto no judiciário brasileiro quanto no português, a duração do processo é um problema grave, constituindo uma das mais relevantes causas de condenação dos Estados europeus pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

O Professor Pedro Trovão do Rosário afirma que “a referência ao direito a ‘uma decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo’ (nº 4) inspirou-se visivelmente no artigo 6.º/1 da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, de 4 de novembro de 1950, ou geralmente referida como Convenção Europeia dos Direitos do Homem”<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> MARINONI, Luiz Guilherme – O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**. Ano 9, n. 378 (20 jul. 2004), p. 1-6.

<sup>141</sup> Art. 20.º, 4: “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.”

<sup>142</sup> “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

<sup>143</sup> Rui Barbosa (1849-1923) foi um político, diplomata, advogado e jurista brasileiro. Representou o Brasil na Conferência de Haia, foi reconhecido como “O Águia de Haia”. Foi membro fundador da Academia Brasileira de Letras e seu presidente entre 1908 e 1919” (FRAZÃO, Dilva – Rui Barbosa – político brasileiro. **E-biografia**. Matosinhos: 7Graus, 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:[https://www.ebiografia.com/rui\\_barbosa/](https://www.ebiografia.com/rui_barbosa/)).

<sup>144</sup> ROSÁRIO, Pedro Trovão do – O recurso constitucional de amparo. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**. N.º 1 (2012), p. 43-63 [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/7b9221b827b43f3a80257ae0055e9bc?OpenDocument>.

## 4 TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 4.1 Sistema Global

As Constituições de diversos ordenamentos jurídicos, inspiradas pela Constituição de Weimar, consagram a fórmula da inserção do direito internacional no direito interno. Ao analisar esse aspecto, Canotilho invoca ‘Blackstone’, ao citar a fórmula de que *international law is part of the law of the land*. É assim na Constituição portuguesa (art. 8.º/1) e também na Constituição brasileira (§ 2.º do art. 5º). Dessa forma, destaca-se a projeção do direito internacional nos ordenamentos internos dos Estados, particularmente, neste trabalho, do Brasil e de Portugal.

Para alguns doutrinadores, dentre os quais se destaca Catarina Santos Botelho, a expressão “direitos humanos” “é a aceção dos direitos fundamentais na dimensão universal ou internacional”. Ou seja, os direitos fundamentais seriam aqueles direitos humanos internalizados nos diversos ordenamentos jurídico-constitucionais. A autora faz a distinção entre a expressão “direitos humanos” (dimensão universal) e “direitos do homem” (dimensão internacional) regional. Para ela, a protecção internacional dos direitos humanos passou por três etapas. A primeira, através da *soft law*, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); a segunda, pela intenção de que as normas internacionais se revestissem de carácter vinculativo à legislação; e a terceira etapa, cunhada como *legal guarantism*, refere-se ao advento de normas internacionais de protecção de natureza regional.<sup>145</sup>

Justifica-se uma tutela internacional dos direitos fundamentais a partir da mudança de mentalidade promovida pelo fenómeno da globalização. Se o direito internacional clássico não inseria o indivíduo como sujeito de protecção, considerando-o, como ensina Canotilho, “um ‘estranho’ ao processo dialéctico-normativo deste direito”, atualmente, as normas dos direitos do homem, inseridas, no direito internacional, fez surgir um direito internacional individualmente (não estadualmente).<sup>146</sup>

Não se pode abordar a temática da tutela internacional dos direitos fundamentais, sem começar pela norma que tem maior repercussão no tocante à conscientização acerca da necessidade de tal protecção, qual seja, a Declaração Universal de Direitos Humanos, originariamente, nominada como Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada

---

<sup>145</sup> BOTELHO, Catarina Santos – **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2010p. 317.

<sup>146</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 520.

após a II Guerra Mundial (1948).<sup>147</sup> Embora se revista de um carácter de pioneirismo, por ter sido a primeira norma de universalização dos direitos humanos, não se revestiu de força jurídica vinculante por englobar meras recomendações das Nações Unidas através de resoluções<sup>148</sup>, o que lhe dá o status de *soft law*.

Apesar de não ter sido o primeiro instrumento normativo acerca dos direitos humanos, os doutrinadores, como Flávia Piovesan<sup>149</sup>, consideram a DUDH como um marco do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o advento, a partir daí, de vários instrumentos internacionais de proteção. A autora fala que DUDH introduz uma “gramática dos direitos humanos” por evidenciar uma noção de universalidade e indivisibilidade dos direitos lá contemplados.

Na sequência à DUDH, e sempre sob sua inspiração, começaram a emergir instrumentos normativos internacionais de proteção realmente garantidores, como os Pactos Internacionais de Nova Iorque (1966) ou Pactos das Nações Unidas sobre direitos civis e políticos, econômicos e sociais. Doutrinadores, como Francisco Rezek<sup>150</sup>, entendem que se trata do desdobramento, agora, com força jurídica convencional, do que já se proclamara na DUDH.

Não se pode prosseguir neste capítulo sem afirmar que, se fosse adotada uma ordem cronológica dessas normas, seria necessário, na parte que interessa ao nosso estudo, destacar um precedente de 1919, que antecede, pois, à DUDH. Trata-se da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), “com o objetivo de estabelecer critérios básicos de proteção ao trabalhador, regulando sua condição no plano internacional, tendo em vista assegurar padrões mais condizentes de dignidade e bem-estar-social”.<sup>151</sup>

Antes de se avançar no advento das normas que sucederam à DUDH, convém lembrar aqui a existência do sistema global (Sistema das Nações Unidas) e do regional de proteção desses direitos. São sistemas regionais: o sistema europeu, o sistema interamericano,

---

<sup>147</sup> Em 10/12/1948, a Assembleia Geral da Nações Unidas, em sua 3ª sessão, em Paris, França, proclamou, pela Resolução 217 A (III), a DUDH, com 48 votos a favor, nenhum voto contra e 8 abstenções: África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética. Honduras e Iêmen não se encontravam presentes. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v.7, n.14, ago./dez. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes>.

<sup>148</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de – **Manual de Direito Internacional Público**. 3.ª ed., rev. e aum. Lisboa: Almedina, 2015, p. 270.

<sup>149</sup> PIOVESAN, Flávia – Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. In GIOVANNETTI, Andrea (org.). **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 185.

<sup>150</sup> REZEK, Francisco – **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256.

<sup>151</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira – **Curso de direito internacional público**. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 679.

o sistema africano e o sistema asiático. Todos esses sistemas só apareceram depois da Segunda Guerra Mundial. Para Mazzuoli<sup>152</sup>, “os precedentes históricos mais concretos do atual sistema internacional de proteção desses mesmos direitos são o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho”, já mencionada.

## 4.2 Princípio da subsidiariedade

Pelo princípio da subsidiariedade no Direito Internacional, os Estados abrem mão de parcela da sua soberania no resguardo dos direitos humanos, submetendo-se, voluntariamente, ao que está previsto nas normas coletivas internacionais/regionais que subscrevem. Isso quer dizer que a missão dessa salvaguarda dos direitos humanos é do Estado, pelos seus tribunais e demais órgãos. Apenas quando não há defesa para a violação de direito fundamental no ordenamento jurídico interno, abre-se a possibilidade de se recorrer à tutela internacional, aos organismos competentes previstos nas convenções ratificadas pelos Estados.

O princípio da subsidiariedade constitui, uma limitação à atuação do TEDH, uma vez que quem tem o dever de proteção dos direitos fundamentais são os Estados, mediante seus Tribunais Constitucionais, o que pode ser extraído dos artigos 1.º, 13.º e 35.º da Convenção. Assim, a proteção que a CEDH dispensa aos indivíduos é subsidiária, ou seja, apenas quando os Estados falham na sua obrigação primeira de proteção há possibilidade de sua invocação.

O fato de deterem o conhecimento das matérias levadas à exame, com o domínio, ainda, da matriz axiológica de cada Estado, valida a prioridade da jurisdição do Estado, a atuar o Tribunal apenas de forma subsidiária, podendo ser destacada, ainda, a legitimidade democrática do Estado-Parte, a revestir as suas decisões de maior autoridade, com maior possibilidade de serem observadas.

Catarina Botelho traça “uma linha delimitadora entre o *princípio da subsidiariedade* e a ‘doutrina da margem nacional de apreciação’”. Ela define a subsidiariedade como uma limitação do poder de controlo do Tribunal (em todos os litígios); já a “doutrina da margem nacional de apreciação” é aplicável apenas em certos casos. Seria, no seu entender, “a fronteira entre a universalidade dos direitos do homem e a ‘irreduzível’ soberania estatal”.<sup>153</sup>

No tocante a determinadas matérias, questões peculiares que talvez encontrem lugar no espaço internalizado do Estado, mas não encontrem correlação com circunstâncias que possam evidenciar uniformidade no âmbito de proteção da Convenção, a impor ao Tribunal

<sup>152</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira – **Curso de direito internacional público**. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 678.

<sup>153</sup> BOTELHO, Catarina Santos – **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 336-337.

uma dificuldade de restrição ou extensão de direitos, essa corrente defende um grau de reserva do Estado, de “*judicial restraint*”, um “*elbow room*”.

Nesse particular, vale registrar o caso *Handsyde* (confisco de determinados exemplares de um livro reputado obsceno no Reino Unido). Foi o primeiro caso, em que se invocou a “doutrina da margem nacional de apreciação”. Para a Corte Europeia de Direitos Humanos, “em virtude do contínuo e direto contato com as forças vitais de seus países, as autoridades estatais estão, a princípio, em melhor posição de que o juiz internacional, para avaliar as exigências morais de suas sociedades”<sup>154</sup>.

Houve outro caso (caso *James*), que envolvia a apreciação de lei britânica que permitia a expropriação de propriedade alugada em nome do interesse público. A Corte concluiu que, “devido ao seu conhecimento direto de sua sociedade e de suas necessidades, as autoridades nacionais estão, a princípio, e em melhor posição, de que o juiz internacional, para apreciar o que seria o ‘interesse público’ (...) consequentemente, as autoridades nacionais gozam de uma certa margem de apreciação”<sup>155</sup>.

No caso *Engel*, houve, também, autolimitação da Corte, com o fundamento de que “cada Estado é competente para organizar seu próprio sistema de disciplina militar e goza, na matéria, de certa margem de apreciação”<sup>156</sup>.

Mas a aplicação dessa doutrina vem sendo rechaçada pela Corte, com a invocação do princípio da proporcionalidade, como exemplifica o caso *Goldwin*, quando houve condenação do Reino Unido por ofensa a preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, vulneração do direito à vida privada e ao direito do matrimônio. No deslinde deste caso, a Corte Europeia decidiu, ainda, que as suas decisões não são vinculantes e que o uso da teoria da margem de apreciação deveria ser feito levando em consideração o princípio da proporcionalidade.

A crítica que se faz a essa doutrina reside no argumento da relativização dos direitos humanos, como sustenta Antônio Augusto Cançado de Trindade. Ele destaca a inexistência, na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CDH) de qualquer referência à margem de apreciação nacional, mas há clara obrigação dos Estado no sentido de garantir e respeitar os

---

<sup>154</sup> Tradução livre (Corte Europeia de Direitos Humanos, Série A, n. 24, parágrafo 48).

<sup>155</sup> Tradução livre. Caso James (Comissão *versus* Reino Unido), Corte Europeia de Direitos Humanos, Série A, n. 98, parágrafo 46.

<sup>156</sup> Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso Engel, Série A, n.22, parágrafo 59.

Direitos Humanos, sem ressalvas ou titubeios.<sup>157</sup> O autor destaca que essa doutrina não foi recepcionada na jurisprudência acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos.

É interessante observar, com relação ao Estado português, que na Convenção Europeia dos Direitos Humanos estão consagrados direitos fundamentais previstos na Constituição de Portugal. Assim, é possível o recurso individual para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) das decisões que afrontem tais direitos, incluindo-se qualquer tipo de actos, sejam normativos ou não, o que permite ao cidadão se insurgir perante o Tribunal com relação intervenções restritivas dos seus direitos, é sua única possibilidade, desde que esgotados os recursos internos. O que se quer dizer é que, no tocante a levar em conta a “margem nacional de apreciação”, o que redundaria na autocontenção do TEDH, isso só acontece quando o Tribunal Constitucional (TC) já examinou a possível inconstitucionalidade da restrição ao direito fundamental. Quando o TC não intervém, como em Portugal, não há falar-se em autocontenção, abrindo-se franca atuação do TEDH.<sup>158</sup>

### 4.3 Sistema europeu (Conselho da Europa)

Assim é preciso falar dos sistemas regionais de protecção dos direitos fundamentais, que se estabelecem a partir de interesses comuns, os quais consideram valores, costumes e cultura daquela determinada região. Nessa perspectiva e a partir da compreensão da tutela dos direitos fundamentais de uma forma internacional/regional, na sequência da DUDH e antes do Pactos das Nações Unidas, no âmbito do sistema regional europeu, veio à lume a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, chamada, hoje, de Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), considerada “como o mecanismo internacional mais ‘sofisticado’ e ‘perfeito’ de tutela dos direitos do homem”<sup>159</sup>. Com efeito, criou-se o Conselho da Europa após a Segunda Guerra, em 1949, com o objetivo de unificar o continente europeu. No ano seguinte, os Estados membros do Conselho editam a referida Convenção com vigência a partir de 3 de setembro de 1953.

A CEDH vincula os Estados com relação à vulneração dos direitos nela contemplados, inicialmente, através da Comissão Europeia dos Direitos do Homem (extinta

---

<sup>157</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado – **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

<sup>158</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade – Avaliação Crítica**. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 130.

<sup>159</sup> BOTELHO, Catarina Santos – **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 317.

pelo Protocolo n.º 11) e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).<sup>160</sup> No referido Protocolo, está previsto o amparo internacional para admitir que, além dos Estados, os indivíduos possam ser titulares da tutela dos seus direitos fundamentais no plano internacional, o que os eleva à condição de sujeitos de Direito Internacional. Esse instrumento de tutela do direito do indivíduo, na perspectiva global, operacionalizou-se com o *amparo europeu*, com competência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e o *amparo interamericano*, de competência do Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem (art.º 25º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Vale comentar que o reconhecimento do direito de petição ao indivíduo contribui para o fortalecimento das normas de proteção internacionais e evita o risco de seu esvaziamento.

Catarina Santos Botelho<sup>161</sup> afirma que a proteção regional dos direitos do homem alcança patamares louváveis, porém, a possibilidade de execução dos acórdãos do Tribunal de Estrasburgo é limitada, em razão do resguardo da soberania dos Estados. Essas decisões “não possuem força executiva directa, mas tão-somente declarativa e reparadora, sendo que a sua execução depende, assaz, da vontade colaboradora do Estado”. O que se espera, ainda na análise da professora, é que a manifestação do TEDH enseje “um certo desconforto” para o Estado condenado, que o conduza a uma tomada de atitudes no tocante ao cuidado com os direitos previstos na Convenção para que não sejam violados, e sim resguardados. Mas é interessante perceber que o Tribunal não tem o poder de anular actos administrativos nem estabelecer a forma ou o meio como suas decisões serão implementadas, tampouco, por óbvio, “revogar o direito nacional do Estado inadimplente”.<sup>162</sup>

A partir do advento da CEDH, fala-se em uma cultura constitucional europeia comum, em razão da adesão a um tratado internacional e em razão da jurisprudência do TEDH.

Outro aspecto que releva destacar é o de que o TEDH não é a última instância dos tribunais dos Estados, ou seja, não está acima da justiça constitucional dos Estados e nem funciona como órgão de revisão. O que o caracteriza, nessa perspectiva de tutela de direito

---

<sup>160</sup> “O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) é o órgão jurisdicional do Conselho da Europa, organização internacional que abrange 47 Estados, incluindo os 28 Estados Membros da União Europeia. O TEDH funciona desde 1954, tem sede em Estrasburgo, França, e julga a título subsidiário (depois de esgotadas as vias internas), os casos de violações dos direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) por parte dos respetivos Estados signatários. Portugal só aderiu ao Conselho da Europa em 22 de Setembro de 1976 e só se vinculou à jurisdição do TEDH a partir de 09/11/1978, em consequência da adesão à CEDH”. <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/124162182/view>

<sup>161</sup> BOTELHO, Catarina Santos – **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 319.

<sup>162</sup> *Ibidem*, loco citato.



fundamental, na visão de universalidade, é que é o intérprete derradeiro da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que obriga a todos os signatários.

Portugal já foi condenado pelo TEDH por vulneração do artigo 2.º da CEDH, em razão de descumprimento de deveres de cuidado por parte de um hospital público que negligenciara no tratamento de um doente psiquiátrico.<sup>163</sup> Também lhe foi imputada violação do artigo 5.º da Convenção, em face de manutenção e renovação de medida de prisão preventiva por tempo demasiado sem justificação plausível.<sup>164</sup> As violações dos artigos 2.º, 3.º e 5.º são categorizadas como casos da categoria III (depois dos urgentes e dos que provocam uma questão sistêmicas ou de interesse geral). A maior parte das condenações está relacionada à morosidade da justiça portuguesa, violação do direito à proteção da propriedade e direito a um recurso efetivo, a um julgamento justo e à liberdade de expressão.<sup>165</sup>

#### **4.4 Sistema interamericano**

O sistema interamericano de direitos humanos é o sistema regional de proteção dos direitos humanos na esfera da Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 1948, na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, quando participaram 21 países americanos, por meio da Carta de Bogotá, para promoção de direitos humanos e discussão de problemas comuns das Américas. Naquela ocasião, adotaram a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, em 10/04/1948, mesmo antes da DUDH, que é considerada o primeiro documento com o escopo de catalogar direitos do homem e responsabilizar os Estados.

Em 1959, a OEA criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Em 1969, em São José, Costa Rica, os Estados Americanos editaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que passou a vigor em 1978. Trata-se de um documento extenso, maior do que grande parte dos instrumentos internacionais de direitos humanos, contemplando mais direitos do que a Convenção Europeia, com garantias mais avançadas que as previstas na Convenção e no Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> Ac. Fernandes de Oliveira c. Portugal (4.ª Secção), 28.03.2017.

<sup>164</sup> Ac. Qing c. Portugal (1.ª Secção), 5.11.2015.

<sup>165</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. [Em linha]. Strasbourg: ECHR, 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/por&c>

<sup>166</sup> Thomas Buergental *apud* GOMES; Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (org.). Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 30.

Já a Corte Interamericana de Direito Humanos (Corte) foi criada pelo Pacto de San José da Costa Rica, mas suas atividades só começaram em 1979. Constitui o órgão mais importante do sistema americano de proteção dos Direitos Humanos e detém competência consultiva e contenciosa. Para que possa exercer sua competência contenciosa, a petição de denúncia da violação de direitos humanos deve ser encaminhada à Comissão Interamericana, que tem competência para recebimento e análise dos documentos apresentados, procedendo, primeiramente, a Recomendações ao Estado; apenas em caso de seu descumprimento, há o envio da denúncia para o julgamento da Corte.

Convém destacar outros documentos que integram o sistema americano de proteção dos direitos humanos como o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência.

O Brasil ratificou a Convenção Americana, em 1992, e aceitou a competência contenciosa da Corte também em 1998.

O Estado brasileiro já foi denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em face da negligência com relação à punibilidade no caso da tentativa de homicídio, (hoje, feminicídio) de Maria da Penha. Seu marido tentou matá-la, primeiramente, com disparos de arma de fogo, o que a deixou paraplégica; depois de ter retornado do hospital, após 4 meses de tratamento, por tentativa de afogamento. Após 17 anos de impunidade, o caso foi levado à apreciação da CIDH, que reconheceu a responsabilidade e negligência do Estado brasileiro e recomendou a adoção de medidas protetivas, no caso de violência doméstica, e a correspondente reparação. Essa recomendação foi acolhida pelo Estado brasileiro e redundou na 3ª melhor lei do mundo<sup>167</sup> de combate à violência doméstica, a Lei n.º 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, e, posteriormente, na Lei nº 13.104/2015 (Lei do

---

<sup>167</sup> A lei Maria da Penha sobre violência a mulheres foi citada num relatório da entidade ONU Mulheres, divulgado em 2011, como modelo de legislação no combate à violência doméstica. “A pesquisa “Progresso das Mulheres do Mundo: Em Busca da Justiça” foi efetuada em 139 países para conferir o avanço de leis de proteção feminina. Segundo o estudo, apesar de sucessos, mulheres em todo o mundo continuam vivenciando injustiça, violência e desigualdades em casa e no trabalho”.<https://news.un.org/pt/story/2011/07/1379751-lei-maria-da-penha-citada-como-exemplo-em-relatorio-da-onu>.

Feminicídio, assassinato de mulheres por serem mulheres). Apesar disso, o Brasil ainda ocupa o 5º lugar no mundo em feminicídios.<sup>168</sup>

Outro caso relevante, dentre as condenações do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos, pela Corte Interamericana, foi o caso denominado da Guerrilha do Araguaia, movimento de resistência ao regime militar, de membros do Partido Comunista do Brasil, que foram torturados e exterminados pelo Exército brasileiro e os corpos ocultados.

A Lei n.º 6.683/1979 concedeu anistia geral aos participantes do golpe militar e aos acusados de crimes políticos e eleitorais entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A Lei 9.140/1995 concedeu indenização aos familiares e vítimas de pessoas desaparecidas por violações de direitos fundamentais acusadas de participação de atividades políticas, naquele período, e os deu como mortos os desaparecidos. O Centro pela Justiça e o Direito Internacional e a *Human Rights Watch/Americas* recorreram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que encaminhou recomendações ao Brasil. Como não houve observância dessas recomendações, o caso foi levado à Corte em 26 de março de 2009, que condenou o Estado brasileiro pela violação a vários artigos da CADH, destacando que a Lei de Anistia brasileira vedava a investigação de graves violências aos direitos humanos, em contraposição ao que determina a Convenção. Uma das recomendações da Corte, neste caso, foi a da instituição de uma Comissão da Verdade e da Justiça (CNV) para esclarecer as graves violações dos direitos humanos no período da ditadura. Essa Comissão foi criada pela Lei 12.528/2011, instituída em 16/05/2012 para apurar graves violações de Direitos Humanos no período compreendido entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988.

Se se levar em conta o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH), as normas de direitos fundamentais de proteção ao trabalhador positivadas na Constituição brasileira, assentadas no direito à vida digna e na máxima de que o trabalho dignifica o homem, há de se constatar várias violações a esse arsenal normativo de proteção, mormente com o advento de legislações com normas trabalhistas substantivas e adjetivas que refletem, na verdade, a desconstrução do direito social do trabalho, citando-se como exemplo a recente e apressadamente aprovada Reforma Trabalhista brasileira, a Lei n.º 13.467/2017. Esse avanço de legislação obstativa de acesso a direitos sociais do trabalho e jurisprudência

---

<sup>168</sup> “O Brasil é o 5º país no mundo – em um grupo de 83 – em que se matam mais mulheres, de acordo com o Mapa da Violência de 2015, organizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso). Entre 2003 e 2013, o número de mulheres mortas em condições violentas passou de 3.937 para 4.762 – o que representou 13 feminicídios por dia –, registrando um aumento de 21% na década. Para as mulheres negras, o índice foi ainda pior: os homicídios, nesse caso, aumentaram 54,2% no mesmo período, passando de 1.864 para 2.875 vítimas” <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/publicacoes/entreteses/item/2589-brasil-e-o-5-pais-que-mais-mata-mulheres>.

defensiva, expressão que será usada algumas vezes neste trabalho e que será explicada adiante, significa relevante retrocesso social.

O caso que se mencionará a seguir é mais um que foi levado à CIDH em que consta o Brasil como parte. Ainda são recorrentes no Brasil os episódios de trabalho análogo à condição de escravo. Pela Petição n.º 11.289 (José Pereira vs Brasil) (24/10/2003), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) concluiu pela existência de trabalho escravo no sul do Estado do Pará. José Pereira foi ferido de forma grave e outro trabalhador foi morto ao tentarem fugir da Fazenda Espírito Santo, em 1989. Eles foram para lá, por meio de uma captação vil repetida, com promessas que não eram verdadeiras acerca das condições do trabalho. O Brasil, mediante acordo firmado em 18/09/2003, reconheceu a responsabilidade internacional e se comprometeu com medidas pecuniárias de reparação, de prevenção, de alteração da legislação, de fiscalização e sanção ao trabalho escravo e com procedimentos e projetos nacionais para conscientizar e desestimular o trabalho escravo. Isso tudo redundou na alteração do Código Penal brasileiro, mediante a Lei n.º 10.803/2003, com a previsão do crime de “redução à condição análoga à de escravo”.

#### **4.5 Sistema de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia**

Na União Europeia, há um sistema de proteção dos direitos fundamentais multinível, a congregar os vários instrumentos que tutelam esses direitos, com especial articulação entre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta), a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e a Carta Social Europeia (CSE).<sup>169</sup>

Porém, na constituição da Comunidade Económica Europeia, hoje, União Europeia, não havia previsão de norma protetiva dos direitos fundamentais, pois, havia uma intenção meramente econômica, qual seja, o advento de um mercado comum, e a compreensão de que as Constituições dos Estados já contemplavam as referidas normas de proteção. Contudo, a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça, particularmente, a partir do caso *Van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL*, emergiu a necessidade de um modelo europeu de proteção dos direitos fundamentais.<sup>170</sup>

Assim, em 7/12/2000, proclamou-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE/Carta), a qual só se tornou vinculativa em 1.º/12/2009, a partir da vigência

---

<sup>169</sup> A Carta Social Europeia (CSE) surgiu em 1961, no Conselho da Europa, para tutelar direitos económicos e sociais fundamentais, como um complemento à CEDH, voltada para a proteção de direitos políticos e civis.

<sup>170</sup> PAIS, Sofia Oliveira – **Estudos de Direito da União Europeia**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina. 2017.

do Tratado de Lisboa, com aplicação pelo Tribunal de Justiça (TJ). A Carta contempla direitos fundamentais mencionados na CEDH e nos textos constitucionais comuns dos Estados-Membros, os direitos fundamentais dos cidadãos da União e os direitos económicos e sociais citados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. Com certeza, fortemente, inspirada na CEDH, a Carta é considerada o pilar da protecção dos direitos fundamentais.<sup>171</sup>

Em razão da diversidade de normas protetivas no cenário europeu, com relação aos direitos fundamentais, exsurtem conflitos de normas e interpretações. Na Carta, há o art. 52.º, n.º 3, que prevê uma *cláusula de correspondência*, segundo a qual “na medida em que a Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção”, aduzindo que “esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla”. Esses direitos da CEDH, que inspiraram a Carta, podem ser reputados *standards mínimos de protecção* dos direitos fundamentais. Há quem defenda, para resolução desses conflitos, a adesão da União à CEDH. No caso de sobreposição entre os direitos previstos na Carta e aqueles capitulados nos Tratados, tais direitos deverão ser executados “de acordo com as condições e os limites” definidos nos Tratados (art.º 52.º, n.º 2, da Carta).

#### **4.6 A previsão na Constituição Brasileira<sup>172</sup>**

A Constituição de 1988 foi o marco fundamental para o processo da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Isso porque a dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de princípio fundamental, suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro e que deve ser sempre levado em consideração quando se tratar de interpretar quaisquer das normas constantes do ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, no § 2º do seu art. 5º, deixou-se estatuído que: “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”.

Há uma corrente de doutrinadores do Brasil no sentido da internacionalização do direito constitucional que se respalda na supremacia do tratado internacional frente à Constituição. Essa corrente se sustenta no referido § 2º do art. 5º da Constituição Federal, considerado como uma cláusula aberta, a permitir que os tratados internacionais de protecção

---

<sup>171</sup> PAIS, Sofia Oliveira – **Estudos de Direito da União Europeia**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina. 2017.

<sup>172</sup> Art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal do Brasil.

dos direitos humanos ratificados pelo Estado adentrem o ordenamento jurídico brasileiro no mesmo grau hierárquico das normas. É importante ressaltar que essa teoria mantém coerência com o princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pela Constituição de 1988 como um dos princípios pelo qual a República Federativa do Brasil deve se reger em suas relações internacionais (CF, art. 4º, II)<sup>173</sup>.

Flavia Piovesan lembra que aos tratados internacionais de direitos humanos não se aplica a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal, uma vez que a CRBr lhes concede privilégio hierárquico e natureza de norma constitucional.<sup>174</sup> Assim, equivalem às emendas constitucionais os tratados e convenções internacionais acerca de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004. A professora enfatiza que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, o qual combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos (por força do art. 5º, § 2º, apresentam hierarquia constitucional) e outro aplicável aos tratados tradicionais (apresentam hierarquia infraconstitucional).

#### 4.7 A previsão na Constituição Portuguesa<sup>175</sup>

O art. 16.º, n.º 1, amplia o leque dos direitos fundamentais para incluir outros constantes de leis e de normas de direito internacional, o que Canotilho e Vital Moreira chamam de direitos fundamentais fora da Constituição. Segundo eles, essas “regras aplicáveis do direito internacional” abrangem tanto as do direito internacional geral ou comum como as do direito convencional “designadamente os pactos internacionais referentes aos direitos do homem e ratificados pelo Estado português” (p. 364-365). É o que a doutrina chama de “cláusula aberta” dos direitos fundamentais, o que José de Melo Alexandrino considera uma conclusão apressada. Isso porque, segundo ele, na cláusula aberta, invocando o Professor Laurence Tribe, não há autorização para criação de novos direitos. Trata-se de advertência ao intérprete “de não interpretar de forma negativa o silêncio da Constituição relativamente a direitos (constituindo uma verdadeira *rule of construction*)”. Ele diz que embora haja silêncio na Constituição sobre o direito a morrer ou acerca da recusa de tratamentos médicos não

---

<sup>173</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos;

<sup>174</sup> PIOVESAN, Flávia – Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In MOURA, Lenice S. Moreira de – **O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, p. 2009. p. 121-146.

<sup>175</sup> Art. 8º da Constituição da República Portuguesa.

impede que a tutela desses direitos seja reivindicada e se possa considerá-los como direitos materialmente fundamentais contemplados na Lei Maior.<sup>176</sup>

O problema, com relação ao n.º 1 do art. 16.º é, na visão de Gomes Canotilho, a dificuldade de se distinguir o que seriam, nesse rol de direitos fora da Constituição, verdadeiramente fundamentais. Ele responde que a definição deve-se pautar pelo objecto do direito em questão e sua comparação àqueles formalmente fundamentais. Entende, que a partir dessa consideração, aí estariam incluídos todos os direitos fundamentais e não apenas os direitos, liberdades e garantias.<sup>177</sup>

O n.º 2 do art. 16.º permite a inclusão da DUDH no plano dos direitos fundamentais da CRP e estabelece, pois, uma regra de interpretação e integração. José de Melo Alexandrino lembra que a disposição lá contemplada de que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem” foi percebida como *cláusula de recurso* por uma Assembleia Constituinte advinda do processo revolucionário, o que o autor denomina de “uma válvula de segurança do sistema de direitos fundamentais” e, ainda, sugere, uma reflexão de sua permanência na Carta Magna, em um momento político que ele considera estabilizado.<sup>178</sup> Trata-se como visto, de um critério de interpretação. E assim, pode-se trazer aqui um exemplo citado na doutrina, que é o direito de mudar de cidadania - artigo 15.º, n.º 2, segunda parte, da DUDH - que pode ser integrado ao art. 26.º, n.º 1, da CRP.

Segundo José de Alexandrino, a Assembleia Constituinte concebeu esta regra, como *cláusula de recurso*, “num momento em que a própria Assembleia Constituinte se achava condicionada pela dinâmica (pouco amiga da liberdade) do processo revolucionário”. Ele diz que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) significou, na origem da Constituição, “um valioso quadro de referência e uma válvula de segurança do sistema de direitos fundamentais”.<sup>179</sup>

Não há como não destacar a originalidade da Lei Maior portuguesa, “encampada pela Constituição espanhola em vigor (de 1978), bem como pelas Leis Fundamentais de alguns estados lusófonos”, à exceção do Brasil.<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Direitos Fundamentais**. 2.ª ed. Cascais: Princípia, 2011, ps. 55-56.

<sup>177</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 402.

<sup>178</sup> ALEXANDRINO, José de Melo – *opere citato*, p. 60.

<sup>179</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

<sup>180</sup> DUARTE, Ronnie Preuss – **Garantia de Acesso à Justiça, os direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 58.

## **5 TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NO BRASIL**

### **5.1 A Constituição brasileira**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é fruto de uma verdadeira catarse popular. Foi resultado de uma convocação de uma Assembleia Constituinte por Emenda à Constituição de 1967/1969, pelo então Presidente, José Sarney, que era o Vice de Tancredo Neves, que morreu em pleno processo eletivo, após ter sido eleito como o primeiro presidente civil do Brasil. Isso se deu após longo período de ditadura e regime repressivo, o que trouxe para o seu contexto e para o seu texto ideias e preceitos libertários, fundados no valor da dignidade da pessoa humana. Com efeito, em 1º de fevereiro de 1987, os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reuniram-se, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte (ANC), com 559 constituintes. Em 5/10/1988, a 7ª Constituição brasileira foi promulgada, em sessão solene, tendo à frente o presidente da assembleia, o Deputado Ulysses Guimarães, que teve papel decisivo e conciliador nos trabalhos, com um discurso marcante, anunciando-a como a “Constituição Cidadã”. E, de facto, o Dr. Ulysses, como era chamado, nominou muito bem aquela que seria considerada a Carta Magna mais representativa dos anseios do cidadão brasileiro, porque a assembleia abriu, amplamente, a participação da sociedade civil, dos movimentos populares, que podiam encaminhar suas sugestões para elaboração do texto da Lei Maior do país.

Ulysses Guimarães foi eleito Presidente da assembleia após ter sido ungido com expressiva votação popular para a Câmara dos Deputados. Foram feitas comissões e subcomissões temáticas para realizarem audiências públicas com o objetivo de ouvir os setores populares correspondentes. O Regimento Interno da Constituinte abriu a possibilidade para a participação popular com emendas populares. É interessante registrar o ambiente do Congresso Nacional, à época, com milhares de pessoas de entidades de várias representações populares, de minorias, como indígenas, mulheres, adolescentes, negros, sindicatos, trabalhadores, igreja, prostitutas, meninos de ruas, setores organizados e não organizados, ambientalistas, bem assim os diversos setores da sociedade, como o Ministério Público, o Judiciário, o setor da indústria, da agricultura, banqueiros e bancários, com ou sem-terra, dentre muitos representantes dos cidadãos da Nação.<sup>181</sup>

---

<sup>181</sup> TV SENADO – **A Constituição da Cidadania**. Brasília, 6 nov. 2019. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.youtube.com/watch?v=yDRPI0a3uZQ&t=172s>.



A Carta Magna de 1988 colocou o Direito do Trabalho e os direitos sociais do trabalhador em sua centralidade. Deu destaque para os direitos fundamentais, destacando, nos seus arts. do 6º ao 11.º, os direitos sociais, alçando a dignidade da pessoa humana ao patamar mais alto da sua proteção. O art. 7º traz 34 incisos elencando direitos essencialmente trabalhistas, o que contribui para a crítica de que muito do que está na Constituição Federal é matéria infraconstitucional.

## **5.2 Os direitos sociais do trabalho**

A prodigalidade com que se constitucionalizou os direitos sociais, no Brasil, está relacionada à necessidade de proteção aos hipossuficientes, diante de um cenário de um país de desigualdades, fundando-se o constituinte em princípios básicos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

A Constituição de 1934 já abrigava amplamente o tema, que passou a ser recorrente nas subsequentes constituições.

Na Carta Constitucional de 1988, os direitos sociais passaram a compor o rol dos direitos fundamentais, ocupando um capítulo inteiro. Com efeito, os direitos sociais elencados no rol dos direitos e garantias fundamentais estão distribuídos em seu capítulo II entre os artigos 6º a 11º: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

José Afonso da Silva correlaciona os direitos fundamentais com o direito da igualdade porque fazem surgir condições materiais que conduzem à experiência de uma verdadeira igualdade. Os direitos sociais são considerados, nessa percepção, dimensão dos direitos fundamentais do homem, prestações que o Estado positiva, direta ou indiretamente, elencadas nos preceitos constitucionais. É o que vai oportunizar condições melhores aos mais desvalidos e proporcionar “a igualização de situações sociais desiguais”.<sup>182</sup>

### **5.2.1 O trabalho como direito social fundamental**

Os direitos sociais do trabalhador foram específica e pontualmente tutelados entre os arts. 7º e 11º da Constituição brasileira no âmbito individual e coletivo.

Mas o que se verifica, na prática, é que, quando se trata de dar efetividade a esses direitos fundamentais do trabalhador, o tratamento não é o mesmo dispensado aos demais

---

<sup>182</sup> SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 277.

direitos fundamentais. Contudo, o direito ao trabalho digno – com a fundamentalidade que a Carta Magna de 1988 quis imprimir – é que respalda os demais direitos fundamentais. Sem trabalho digno não há garantia dos Direitos Sociais elencados no art. 6º: Educação, Saúde, Alimentação, Moradia, Lazer, Segurança, Previdência Social etc.<sup>183</sup>

Tanto que essas garantias são previstas constitucionalmente para serem sustentadas pelo salário-mínimo a ser concedido a um trabalhador, o que não se reveste de efetividade, sem necessidade de maiores explicações, haja vista o valor atribuído ao salário-mínimo no Brasil<sup>184</sup>:

Quadro 1: Direitos sociais que devem ser suportados pelo salário mínimo

| DIREITOS SOCIAIS                    | SALÁRIO MÍNIMO TEM DE ABRACAR |
|-------------------------------------|-------------------------------|
| Educação                            | x                             |
| Saúde                               | x                             |
| Alimentação                         | x                             |
| TRABALHO                            |                               |
| moradia                             | x                             |
| lazer                               | x                             |
| segurança                           |                               |
| previdência social                  | x                             |
| Proteção à maternidade e à infância |                               |
| Assistência aos desamparados        |                               |
|                                     | Vestuário                     |
|                                     | Higiene                       |
|                                     | Transporte                    |

Fonte: A autora.

O professor, doutrinador e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho<sup>185</sup> enfatiza que os direitos individuais trabalhistas, além de serem direitos sociais, inserem-se no núcleo inexpugnável da Constituição, como direitos individuais fundamentais. Para ele, tais direitos gozam de dupla e combinada dimensão, identificada na estrutura

<sup>183</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)”.

<sup>184</sup> O valor atual do salário-mínimo nacional (a partir de 1 de fevereiro de 2020) é de R\$ 1.045,00, o que equivale, mais ou menos a 159 Euros (PEDUZZI, Pedro – Novo valor do salário-mínimo começa a vigorar amanhã. **Agência Brasil**. Brasília, 31 jan. 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-01/novo-valor-do-salario-minimo-comeca-vigorar-amanha>).

<sup>185</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

normativa da Constituição. Conclui que são direitos e garantias individuais dos trabalhadores, e, também, são direitos sociais.

Para o referido mestre, “o enquadramento didático do trabalho como direito social está explicitado no art. 6º da Constituição, concretizando-se em inúmeros direitos que se listam no art. 7º”. Segundo ele, trata-se de um acréscimo normativo e doutrinário, sem que seja diminuído, em termos normativos, o grau de afirmação do trabalho como princípio, valor e fundamento para o direito social, para sinalizar que o trabalho priva de lugar de destaque em todos os espaços de afirmação jurídica “no plano constitucional e do próprio universo jurídico contemporâneo”.<sup>186</sup>

O traço marcante da Constituição brasileira de 1988 foi estabelecer um Estado Social, responsável pela promoção dos direitos sociais, vinculados à promoção da cidadania. E o art. 6º<sup>187</sup> é pródigo nesse elenco, podendo-se, contudo, extrair um traço comum que, arrisca-se indicar, como sendo a promoção do cidadão, haja vista o teor do dispositivo constitucional mencionado e do artigo 193<sup>188</sup>:

O Supremo Tribunal Federal já considerou que o art. 7º da Constituição Federal não é passível de modificação por sedimentar cláusula pétrea. Em sede de ação direta de inconstitucionalidade, n.º 939-07/DF, referiu-se aos direitos sociais como cláusulas intocáveis. Pela decisão, os direitos sociais guardam relação de continência com os direitos individuais previstos no art. 60, §4º, da Constituição, e, conseqüentemente, são imutáveis.<sup>189</sup>

Arnaldo Sussekind, afirma que o Congresso Nacional não detém competência para extinguir direitos e garantias individuais, dentre eles os direitos sociais catalogados no art. 7º, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da CRBr. O ilustre jurista entende que,

“(…) se os direitos e garantias individuais de índole social-trabalhista, constantes do art. 7º, da Lex Fundamentalís, não podem ser abolidos por emenda constitucional, certo é que não será defeso ao Congresso Nacional alterar a redação das respectivas normas, desde que não modifique a sua essência de forma a tornar inviável o exercício dos direitos subjetivos ou a preservação das garantias constitucionais estatuídos no dispositivo emendado”.<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

<sup>187</sup> Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>188</sup> Artigo 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

<sup>189</sup> Ementário do STF, n. 1.720-10.

<sup>190</sup> SUSSEKIND, Arnaldo – **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 89-90.

O juiz Fábio Rodrigues Gomes, em sua obra *Direitos Fundamentais dos Trabalhadores: Critérios de Identificação e Aplicação Prática*<sup>191</sup>, inclui um capítulo intitulado “O Direito Constitucional do Trabalho na Jurisprudência do STF e do TST”. Nele, o juiz do trabalho começa afirmando que o relacionamento institucional entre a Justiça do Trabalho e o STF não é dos mais estáveis, com momentos de restrição e de ampliação da competência, além de se verificar colisões argumentativas.

### **5.2.2 Direitos sociais do trabalhador: efetivamente, fundamentais?**

Para falar em Direitos Sociais do Trabalho, não se pode olvidar menção a vergonhosa época da escravidão propriamente dita em que a mão de obra do homem, considerado mero objeto, era explorada ao extremo. Tal remissão faz-se importante para destacar que se está falando de direitos conquistados ao longo de anos e anos de muita luta e sofrimento, que passam, ainda, pelos horrores do sistema fabril.

Passados 132 anos da Lei Áurea, ainda se depara, no Brasil de esmagadora etnia afrodescendente, com trabalho em condições análogas à de escravo e com características essencialmente escravistas, como o trabalho doméstico.<sup>192</sup> O país ainda é uma nação que não se livrou da chaga da escravatura. Começa pela exclusão, por longo tempo, do trabalhador doméstico de vários incisos do rol do art. 7º, alguns só reconhecidos com a Emenda Constitucional n.º 72/2013.

Essas reflexões servem apenas de pano de fundo para concluir que, lastimavelmente, o trabalhador ainda não é valorizado o suficiente, continuando na condição de vassalo ao submeter-se (e não aderir) a um contrato de trabalho, sem proteção regulamentada de dispensa arbitrária, no Brasil, o que o mantém na condição de subserviência, sendo incontáveis as situações de assédio moral, principalmente as suportadas em silêncio pelo pavor de perda de emprego. Aliás, a questão de ausência de regulamentação da dispensa arbitrária, erigida à condição de direito fundamental, logo no inciso primeiro do art. 7º, talvez seja a principal causa da pouca efetividade dos direitos sociais do trabalhador; diferentemente de Portugal, que tem clara em seu texto constitucional a “segurança no emprego” (art. 53.º): “sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos ideológicos”.

---

<sup>191</sup> GOMES, Fábio Rodrigues – **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013.

<sup>192</sup> A Lei Áurea (Lei Imperial n.º 3.353), sancionada em 13 de maio de 1888, foi a lei que extinguiu a escravidão no Brasil (BRASIL. Presidência da República – **Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Rio de Janeiro: CLBR, 13 maio 1888).

Assim, resta ao trabalhador o pedido de socorro ao Judiciário, valendo-se da principal garantia fundamental, que é o processo. Resta saber se o processo do trabalho se configura, efetivamente, instrumento de realização desses direitos fundamentais do trabalhador ou de negação.

Dessa forma, o trabalhador vilipendiado, sem condições de vislumbrar, fora da esfera judicial, a efetividade do extenso rol dos seus direitos fundamentais, deveria encontrar no processo um meio eficaz de aplicação do seu direito material única e exclusivamente. Mas o processo do trabalho, no Brasil, tem-se revestido cada vez mais de uma complexidade que se revela incoerente com os princípios processuais que o informam, como os da celeridade, oralidade, informalidade, eventualidade e economia processual, dentre outros.

O processo do trabalho revela-se assim incoerente com a norma escrita que o disciplina e a prática dos tribunais.

A Constituição de 1988 é pródiga ao elencar os direitos sociais, adotando “o mais amplo catálogo de direitos sociais da história do nosso constitucionalismo, incluindo os direitos trabalhistas em capítulo próprio, o ‘Dos Direitos Sociais’”<sup>193</sup>.

Trata-se de conquista histórica dos trabalhadores a partir dos horrores dos portões das fábricas dos séculos XVIII e XIX, com jornadas de trabalho extenuantes, salários miseráveis, exploração de mulheres e crianças, enfim, diversas situações de aviltamento à dignidade do trabalhador. Embora ainda se depare atualmente com trabalho análogo ao de escravo, a constitucionalização dos direitos do trabalhador constitui um marco na nossa história.

O constitucionalismo social surge com a Constituição Francesa de 1848, seguida pela mexicana (1917) e a alemã (1919).

A primeira Constituição Brasileira a fazer menção aos Direitos Sociais (direitos dos trabalhadores, bem como dos servidores públicos) foi a de 1934 no Título referente à ordem econômica e social. Teve a duração de apenas três anos e surgiu em decorrência da Revolução Constitucionalista de 1932. As Constituições posteriores continuaram a abordar os Direitos Sociais, até chegar à atual Constituição (1988), que reservou o capítulo II, do artigo 6º ao artigo 13, para abordar os direitos acima citados. Tem-se, então, um documento com 250 artigos no seu corpo principal e 95 artigos na sua parte transitória. E para o direito do trabalho foram destacados 5 (cinco) artigos (7º a 11), sendo que o mais importante deles (o art. 7º), com 34 incisos.

---

<sup>193</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

Vale perquirir se os direitos sociais do trabalhador se revestem realmente da fundamentalidade imposta ou deveriam ser objeto de regulação meramente infraconstitucional. Não custa lembrar que, de 1934 a 1969, os direitos dos trabalhadores estiveram situados no Título Constitucional da “Ordem Econômica e Social”. Com a Constituição de 1988, o direito do trabalho foi situado no Título dos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Há uma corrente doutrinária que questiona a “desenfreada proliferação de novos direitos rotulados de fundamentais”.

Para esta corrente, muito direitos foram alçados à categoria constitucional e internacional sem que realmente possam ser concebidos como direitos fundamentais da pessoa humana. Gera-se um conflito entre a dinâmica que deve impregnar mesmo os direitos fundamentais, daí a noção de gerações de direitos que vão surgindo a partir do reconhecimento de sua fundamentalidade, e o que a doutrina costuma nominar como “integridade e a credibilidade da tradição jurídico-teórica” dos direitos fundamentais.<sup>194</sup>

A partir da reação ideológico-política ao modelo liberal-individualista (séculos XVIII e XIX) foram criados os direitos econômicos e sociais. Não havia um disciplinamento jurídico do processo econômico, o que redundava em abusos por parte dos empregadores, uma vez que com a introdução das máquinas na cadeia produtiva, sobrava mão-de-obra, a submeter os trabalhadores a baixíssimos salários e jornadas extenuantes de trabalho. A exigência da proteção dos economicamente fracos tornou-se imprescindível, fazendo emergir a denominada “questão social”.<sup>195</sup>

Esta superproteção não redundou em efetividade. Grande parte das normas constitucionais protetivas de direitos do trabalhador não foram regulamentadas, restando classificadas como normas de eficácia limitada. Assim, a fundamentalidade desses direitos foi bastante esvaziada.

### 5.3 O Tribunal Superior do Trabalho (TST)

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) do Brasil é a instância máxima da estrutura da Justiça do Trabalho, com a missão de uniformizar a matéria trabalhista em território

---

<sup>194</sup> LEAL, Roger Stiefelmann – Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. **PPGD**. [Em linha]. Porto Alegre: UFRGS, 2020. [Consult. 20 ago. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>

<sup>195</sup> *Ibidem*.

nacional a partir da aferição de divergência jurisprudencial entre os vários Tribunais Regionais do Brasil<sup>196</sup> e de vulneração à lei federal e/ou à Constituição Federal.

“Essa constatação do caráter de Corte Constitucional atribuído ao Tribunal Superior do Trabalho é fundamental, pois reforça o dever de que suas decisões, na forma de acórdãos, sejam juridicamente fundamentadas na Constituição Federal de 1988”, afirma o Professor e Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado.<sup>197</sup> Ele acrescenta que, “por ter competência para conhecer de decisões regionais que violam a Constituição, o TST tem a responsabilidade de motivar e fundamentar a prestação da tutela jurisdicional na abertura protetiva que o constitucionalismo garante ao ordenamento jurídico trabalhista”.

## **5.4 Efetividade de direitos sociais do trabalhador no Tribunal Superior do Trabalho**

### **5.4.1 Na contra onda do acesso à Justiça**

Quando se traz o tema do acesso à justiça, não se pode deixar de mencionar a indispensável obra de Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Nicolò Tocker (1974/1975). Não socorre ao trabalhador a positivação de direitos fundamentais sociais do trabalho e a previsão de garantias constitucionais se a tutela de tais direitos não for efetiva. Essa obra, que contempla o Projeto Florença, consubstancia a pesquisa acerca do acesso à justiça em vários países, pelo que se denominaram três ondas renovatórias relacionadas: à assistência judiciária aos menos favorecidos (a 1ª); à tutela de direitos da coletividade, os interesses difusos (2ª); e, por fim, a que mais nos interessa no presente estudo, à eliminação dos obstáculos ao acesso à Justiça, tendo sido denominada “enfoque de acesso à justiça”.

Extraí-se do estudo mencionado a compreensão de que o acesso à justiça era um direito natural no Estado liberal, não se requisitava uma ação estatal para a sua tutela. Veio o Estado Social e, com ele, a ideia de direitos sociais; ao mesmo tempo, a necessidade de garantias de efetividade desses direitos.

Na obra que se comenta, está estampada a preocupação de não se apenas proclamar direitos em catálogos pródigos, como é o art. 7.º da Constituição brasileira, em que

---

<sup>196</sup> Os Tribunais Regionais do Trabalho são órgãos de 2ª instância. Há 24 (vinte e quatro) Tribunais Regionais do Trabalho, sendo que em São Paulo, há 2 (dois), na capital e em Campinas; o da 8ª Região, com sede na capital do Pará (Belém) também tem jurisdição no estado do Amapá; mesma coisa para o da 10ª Região, com sede na capital do Distrito Federal, Brasília, mas, com jurisdição, também, em Tocantins e o da 11ª Região, sede em Manaus, capital do Amazonas, com jurisdição, também, em Roraima e o da 14ª Região, com sede em Porto Velho, capital de Rondônia, mas engloba, ainda, o Estado do Acre.

<sup>197</sup> DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo (coord.) – **Direito Constitucional do Trabalho, Princípios de Jurisdição Constitucional do TST**. São Paulo: LTr, 2015.

praticamente todos os direitos trabalhistas estão lá constitucionalizados, mas em efetivá-los, não havendo outra forma que não a garantia efetiva não só de acesso à justiça, mas de acesso a uma entrega de jurisdição constitucional.

É o que entendem Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo os quais o “princípio da efectividade postula, desde logo, a existência de tipos de acções ou recursos adequados (...), tipos de sentenças apropriados às pretensões de tutela deduzida em juízo e clareza quanto ao remédio ou acção à disposição do cidadão”<sup>198</sup>. Ou seja, esta tutela jurisdicional tem que ser efetiva, o que também se encontra contemplado no PIDCP.<sup>199</sup>

Cássio Escarpinella Bueno, quando fala de direitos constitucionais, é enfático no sentido de reconhecer a sua “justicialidade”, a despeito de qual geração os classifique, embora a doutrina tradicional possa traduzir o contrário. Ele quer dizer que não podem ser considerados tais direitos “meras prescrições” sem consequência de efetividade, ou seja, sem que haja a devida garantia de seus meios de concretização imperativos garantidos no próprio ordenamento jurídico.<sup>200</sup>

Como o processo é o instrumento para que se provoque essa jurisdição, não se pode revestir de uma complexidade tal que não se consiga, ao final, acessar a tutela jurisdicional, como o caso do processo do trabalho em Tribunal Superior no Brasil.

Na doutrina de Augusto César Leite de Carvalho, “o princípio de acesso à justiça não é violado apenas quando o Poder Legislativo inviabiliza expressamente o direito de ação (art. 5º, XXXV, da Constituição), ou constitui um estado de exceção (art. 5º, XXXVII, da Constituição), mas também quando inova regras jurídicas dissuasórias da atuação do Poder Judiciário, considerada sempre a natureza do conflito entregue à discricionariedade do legislador”<sup>201</sup>.

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal brasileira, já mencionado, estabelece, expressamente, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1 e 2. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 416.

<sup>199</sup> Artigo 2.º-3/a prevê a garantia de “recurso eficaz, mesmo no caso de a violação ter sido cometida por pessoas agindo no exercício das suas funções oficiais”. Na verdade, o termo “recurso eficaz” parece estar estritamente ligado com a expressão “tutela efetiva”. Em Timor-Leste, este “recurso eficaz” traduziu-se na adoção de uma tutela pela via jurisdicional dos direitos fundamentais.

<sup>200</sup> BUENO, Cassio Scarpinella – **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59 *et sequentia*.

<sup>201</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de – **Princípios de Direito do Trabalho, sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2018, p. 118-119.

<sup>202</sup> art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.



O art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe que “os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora”. No projeto de lei que acabou redundando na Lei n.º 13.015/2014, que enrijeceu, sobremaneira, a admissibilidade de recursos para aquele Tribunal Superior, a alteração proposta pela iniciativa do Tribunal Superior do Trabalho (TST) – de se retirar a expressão *por simples* – foi suprimida pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara.

Para a Ministra Kátia Arruda, do TST, “o art. 899 da CLT, segundo o qual os recursos serão interpostos mediante simples petição, teve origem no art. 73 do Decreto-lei n.º 1.237/1939 e refletiu diretamente o contexto no qual a Justiça do Trabalho estava vinculada ao Poder Executivo, ou seja, quando os recursos eram administrativos, evidentemente sem o mesmo rigor dos recursos judiciais”.<sup>203</sup>

Tal previsão respalda-se na natureza desse processo especial, que tutela prestações de natureza alimentar; por isso mesmo, o processo do trabalho é informado pelos princípios da celeridade<sup>204</sup>, economia processual, informalidade, oralidade e conciliação essencialmente.

Não se justifica, no entanto, aumentar o rigor na exigência de pressupostos recursais que pavimentem a interposição do recurso de natureza extraordinária trabalhista, diante da dicção do art. 899 supratranscrito, dentro do contexto que o respalda. Contudo, o processo do trabalho, que tutela verba de natureza alimentar, tornou-se um processo extremamente complexo, cheio de armadilhas.

#### **5.4.1.1 Processo do trabalho no Brasil e a primeira onda renovatória – acesso à justiça e hipossuficientes**

O custo de movimentar um processo na justiça pode ser um dos maiores obstáculos para que as partes consigam alçar a entrega de jurisdição.

Arenhart, Marinoni e Mitidiero reconhecem que o mais óbvio obstáculo para um efetivo acesso à justiça é o do “custo do processo”. Esse problema relaciona-se com o das custas judiciais devidas aos órgãos jurisdicionais, com as despesas para a contratação de advogado e com aquelas necessárias para a produção das provas.

---

<sup>203</sup> ARRUDA, Kátia Magalhães; MILHOMEM, Rubem – **A Jurisdição Extraordinária do TST na Admissibilidade do Recurso de Revista**. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

<sup>204</sup> Este princípio foi alçado à condição de garantia fundamental: inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Na Constituição brasileira, há expressa previsão da obrigação do Estado de prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (inciso LXXIV do art. 5º). Assim, a Carta Magna brasileira também prevê a Defensoria Pública como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV<sup>205</sup> do art. 5º”.

Na verdade, a maior preocupação é com a preservação do projeto do Direito Social consagrado na Constituição Federal brasileira de 1988, que foi pródiga em alargar o catálogo de Direitos Sociais, destacando, como fundamento, a dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º), os valores sociais do trabalho (inciso IV) e a prevalência dos direitos humanos (inciso II do art. 4º). Contudo, de que adianta a positivação de direitos fundamentais de forma tão avançada se, no processo do trabalho, cria-se legislação com obstáculos intransponíveis a vedar a efetivação desses direitos? Acaba-se por consagrar-se, pela via processual, verdadeiro retrocesso social.

Já na década de 50, muitos anos antes de se pensar na primeira onda renovatória de acesso à justiça, o Brasil saiu na frente com o advento da Lei n.º 1.060/1950, que veio garantir isenção de taxas, custas e despesas processuais para os que necessitam. Essa assistência judiciária gratuita, na concepção dessa lei, alcança todas as despesas do processo, incluídos aí os honorários do advogado e do perito.

Contudo, a Lei n.º 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista no Brasil, veio, na contramão dessa primeira onda, inserir, na Consolidação das Leis do Trabalho – a CLT – uma série de dispositivos que representam clara obstaculização e, até mesmo, vedação de acesso à justiça.

#### a) A função social do trabalho

Vale ressaltar aqui a função social do trabalho para lembrar que a lógica do direito do trabalho assenta-se na proteção dos valores sociais do trabalho, que têm, na centralidade, a dignidade do trabalhador. Portanto, considerando-se essa relação desigual (capital x trabalho) é que exsurge, como princípio basilar desse ramo do direito, o princípio da proteção. Na verdade, o contrato de trabalho é um verdadeiro contrato de adesão, ou melhor, de submissão, em que o trabalhador se submete às regras impostas pelo empregador ou é dispensado. No

---

<sup>205</sup> “LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]”.

Brasil, a situação é mais grave, porque, embora o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal proteja a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, esta garantia é condicionada a uma regulamentação por lei que nunca veio, passados já 32 (trinta e dois) anos da promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988.

Diante do contexto de desigualdade na relação de trabalho, é função do processo do trabalho garantir a efetividade dos direitos trabalhistas sob a perspectiva do mesmo princípio protetivo. Mas não foi o que aconteceu no Brasil, que, na sequência de legislações obstativas de prosseguimento de recurso, acabou por permitir que viesse à lume uma Reforma Trabalhista cercada por muitas críticas no tocante à ausência de debate a respeito e até com relação à sua legitimidade formal. No bojo dessa legislação, a Lei n.º 13.467/2017, muitos dispositivos podem ser questionados por trazerem gravame ao trabalhador, o que não acontece no processo civil, por exemplo. Serão destacados alguns que estão mais afetos à questão de vedação de acesso à justiça.

#### b) O benefício da justiça gratuita e a figura do hipersuficiente

Começa-se pelo art. 790 da Consolidação das Leis do Trabalho – a CLT – que, em seu § 3º, dispõe que o benefício da justiça gratuita só alcança “àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” em flagrante dicotomia com o parágrafo seguinte (o § 4º) desse mesmo artigo: “§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”.

Ora, com efeito, não é o valor do salário que estabelece a hipossuficiência, mas, a comprovação do estado de autossustentabilidade financeira do litigante.

O art. 790-B atribui “a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais” à “parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita”. E seu §4º dispõe que “somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”.

Em todos os outros ramos do direito, o beneficiário da justiça gratuita é dispensado do pagamento de honorários periciais. Avilta o princípio da proteção do hipossuficiente essa exceção no processo do trabalho, em flagrante desconexão com o conceito de gratuidade e de proteção do trabalhador menos favorecido.

No contexto atual de expansão política da justiça, o direito à assistência jurídica integral e gratuita como condição para o acesso à justiça constitui questão central para o sistema de justiça e ordenamento jurídico pátrio.

Esse debate assume ainda maior relevância quando pensado a partir da Justiça do Trabalho, ramo do poder judiciário voltado à pacificação de conflitos entre empregados e empregadores, comumente acionada pelos trabalhadores para reivindicação de verbas rescisórias ou outras verbas de natureza alimentar.

Vale ressaltar que os dispositivos da Consolidação da Leis Trabalhistas, trazidos pela Lei n.º 13.467/2017, limitadores da garantia ao benefício da justiça gratuita e, assim, do acesso à justiça, mediante a imposição de ônus excessivos aos trabalhadores que recorrem ao poder judiciário, são objeto de análise na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5766/DF, pendente de julgamento pela Suprema Corte brasileira, a revelar a envergadura constitucional da matéria, assim como a sua repercussão geral.

A garantia de assistência integral gratuita associada ao acesso à justiça encontra amparo, ademais, em Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e, especialmente, nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, artigos 8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10 de dezembro de 1948, e no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (PISDCP) de 19 de dezembro de 1966.

#### c) Honorários sucumbenciais recíprocos

A Reforma Trabalhista trouxe uma grande novidade para o processo do trabalho: os honorários sucumbenciais recíprocos, previstos no art. 791-A da CLT.<sup>206</sup>

A previsão da sucumbência recíproca no processo do trabalho brasileiro, mesmo para o beneficiário da justiça gratuita, nega o acesso à justiça, pois, como se pensou no Projeto Florença, a primeira e mais evidente barreira de acesso é o custo de movimentação do aparato judicial e com os honorários advocatórios. Na época dessa pesquisa, a despesa mais relevante consistia nos custos com honorários advocatórios. No Canadá e nos Estados Unidos, esses custos variavam entre 25 a 300 dólares a hora.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). (...) § 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrar honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

<sup>207</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 18.

No Brasil, dentre muitos casos, depois da Reforma Trabalhista, destaca-se o de um empregado que foi condenado a pagar mais de R\$ 700 mil reais, a título de honorários de sucumbência a sua empregadora, uma empresa de transportes. O autor alegava ter tido descontos em comissões e redução salarial e pleiteava uma indenização substitutiva. A juíza que julgou o caso declarou procedente apenas o pedido de indenização substitutiva de uma viagem que fora prometida como prêmio aos empregados que alcançassem o maior número de metas e foi cancelada; condenou a empresa em R\$ 10 mil reais. Contudo, julgou improcedentes os demais pedidos e, por isso, condenou o empregado em honorários de sucumbência relativos a 5% do valor de cada pedido que não foi concedido, o que trouxe uma condenação para o trabalhador de R\$ 700 mil reais.<sup>208</sup>

Na verdade, o grande fundamento para a inserção da sucumbência recíproca no processo do trabalho, segundo os que a defendem, é o de impedir ações ditas aventureiras. O Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em seus votos, chega a afirmar que “Se, por um lado, grande parte da demanda decorre do descumprimento da legislação pelos empregadores, por outro, verificou-se também que o excesso de ações se devia à existência de regras processuais, até então vigentes, que estimulavam o ingresso de ações irresponsáveis, com rol extenso de pedidos, muitos deles inverossímeis”. Para ele, “a inexistência de qualquer sanção à litigância irresponsável ensejava o ajuizamento de reclamationárias com excessiva cumulação objetiva de pedidos, em que, por exemplo, as horas extras e os danos morais elevavam substancialmente o valor da causa, sendo atualmente os temas mais recorridos para o TST”. Ele acrescenta que as empresas se viam obrigada a contratar advogados para ações improcedentes, arcando com alto custo, e os autores “tinham como único prejuízo o de não obterem verbas rescisórias adicionais nem sequer devidas”.<sup>209</sup>

O fundamento para esse tipo de decisão é o da litigância de má-fé, ou seja, o trabalhador já entra em juízo com a pecha de litigante de má-fé. A pensar assim, quando a

---

<sup>208</sup> "A parte autora é sucumbente quanto aos pedidos de pagamento de diferenças de comissões de venda de veículos, de horas extras, dias de descanso remunerado em dobro, de multa do art. 477 da CLT, de indenização adicional do art 9º da lei 7238/84 e indenização por danos morais. O autor atribuiu aos pedidos, respectivamente, os valores de R\$ 1.143.120,50, R\$ 555.066,22, R\$ 355.734,50, R\$ 94.178,14, R\$ 77.084,64 e R\$ 12.825.768,00. Sobre todos estes valores atualizados deve o autor pagar honorários de sucumbência no percentual de 5%. Processo: 0001922-90.2016.5.23.0021 (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 1922-90.2016.5.23.0021** (Lei 13.467/2017 - Conector PJe-JT - eSJJ - Tramitação Eletrônica). [Em linha]. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Órgão Julgador: Terceira Turma).

<sup>209</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – **Recurso de Revista n.º 1000101-63.2018.5.02.0016**. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Julgamento: 30 set. 2020. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DEJT, 09 out. 2020.

ação é julgada procedente em primeiro grau e improcedente em segundo grau não deveria haver a condenação em honorários sucumbenciais, uma vez que, reconhecida a procedência, pelo menos por um juízo, não há falar-se em demanda de caráter aventureiro.

Na verdade, consagra-se a crença popular, que causa tanta revolta, de que a justiça é para ricos e a injustiça para pobres; explica-se: quem tem condições de contratar um advogado, pagar seus honorários e assumir os riscos dos custos do processo tem chance de acessar a Justiça. Isso vale também para o desempenho técnico e adequado no processo, atribuído à possibilidade de se contar com o que se denomina um bom advogado, que é aquele que se encontra tecnicamente preparado para residir em juízo e manejar os apelos e medidas necessários ao andamento de um processo de altíssima complexidade. Quem não tem condições queda inerte, intimidado, com receio de ser considerado “irresponsável”, na expressão utilizada no voto supramencionado. Além do que, este litigante, que não está tecnicamente acompanhado, corre o risco de sofrer com a protelação e morosidade da justiça.

#### d) Estudo de um caso

Encontra lugar, ainda, neste trabalho, um caso em que autora atua.

Na hipótese em questão, o empregado ingressou com reclamação trabalhista postulando o correto pagamento de diferenças salariais decorrentes da incidência do adicional de periculosidade na forma de cálculo das comissões e horas extras. Requereu a concessão do benefício da justiça gratuita, ancorado nos fundamentos fáticos e jurídicos detalhadamente apresentados, com destaque para o que segue: a hipossuficiência, *in casu*, decorre do valor envolvido na causa, muito superior à possibilidade financeira do autor de suportar a lide sem prejudicar o sustento de sua família. Vale ressaltar que o valor atribuído à causa foi de R\$1.362.510,29.

A condição financeira do reclamante foi objeto de instrução, com acréscimo de documentação apresentada ainda na fase de instrução, a exemplo de: documentação dos dependentes econômicos do autor, dois filhos menores de idade; contracheque do emprego atual e declaração de imposto de renda referente ao ano-calendário de 2018.

Em síntese, o pedido de gratuidade da justiça formulado no caso tinha por fundamento o fato de que o reclamante não poderia litigar sem prejuízo do seu sustento e do da sua família. É este o espírito da norma, que contempla a condição única de vulnerabilidade financeira do jurisdicionado, no momento da propositura da demanda, o que não tem a ver com receita e patrimônio, mas com liquidez de rendimentos e autossustentabilidade.

O juízo de primeiro grau declarou extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015, em razão do acolhimento da prescrição biennial. Indeferiu

os benefícios da Justiça Gratuita, sob o fundamento de que “o reclamante percebe salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, conforme *holerites* juntados aos autos”, invocando, portanto, o art. 790 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que foi comentado acima. Desse modo, condenou o autor ao pagamento de custas processuais, no importe de R\$ 27.250,20 e, em honorários sucumbenciais, no importe de 5% sobre o valor atualizado da causa, o que demandaria o acréscimo do valor R\$ 68.125,51. Totalizando, portanto, R\$ 95.375,71. Ou seja, o empregado, além de perder, ainda teria que pagar quase 100 mil reais, o que equivale a 1.600 Euros.

O reclamante interpôs recurso ordinário, argumentando, em síntese, a desnecessidade de realização do preparo em razão de a concessão da gratuidade da justiça constituir objeto temático central do apelo; e, no mérito, postulando o reconhecimento da gratuidade da justiça em razão da condição econômica insuficiente do recorrente para custear a demanda.

No juízo de admissibilidade desse recurso ordinário para o Tribunal Regional, que é a instância superior, o Juiz da 2ª. Vara do Trabalho de Mauá denegou o seguimento do recurso do reclamante por considerá-lo deserto. Não houve fundamentos para a declaração de deserção e nem enfrentamento das teses apontadas no recurso ordinário para justificativa do não recolhimento de custas e depósito prévio recursal àquela instância. O recurso ordinário do reclamante foi, portanto, obstado por decisão de admissibilidade genérica e carente de fundamentação. Irresignado, o reclamante interpôs Agravo de Instrumento para tentar a subida do seu recurso ordinário, mas o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região negou provimento ao agravo de instrumento obreiro, com o mesmo fundamento da deserção, nos termos do artigo 790, §§3º e 4º da CLT, com nova redação dada pela Lei n.º 13.467/2017, em vigor desde 11.11.2017. Dessa decisão, o Reclamante opôs embargos de declaração, que restaram rejeitados.

O recurso, em tese, cabível seria o recurso de revista para a instância imediatamente superior, que é o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual, contudo, editou a Súmula n.º 218<sup>210</sup>, que estabelece que não cabe recurso de revista para o TST de decisão proferida no bojo de agravo de instrumento no Tribunal Regional. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal também tem uma Súmula que diz que só cabe o recurso extraordinário para o Supremo se forem esgotadas as vias recursais. A alternativa que a advogada-autora encontrou foi interpor o recurso extraordinário para a Suprema Corte Constitucional explicando o esgotamento das vias recursais.

---

<sup>210</sup> Por força da Súmula n.º 218 do Tribunal Superior do Trabalho, “É incabível recurso de revista interposto de acórdão regional prolatado em agravo de instrumento”.

Pela Súmula n.º 218 do TST, como visto, não cabe recurso de revista contra decisão proferida em agravo de instrumento no Tribunal Regional do Trabalho no âmbito daquela Especializada. Diante desse contexto, esgotaram-se as possibilidades impugnativas perante o Tribunal Regional do Trabalho e perante o Tribunal Superior do Trabalho, exaurindo-se, assim, as vias recursais na Justiça do Trabalho.

O recurso extraordinário foi denegado e, igualmente, o agravo de instrumento interposto dessa decisão denegatória, em teratológica, inconstitucional e ilegal decisão, contrariando norma processual que determina o encaminhamento do agravo de instrumento para a Corte Constitucional.

Não é demais registrar, para concluir, que a sedimentada jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é clara e coerente: normas internas que imponham um custo financeiro que impeça o acesso ao Judiciário são incompatíveis com os instrumentos internacionais de Direitos Humanos firmados e internalizados pelo Brasil no marco da Organização dos Estados Americanos.<sup>211</sup>

Acrescente-se que a garantia de gratuidade e acesso à justiça possuem especial relevância na seara trabalhista, em que as estatísticas revelam que a maioria das ações ajuizadas busca apenas o pagamento das mais básicas verbas rescisórias e salariais<sup>212</sup>, de modo que a restrição retira efetividade, inclusive, do direito fundamental ao trabalho e aos frutos do trabalho.

No caso que foi contado, o Autor ingressou com reclamação trabalhista postulando o correto pagamento de diferenças salariais decorrentes da incidência do adicional de periculosidade forma de cálculo das comissões, horas extras. E os valores apontados pela decisão recorrida como fundamento para descaracterizar a situação de hipossuficiência correspondem, conforme comprovado nos autos, exatamente às verbas rescisórias, saldo de FGTS e multa, percebidos pelo trabalhador quando da rescisão da última relação empregatícia, em relação à qual versava a reclamatória.

Também merece destaque recente decisão (23.11.2017), em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros vs.*

---

<sup>211</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em muitos casos, tem dado a correta aplicação aos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, que estabelecem a garantia judicial de acesso à justiça.

<sup>212</sup> Segundo o Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2016, elaborado pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa – **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016**. Brasília-DF, 2017. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>).



*Perú*, assentou o liame existente entre o direito fundamental ao trabalho, previsto no Pacto de San José, e a garantia efetiva de acesso à justiça.<sup>213</sup>

Vale ressaltar que a Constituição da República do Brasil encontra-se em plena consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos e com a jurisprudência da Corte Interamericana. Com efeito, o texto constitucional brasileiro tem como norte a valorização da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho, assim como a garantia do amplo acesso ao Poder Judiciário.

Em sintonia com o arcabouço normativo do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a Constituição da República consagra, entre as garantias fundamentais, o amplo acesso à jurisdição no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, que tratam dos direitos a inafastabilidade da jurisdição e a assistência judiciária integral aos necessitados.

Nessa hipótese, verifica-se que essas decisões teratológicas esvaziam a noção de gratuidade da justiça, como direito do jurisdicionado, assim como impõem custo excessivo, quase uma punição, pelo fato de ter acudido à Justiça, a fim de reivindicar verbas de caráter alimentar.

Nesse contexto, as referidas decisões encontram-se em flagrante dissonância com o texto constitucional e, também, com as normas internacionais que consagram o direito de acesso à justiça e garantem a assistência jurídica gratuita, ao mesmo tempo em que contrariam jurisprudência consolidada da Corte Interamericana, a qual veda norma, medida ou interpretação que “imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención” e, também, “Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana”.

---

<sup>213</sup> Tradução livre: “Por outro lado, no que diz respeito à alegada violação do direito ao trabalho, a Corte reiterou o seu precedente no caso *Lagos del Campo v. Peru*, no qual afirmou sua competência para ouvir e resolver litígios relacionados ao artigo 26 da Convenção Americana. Nesse sentido, estabeleceu que o direito ao trabalho inclui o direito à garantia de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva, tanto na esfera pública quanto na esfera privada das relações laborais. Por conseguinte, concluiu que, dado que os trabalhadores de *Petroperú*, *Enapu*, *Minedu* e *MEF* não tiveram acesso a um recurso judicial efetivo para questionar a irregularidade de suas demissões, também foi estabelecida uma violação do artigo 26 da Convenção, em relação a Artigo 1.1 do mesmo instrumento” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – **Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú**. San José, 23 nov. 2017. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_344\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf)).

#### **5.4.1.2 Processo do trabalho no Brasil e a terceira onda renovatória: efetividade de direito fundamental de trabalhador no Tribunal Superior do Trabalho**

O que se percebe com relação aos Tribunais Superiores é que há um distanciamento abissal da realidade fática e do direito material primeiramente; e aqui não se está pleiteando o revolvimento de matéria fática, óbice sedimentados nas Súmulas dos Tribunais Superiores Brasileiros, n.º 126 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), n.º 279 do Supremo Tribunal Federal (STF) e n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Também não se defende, como alguns, a sobrepujança do direito material a qualquer custo, considerando-se o processo como mero instrumento dessa finalidade.

O que se defende é maior cautela na pacificação da jurisprudência com profundo conhecimento da realidade fática a ser pacificada, por meio de súmulas e orientações jurisprudenciais (que só existem no TST).

Defende-se, pelo contrário, a observância da técnica recursal em recursos de natureza extraordinária a despeito de o objeto versar sobre matéria considerada pacificada. Na mesma proporção que não se defende revolvimento de matéria fática, sustenta-se a observância do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional para que se possa satisfazer na instância extraordinária o requisito inarredável do prequestionamento.

#### **5.4.2 A jurisprudência defensiva**

Jurisprudência defensiva é uma expressão que foi cunhada no Brasil para nominar a prática dos Tribunais de utilizarem excesso de formalismos, na maioria das vezes, *contra legem*, e, assim, obstaculizar o trânsito dos recursos. Com esse objetivo, foram criados o que se chamou de filtros recursais, contudo, nada mais são do que eliminadores de recursos. Os magistrados não veem desta forma: sustentam a necessidade de uma gestão processual dos processos, lastreando-se na questão grave no Brasil da crise numérica. Esses empecilhos ao exame do mérito do recurso vêm catalogados tanto na legislação recursal, muito particularmente, na legislação recursal trabalhista, e, como se não bastasse, na criação de uma jurisprudência (defensiva) com edições de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (OJ's) e a invocação de "jurisprudência reiterada do Tribunal". Esta preocupação está retratada na edição do novo Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, quando se reforçou o princípio da primazia da decisão de mérito, quando se escreveu na Exposição de Motivos desse Código que fosse privilegiado "o conteúdo em detrimento da forma" para permitir que os tribunais examinem o mérito de recursos que "veiculem questões relevantes, ainda que não estejam

preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importante”.<sup>214</sup> No art. 4.º desse Código está previsto que as partes têm direito à “solução integral do mérito, em tempo razoável”. Vale destacar aqui que, como não se tem, no Brasil um Código de Processo do Trabalho (nem um Código do Trabalho), como existem em Portugal, o Código de Processo Civil é fonte subsidiária do Processo do Trabalho. Na prática, essa previsão processual resulta esvaziada porque é quase um milagre em Tribunais Superiores alcançar-se o mérito do recurso. O próprio Tribunal Superior Trabalho divulga um índice de admissibilidade de recursos baixo o que reforça a hipótese aqui sustentada de que acessar uma justiça constitucional não vai necessariamente significar em entrega de jurisdição constitucional. Só para se ter uma ideia, dos quase 300 mil recursos que foram recebidos pelo TST, em 2019, apenas cerca de 20% logrou ultrapassar o juízo de admissibilidade. É um índice revelador de que o Tribunal existe para denegar recurso. Outro dado grave informado é a prevalência de decisões monocráticas sobre as decisões proferidas nas sessões de julgamento pelo colegiado: quase 60% das decisões, mais da metade, são proferidas de maneira unipessoal, apenas por um único ministro.<sup>215</sup>

Em Portugal, há a mesma dificuldade com relação aos recursos para o TC com condenação, inclusive, do TEDH, pelo excesso de formalismo do Tribunal e muitas críticas dos advogados e até de magistrados da Corte, do que se falará a seguir. Enfim, pode-se dizer que o “novo” Código de processo brasileiro foi pensado sob essa perspectiva com várias disposições no sentido de se prestigiar o mérito em detrimento do “acolhimento cego da forma”.<sup>216</sup> Uma justiça que existe só para se livrar de recurso não é justiça porque não há entrega de jurisdição, mas, cumprimento de meta de mero escoamento de processo a cassar a efetividade dos direitos fundamentais que se pede nos recursos, no mais das vezes, sumariamente denegados, por um único magistrado, em claro abuso do permissivo da legislação processual que permite (excepcionalmente) a prolação de decisão unipessoal.

No Brasil, como já se disse, adveio, em 1988, uma Constituição que, no dizer do professor Mauricio Godinho Delgado, doutrinador e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, “incorpora, de modo muito bem definido, um projeto de Estado de Bem-Estar Social (...), único meio historicamente comprovado de fazer respeitar os fundamentos da República (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e

---

<sup>214</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal – **Anteprojeto do novo Código de processo civil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

<sup>215</sup> *Idem*. Tribunal Superior do Trabalho – **Movimentação Processual do TST – Janeiro a Novembro de 2020**. Brasília: TST, nov. 2020.

<sup>216</sup> DUARTE, Antonio Aurelio Abi Ramia – Os princípios no projeto do novo Código de Processo Civil: visão panorâmica. **Revista do GEDICON**. Vol. 1 (dez. 2013), p. 113-145, p. 117.

da livre-iniciativa, pluralismos político – art. 1º, CG) e permitir concretizar seus objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária no país, que garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos sem preconceitos (art. 3º, CF)”.<sup>217</sup> Mesmo assim, ainda há juristas que destaquem preceitos meramente defensivos nesse “novo Código”.

O Ministro Godinho alerta, nesta obra, que é papel da jurisprudência alinhar-se com o direcionamento e atuação da Constituição, caso contrário nenhuma reforma legislativa poderá melhorar o Brasil. Ele afirma que a jurisprudência não deve constituir um óbice à realização da admirável matriz constitucional contemplada no texto constitucional, com comprovada eficácia institucional, econômica, social e cultural.<sup>218</sup>

Contudo, como se insiste neste estudo, esta não é a realidade dos tribunais superiores brasileiros e, a despeito de uma Constituição que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, dá especial destaque ao trabalho, como valor, como vetor de promoção de dignidade da pessoa humana, o Judiciário, no mais das vezes, preocupa-se com metas, com dar vazão aos processos, criando uma jurisprudência que apenas o defende de entregar a jurisdição.

É oportuna a fala de outro Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, também professor e doutrinador, Roberto Freire Pimenta. Ele destaca a falta de efetividade da tutela jurisdicional como o real problema do Direito do Trabalho no Brasil. Ele ressalta que esta prática judicial acaba por beneficiar muitos empregadores, porque economicamente, compensa não pagar verbas trabalhistas e litigar, valendo-se da morosidade da justiça, o que os incentiva a não cumprir, “de forma deliberada e massiva, as mais elementares obrigações trabalhistas”. É o que ele chama de “cultura do inadimplemento”, postura estratégica do patronato, que expõe a polarização na relação de trabalho (poderio econômico X assalariados) e estabelece uma desleal concorrência com os empregadores que honram seus deveres trabalhistas.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 167-168.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>219</sup> DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo (coord.) – **Direito Constitucional do Trabalho, Princípios de Jurisdição Constitucional do TST**. São Paulo: LTr, 2015.

#### **5.4.2.1 A consideração da infraconstitucionalidade da matéria**

Na alínea “c” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, há previsão de interposição de revista contra decisões “proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal”.

A interpretação do TST com relação a esse preceito conduz à total impossibilidade de manejo do recurso de revista pela violação constitucional, o que se dirá com relação ao recurso extraordinário.

Ora se os direitos sociais do trabalhador foram deliberadamente constitucionalizados em, pelo menos, 34 incisos do art. 7º, como se invocar a barreira da necessidade de apreciação de norma infraconstitucional para barrar a possibilidade recursal do recorrente?

#### **5.4.2.2 Imposição (ou aplicação) de jurisprudência considerada pacificada no TST, em detrimento da observância dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade dos art. 896 e 894 da CLT**

O Tribunal Superior do Trabalho é a instância máxima da Justiça Trabalhista, competindo-lhe a uniformização da jurisprudência em matéria trabalhista. Tribunal de natureza extraordinária, na admissibilidade dos recursos de revista e de embargos à SDI-1 incumbe-lhe a aferição dos rigorosos pressupostos intrínsecos à luz dos arts. 896 e 894 da CLT. Ocorre que a exigência desses requisitos muitas vezes é mitigada em prol da aplicação da jurisprudência considerada pacificada na Casa, o que compromete a efetividade dos direitos sociais do trabalhador. E o que impressiona é que é ora para conhecer do recurso (se o acórdão regional contrariar matéria pacificada) e aí não se utiliza o chavão da infraconstitucionalidade da matéria, viabilizando o conhecimento do recurso de revista, por exemplo, até a violação constitucional, ora para não conhecer do recurso, na mesma matéria, se a decisão recorrida estiver em consonância com matéria considerada pacificada.

#### **5.4.2.3 Legislação processual que dificulta a efetividade dos Direitos Sociais ao invés de focar na pronta tutela do direito material**

O art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que é o diploma que contém norma de natureza material e processual de direito do trabalho no Brasil, foi ampliado, tendo sido acrescentados aos 6 (seis) parágrafos existentes mais 7 (sete) parágrafos, ficando então com 13 (treze) parágrafos; e ao §1º foi acrescentado o §1º-A com três incisos. Assim foram

para o texto da lei exigências meramente formais como transcrição de trechos da decisão recorrida (incisos I e IV do § 1º-A do art. 896 da CLT).

A Lei n.º 13.015/2014, que é uma legislação que regula admissibilidade de recurso para o TST, ao impor ao recorrente exigências formais quase incontornáveis, acabou por impedir o acesso à entrega de jurisdição extraordinária. Assim, o Tribunal Superior Trabalho, para barrar o prosseguimento do recurso, começou a lançar mão dessa legislação para não conhecer do recurso de revista, por exemplo, porque, com relação ao inciso I do §1º-A do art. 896-A da CLT, não foi transcrito exatamente o trecho que consubstancia o prequestionamento das controvérsias, mas *o inteiro teor*, ou *trecho impertinente*, ou *trecho excessivo* ou *trecho insuficiente*. Veja-se que se trata de requisito meramente formal para obstaculizar o adentramento do mérito, até porque o recurso é sumariamente denegado no mais das vezes por decisões monocráticas. E como esses, outros óbices podem ser colhidos dessa legislação.

Como se não bastassem tantos obstáculos, veio à lume, em 2017, a Lei n.º 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, que consolidou forte retrocesso social com relação aos direitos sociais do trabalhador, tanto no aspeto substantivo quanto no aspeto adjetivo. Mas aqui, será enfrentada especificamente a questão do acesso à Justiça, sem se aprofundar em muitos questionamentos que essa legislação gerou no tocante, inclusive, a sua legitimidade formal.

Desta forma, o que se tem é uma legislação que regula os pressupostos de admissibilidade do recurso com o propósito claro de impedir o seu trânsito, haja vista o rol de exigências, meramente, formais, cuja cumprimento é aferido no espaço do livre-arbítrio do relator.

#### **5.4.2.4 Jus postulandi**

O instituto do *jus postulandi* tem-se justificado no entendimento de facilitar o acesso à justiça da parte hipossuficiente da relação jurídica processual, o empregado.

Contudo, o empregador, hipersuficiente, reside em juízo bem aparelhado com relação à representação técnica, constatando-se na prática uma luta entre o menino e o gigante diante de um processo altamente complexo, como se tem tornado cada vez mais o processo trabalhista. Com efeito, os processos trabalhistas têm complexidade de rito e também de conteúdo – sobretudo após a ampliação da competência da Justiça do Trabalho.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> **Súmula nº 425 - TST** - Res. 165/2010 - DeJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010. Jus Postulandi - Justiça do Trabalho - Alcance – Limitação. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT,

Contrata-se advogado para se alcançar um grau maior de efetividade do direito e, cuidando-se de direito do trabalho, está-se a tratar, normalmente, da maior efetividade de direitos fundamentais.

#### 5.4.2.5 Transcendência (Reforma Trabalhista)

##### a) Vedação de acesso à entrega de jurisdição de forma monocrática

Sob o manto do não reconhecimento da Transcendência e também com base em óbices da legislação processual civil que, muitas vezes, não correspondem ao recurso em questão, de forma sistemática e reiterada, ao jurisdicionado e, muitas vezes, ao trabalhador, tem sido negado o acesso à Jurisdição, no Tribunal Superior do Trabalho (TST) e, consequentemente, cassados os seus direitos fundamentais, constitucionalizados em longos 34 (trinta e quatro) incisos do art. 7º da Constituição Federal. Muitos recursos são julgados, de forma monocrática, já com a determinação da baixa dos autos, sem a mínima possibilidade de se recorrer, sob o fundamento do §5º<sup>221</sup> do art. 896-A da CLT, que prevê a irrecorribilidade no caso de não reconhecimento da Transcendência no bojo do agravo de instrumento. Os recursos interponíveis, embargos de declaração ou agravos internos dessas decisões têm sido apenados com aplicação de multa, por protelatórios, mesmo quando se trata do reclamante-trabalhador, que se vê intimidado e cerceado em seu direito de defesa (art. 5º, LV/CF).

Essas decisões unipessoais, que impedem o jurisdicionado de acessar a jurisdição, são proferidas à margem dos critérios estabelecidos nos incisos I, II, III e IV do mencionado permissivo consolidado<sup>222</sup> em hipóteses em que o relator invoca “óbice processual” para concluir pela inexistência da Transcendência, e o mais grave: mesmo quando o recurso de revista, equivocadamente denegado, traz em seu bojo uma Preliminar de Nulidade do Julgado por Negativa de Prestação Jurisdicional, Tema 339 da Repercussão Geral da Suprema Corte.

---

limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

<sup>221</sup> “§ 5º É irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”.

<sup>222</sup> “**Art. 896-A** - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001)

**§ 1º** São indicadores de transcendência, entre outros: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

**I** - econômica, o elevado valor da causa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

**II** - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

**III** - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

**IV** - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).”

#### b) Recusa de entrega de jurisdição desde o Regional

Bom, nestas hipóteses repetidas, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) nega a entrega de jurisdição. A revista vem muito bem manejada sob o rigor quase intransponível das Leis n.º 13.015/14 e n.º 13.467/17. O primeiro juízo de admissibilidade das vice-presidências dos TRTs, apesar de o TST ter sinalizado com a necessidade de completude do juízo de prelibação, com a edição da Instrução Normativa n.º 40, no mais das vezes, com honrosas exceções – continua precário e insuficiente e as denegações são feitas de forma genérica e desfundamentada, sem enfrentar os argumentos e os requisitos do recurso. Só resta à parte a interposição do agravo de instrumento que, muitas vezes, e por determinadas relatorias, não todas, tem seu seguimento denegado, monocraticamente, apesar de a revista trazer em seu bojo uma preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, não havendo na legislação processual respaldo para a denegação monocrática na hipótese. Se for denegado o agravo de instrumento por ausência de transcendência, repita-se, a decisão é taxada como irrecurável, já determinando o relator a baixa dos autos, sem dar chance à parte nem para a oposição de embargos de declaração, que não são recurso, mas mera medida aclaratória.

Há clara repercussão geral na hipótese sob exame, que revela gravíssimo comprometimento da missão institucional do Poder Judiciário – que é entregar a Jurisdição – e violação da competência do Tribunal Superior do Trabalho, que deve entregar essa Jurisdição como órgão Colegiado e não apenas por um magistrado (por óbvio que as decisões unipessoais constituem exceção que se contêm nos exatos limites da previsão legal), senão o Estado não investiria no aparelhamento de um órgão colegiado (em todos os sentidos, não só de logística, mas de previsão no ordenamento jurídico como tal); bastaria o juízo singular para resolver todas as demandas. Mas não é esse o princípio que ilumina a teoria geral do recurso.

#### c) Inconstitucionalidade da decisão monocrática

O Tribunal Superior do Trabalho é um órgão do Poder Judiciário (art. 92, II-A/CF) e é um órgão da Justiça do Trabalho (art. 111, I, da CF), composto de vinte e sete ministros e, como tal, deve dizer a jurisdição. A reiteração de decisões monocráticas – à margem da forma legal e suprimindo, mais do que isso, impedindo o acesso aos órgãos fracionários, como são as Turmas – é que detém competência para julgar o recurso de revista e o agravo de instrumento e – ao final, extinguindo a possibilidade de acesso ao órgão uniformizador do TST, que é a Seção de Dissídios Individuais e, por consequência, impedindo o esgotamento das vias recursais na Justiça do Trabalho – afronta as mencionadas disposições



constitucionais. Essa usurpação de competência do órgão fracionário competente para julgar o recurso de revista acaba por redundar em usurpação da própria competência da Justiça do Trabalho, com grave ofensa ao art. 114 da CF, porque não se consegue, ao final, a entrega de jurisdição constitucional.

- d) Impossibilidade de não reconhecimento de transcendência quando se trata de negativa de prestação jurisdicional porque tem repercussão geral reconhecida

Em honra aos princípios da fundamentação das decisões, do contraditório, da ampla defesa e para preservar a segurança jurídica, o recorrente tem direito a uma prestação jurisdicional, sob pena de ofensa – ainda – ao devido processo legal. Assim, um recurso que se insurge contra uma decisão com tamanha afronta à garantia que sustenta a razão de ser e existir do Judiciário não pode ser obstaculizado por nenhum filtro ou barreira, uma vez que é preciso – antes – que se tenha acesso, pelo menos a uma entrega de jurisdição, garantia constitucional preservada no inciso IX da Constituição Federal.<sup>223</sup> Portanto, o mínimo a que o jurisdicionado tem direito é uma entrega de jurisdição completa e adequada.

Por óbvio, a depender da entrega de jurisdição completa, na forma constitucional, os critérios da transcendência serão revelados ou ressaltados, portanto um recurso que traz em seu bojo uma arguição tão grave, que é a negativa de entrega de jurisdição, não pode ser barrado monocraticamente por nenhum filtro de barreira, mas, antes, essa decisão tem que ser integrada de forma substancial e material.

Por determinação do Supremo Tribunal Federal, já foi devolvido processo<sup>224</sup> ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) sob o fundamento de que o assunto versado no recurso extraordinário corresponde ao Tema 339<sup>225</sup> da sistemática da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.<sup>226</sup> Assim, não pode aquela Corte dizer que não há transcendência, quando o STF já disse que tem repercussão geral o tema da fundamentação das decisões.

---

<sup>223</sup> “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.”

<sup>224</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – **Recurso de Revista n.º 109585-36.2003.5.10.0015 (ED-ED-E)**. Relator: Delaíde Miranda Arantes. Julgamento: 6 maio 2020. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DEJT, 8 maio 2020; e *idem* Supremo Tribunal Federal – **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 647.378/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 31 mar. 2014. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Publicação: DJe, 4 abr. 2014.

<sup>225</sup> “339 - Obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.”

<sup>226</sup> “A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para que fosse analisada pelo Supremo Tribunal Federal. O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

e) A transcendência não pode ser utilizada como ferramenta de exterminar recurso

O critério da Transcendência deve ser positivo e não eliminativo para o jurisdicionado, a afastar-lhe da jurisdição. Até porque a jurisdição existe para o jurisdicionado (tanto que é provocada. Qualquer critério que se transforme em mero filtro de barreira (como um exterminador de recurso) para o acesso à entrega da Jurisdição está eivado de inconstitucionalidade.

f) Vedação de acesso à jurisdição constitucional

Grave é a vedação de acesso à jurisdição constitucional, bem assim o impedimento de que se acesse o Supremo Tribunal Federal, que é quem tem a última palavra em matéria constitucional.

Com efeito, a discussão constitucional – trazida no bojo de recurso denegado, monocraticamente, sob esse fundamento inconstitucional, exaure-se ali; não há possibilidade de se recorrer, muito menos de se levar a matéria constitucional ao Supremo Tribunal Federal. Contudo, muito diferentemente da repercussão geral, não se trata de uma decisão colegiada, fruto de um amplo debate, em que se propiciou à parte a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, como a sustentação oral, despachos de memoriais para convencimentos dos demais julgadores, como é próprio da dinâmica de um colegiado. Não, trata-se decisão discricionária de um único ministro que, inclusive, pode julgar de forma diferente para casos idênticos, sendo mais diversas ainda as decisões no âmbito das (8) oito Turmas do TST. Ou seja, cada ministro identifica os critérios de I a IV do art. 896-A da CLT de acordo com seus próprios critérios, ou seja, a depender da cabeça de cada ministro, a mesma matéria, mesmas partes, pode ou não ser considerada transcendente.

g) Da nova sistemática de Fundamentação das decisões

O Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, trouxe para o processo princípios que são verdadeiras garantias constitucionais, destacadamente, a exigência de fundamentação das decisões. Assim, no art. 489, o §1º considera o que é decisão fundamentada e o que não é.

---

As características do instituto demandam comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos. Nesse sentido, essa sistematização de informações destina-se a auxiliar a padronização de procedimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e nos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que ora se opera” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Sobre a Repercussão Geral**. Brasília: STJ, 2018. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>).

Agregou rigor ao dever de fundamentação das decisões judiciais, aprimorando a prestação jurisdicional, sendo primordial que se indique expressamente os motivos que formaram o convencimento do julgado para a decisão firmada sobre cada matéria.

A fundamentação de cada um dos pedidos, a princípio, uma incumbência da parte, quando combinada com a Súmula 422 do TST e com o art. 489 do CPC, 832, da CLT e 93, IX, da Magna Carta, gera um dever também ao Judiciário, de que faça constar expressamente em suas decisões a aceitação ou a rejeição dos princípios tidos por violados em razão da alegação das partes.

h) Da inconstitucionalidade do §5º artigo 896-A da CLT

No dia 06/11/2020, em julgamento pelo Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho da arguição de inconstitucionalidade<sup>227</sup>, o Órgão, exercendo o controle de constitucionalidade difuso, por maioria acolheu o incidente e declarou a inconstitucionalidade do §5º do Art. 896-A da CLT a fim que se admita a interposição de agravo interno contra a decisão unipessoal do relator que nega seguimento ao Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, por ausência de transcendência da causa, nos termos do Voto do Relator, Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão.

O parágrafo, considerado inconstitucional pelo Tribunal Pleno, previa a irrecurribilidade das decisões unipessoais proferidas pelos relatores que não reconhecessem a existência de transcendência em Agravos de Instrumento em Recurso de Revista, estando ao arrepio, dentre outros, ao próprio princípio do Colegiado, vinculado aos Tribunais.

Vale dizer que, embora houvesse legislação prevendo a possibilidade de o relator denegar, de forma monocrática, o agravo de instrumento, pelo não reconhecimento da Transcendência (art. 896-A da CLT), e, ainda, inconstitucional previsão de irrecurribilidade (§5º), é abusiva a decisão do relator que, sequer, identifica em qual ou em quais dos critérios do §1º do art. 896-A lastreia sua decisão; aliás, sequer, fundamenta sua decisão, eliminando o recurso do agravante, de forma inexorável, banindo seu direito de defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

---

<sup>227</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1000845-52.2016.5.02.0461**. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Julgamento: 6 nov. 2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

## 5.4.3 Solipsismo Jurídico em Tribunais Superiores

### 5.4.3.1 Terceirização lícita e fraude trabalhista

Para se falar de solipsismo jurídico no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, como se pretende, é preciso explicar o fenômeno da Terceirização<sup>228</sup> de mão de obra no Brasil, fonte do exemplo que se quer tocar. Esse tema da terceirização de mão de obra sempre causou grande debate com a principal crítica da precarização das relações de trabalho, pois o que estaria por trás disso seria a redução de custos e encargos sociais, trabalhistas e fiscais, com a diminuição de empregados contratados, alargando-se o número de autônomos, microempresários e empresas prestadoras de serviços.

A Súmula<sup>229</sup> n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) reconhecia a possibilidade de terceirização para atividades-meio. Contudo, foi judicializado o questionamento do que seria atividade-fim e o que seria atividade-meio, o que gerou um grande número de ações e de projetos de lei.

O ano de 2017 foi um ano triste em termos de degradação do compromisso com os direitos sociais do trabalhador no Brasil, uma alavancada na desconstrução de direitos sociais que já vinha ocorrendo por outros mecanismos legislativos e jurisprudenciais, bem assim no tocante a políticas públicas. E as perguntas sobre a fundamentalidade dos direitos sociais ficaram sem respostas. Na gestão do Presidente Micher Temer, que substituiu Dilma Rousseff, após seu *impeachment*, foi sancionada a Lei n.º 13.429 (Lei da Terceirização) e a Lei n.º 13.467 (Lei da Reforma Trabalhista), ambas significando precarização e mercantilização do trabalho.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> “A palavra ‘terceirização’, que é utilizada em larga escala no meio empresarial, constitui neologismo oriundo do vocábulo ‘terceiro’, no sentido de intermediário, interveniente ou medianeiro. Subcontratação, horizontalização, parceria, prestação de serviços por interposta pessoa, contratação de terceiros ou contratos triangulares são também expressões utilizadas na linguagem da administração empresarial como sinônimas de terceirização” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra – Terceirização na Perspectiva do Direito do Trabalho Brasileiro. **Revista da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Terceirização de Serviços e Suas Repercussões no Direito do Trabalho Contemporâneo**. N. 20 (2015), p. 15-22, p. 15).

<sup>229</sup> O Tribunal Superior do Trabalho faz a compilação da sua jurisprudência reiterada em verbetes que denomina “Súmula”. E, ainda, em Orientações Jurisprudenciais (OJs) dos vários órgãos que o compõem. A diferença é que, para aprovação de uma súmula, há maior rigor como a aprovação pelo Tribunal Pleno, não necessária no caso das OJs. O TST tem hoje 463 Súmulas, 709 OJs e 120 Precedentes Normativos (verbetes que representam a pacificação da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo) (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – **Súmula n.º 331**. Contrato de Prestação de Serviços. legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação). Brasília: DEJT, 27, 30 e 31 maio 2011).

<sup>230</sup> “O que condenou finalmente a Súmula 331 do TST, em seu núcleo conceitual central do inciso III, sobre a licitude da terceirização apenas de atividades-meio das empresas tomadoras de serviços, foram os excessos no enquadramento das atividades das empresas, generalizando a ideia de atividade-fim, especialmente quanto aos serviços de *call center* prestados para bancos (cfr. TST-RR-1785-39.2012.5.06.0016) e concessionárias de serviços de telecomunicações (cfr. TST-E-ED-RR-2707-41.2010.5.12.0030) e energia elétrica (cfr. TST-

O Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) fixou tese de Repercussão Geral (Tema n.º 725) e, em julgamento conjunto e por maioria de votos, julgou procedente o pedido formulado em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 324)<sup>231</sup> e deu provimento ao recurso extraordinário (RE) n.º 958252 para considerar a licitude da terceirização tanto de atividade-fim quanto de atividade-meio.

O que se tem agora, no Tribunal Superior do Trabalho (TST), é que todo processo referente ao questionamento da licitude da terceirização é colocado na vala comum do Tema n.º 725, acima referido, em prática defensiva de se esquivar de analisar o caso concreto. O TST invoca esse Tema e as decisões da ADPF n.º 324 e do RE n.º 958.252 e deixa de reconhecer o vínculo empregatício com a tomadora, mesmo em casos de flagrante subordinação, sob o fundamento de que o Supremo considerou lícita a terceirização em atividade fim. De facto, no acórdão da ADPF n.º 324, prevaleceu, o Ministro Roberto Barroso, relator, que considerou que a terceirização por si só não precariza o trabalho e que é lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim.

Contudo, no mesmo voto, como visto, o STF anuncia a possibilidade do *distinguishing* quando se tratar da fraude trabalhista (arts. 9º e 444º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)). Isso fica identificado quando houver ofensa à dignidade do trabalhador e exercício abusivo da terceirização.<sup>232</sup>

#### 5.4.3.2 Terceirização Ônus da Prova

Outra discussão importante, ainda sobre o tema da terceirização, é a que envolve a responsabilidade subsidiária da administração pública e o ônus da prova da fiscalização.

Quando a Administração Pública contrata uma empresa prestadora de serviços – pelo processo de licitação – para colocar em suas dependências trabalhadores terceirizados – e essa empresa prestadora de serviços desaparece ou se torna inadimplente, quem pagará os direitos trabalhistas ao empregado que despendeu sua energia e sua força de trabalho nas dependências físicas da tomadora, no caso, o ente público? Nessas situações, as empresas que

---

RR-574-78.2011.5.04.0332), ao arrempeio das Leis 8.987/95 (art. 25, § 1º) e 9.472/97 (art. 94, II), além dos casos de cabistas (cfr. TST-E-ED-RR-23460014.2009.5.09.0021), leituristas (cfr. TST-E-ED-RR-1521-87.2010.5.05.0511) e vendedores no ramo de transporte rodoviário (cfr. TST-E-RR-1419-44.2011.5.10.0009), apenas para citar os mais comuns (...)” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 11620520125050015**. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Julgamento: 07 nov. 2018. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DEJT, 09 nov. 2018).

<sup>231</sup> BARROSO, Luís Alberto – Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 324**. Julgamento: 30 ago. 2018. Publicação: DJe, 06 set. 2019.

<sup>232</sup> BRASIL. Presidência da República – **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: DOU, 16 mar. 2015, grifos nossos.

contratavam os empregados, simplesmente, tornavam-se inadimplentes e desapareciam do mercado. O trabalhador ficava sem perceber seus direitos trabalhistas, porque a tomadora de serviços, a administração pública, não era responsabilizada, era excluída do polo passivo da relação processual. É uma forma escravista de relação de trabalho, esta de trabalhar em receber.

Sempre foi pacífica (porque óbvia) a responsabilidade subsidiária do tomador. Até que o Supremo foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade o §1º do art. 71 da Lei n.º 8.666/93 (Lei de Licitação).<sup>233</sup>

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC n.º 16/DF), considerou constitucional o referido preceito legal, mas destacou a imputação da responsabilidade trabalhista, de forma subsidiária, do ente público que tenha agido com culpa *in vigilando*, por não ter fiscalizado o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora, a real empregadora do empregado. No entanto, o STF foi novamente provocado a se manifestar sobre a matéria no Recurso Extraordinário (RE) n.º 760.931, decidindo, com repercussão geral (Tema n.º 246), que “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado **não transfere automaticamente** ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93”.<sup>234</sup>

Remanesceu, contudo, a questão do ônus da prova. Na sessão da SDI-1<sup>235</sup> do TST, de 10/09/2020, o TST revisitou o tema da “Terceirização, Responsabilidade Subsidiária, Ônus da Prova”<sup>236</sup>, em face de “Reclamações Constitucionais ao Supremo, tema que já estava pacificado, em sessão completa do órgão uniformizador, do final do ano passado”<sup>237</sup>. A SDI-1 ratificou o entendimento de que o STF, ao julgar o RE n.º 760.931 (Tema n.º 246), embora tenha deixado assentado que a responsabilização do ente público não é automática e que depende da configuração de culpa *in vigilando*, não enfrentou a discussão acerca do ônus da prova por se tratar de matéria de cunho infraconstitucional.<sup>238</sup>

---

<sup>233</sup> BRASIL. Presidência da República – **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: DOU, 22 jun. 1993, retificado e republicado em 6 jul. 1994.

<sup>234</sup> *Idem*. Supremo Tribunal Federal – **Recurso Extraordinário n.º 760.931/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Relator do acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 26 abr. 2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJE, 12 set. 2017, grifos nossos.

<sup>235</sup> SDI-1 – Subseção de Dissídios Individuais 1, que uniformiza a jurisprudência no TST.

<sup>236</sup> No julgamento do processo nº 62-40.2017.5.20.0009.

<sup>237</sup> *Idem*. Tribunal Superior do Trabalho – **Processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281**. Relator: Ministro Claudio Mascarenhas Brandao. Julgamento: 12 dez. 2019. Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Publicação: DEJT, 22 maio 2020.

<sup>238</sup> *Ibidem*.

O entendimento que acabou por prevalecer, depois de muitos votos divergentes, seguidos por ressalvas de alguns ministros, que acabaram se curvando à tese essencial do referido inciso V, foi o da impossibilidade da condenação automática da Administração Pública.<sup>239</sup>

a) A força do Precedente em cheque

Contudo, a 4ª Turma do TST, é a única, entre as oito Turmas daquele Tribunal, que, deliberadamente, mantém a recusa de observar o entendimento da SDI, como demonstra essa decisão repetida do presidente da Turma, o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho: AIRR-11069-96.2015.5.01.0342, 4ª Turma, DEJT 04/09/2020. Na ementa deste acórdão destaca-se a “prevalência dos precedentes do Supremo Tribunal Federal - STF sobre os do TST”, quando, na verdade, a segunda sessão da Subseção de Dissídios Individuais 1 – a SDI-1 do TST foi exatamente para revisitar a controvérsia a partir dessas citadas Reclamações Constitucionais da Suprema Corte.<sup>240</sup>

Embora o Ministro Hugo Carlos Schuermann tenha destacado em seu voto que lhe causava espanto a revisitação do tema, uma vez ter ficado claro que a responsabilidade subsidiária da Administração não é automática, mas precisa estar comprovada a culpa *in vigilando*, acabou por invocar, novamente, o art. 67 da Lei n.º 8666/1993, “que determina a obrigação imposta por lei”, concluindo que “imputar ao empregado essa fiscalização é a prova diabólica”.

Essa questão é de relevantíssima importância, uma vez que se estava a exigir de um vulnerável a produção de “prova de fato negativo, verdadeira prova diabólica, em uma relação entre seu empregador e terceiro, sem que o hipossuficiente tenha acesso a tal prova e quando, em verdade, é o terceiro ou a empregadora que tem o condão de produzir ou não tais provas – e, frise-se, trabalhador já precarizado”<sup>241</sup>, que sequer faz parte da relação entre tomador e prestador.

Causa perplexidade e insegurança jurídica a desobediência do órgão fracionário ao entendimento do seu Órgão Uniformizador, hierarquicamente superior, rejeitando a força do Precedente lá firmado. O Ministro Bresciani destacou a autoridade do precedente e, citando Melvin Eisenberg, alertou que não vislumbrava nenhuma das três condições para o

<sup>239</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – **Subseção de Dissídios Individuais 1**. [Em linha]. Sessão de Julgamento. 10 set. 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:[https://www.youtube.com/watch?v=IN2\\_cM\\_a0EM&t=11621s](https://www.youtube.com/watch?v=IN2_cM_a0EM&t=11621s).

<sup>240</sup> COSTA, Silvia Perola Teixeira – TST reafirma que é da administração pública o dever de fiscalizar a despeito de Reclamações Constitucionais. [Em linha]. **Estadão**. São Paulo, 15 set. 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tst-reafirma-que-e-da-administracao-publica-o-dever-de-fiscalizar-a-despeito-de-reclamacoes-constitucionais%c2%b9/>.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

*overruling*: a) que o precedente não mais corresponda a padrões de congruência social e consistência sistêmica; b) que as normas jurídicas não mais sustentem o precedente: c) que fique configurado erro evidente.<sup>242</sup>

A reflexão acerca do “solipsismo jurídico” ficou muito conhecida a partir das manifestações do constitucionalista brasileiro, o professor Lenio Streck, nos seus estudos sobre hermenêutica constitucional. Ele define o solipsista como “aquele que é viciado em si mesmo”.<sup>243</sup>

Na verdade, o jurista ilumina um debate importante acerca das posturas isoladas nos tribunais coletivos, em flagrante desobediência aos órgãos hierarquicamente superiores, a colocar o jurisdicionado em perplexa indignação, em angustiante insegurança jurídica. Quando um magistrado decide sozinho, ignorando o próprio colegiado que integra, a seção uniformizadora daquele órgão e até a previsão sedimentada na legislação processual civil, como se viu na hipótese acima, ele ignora, solenemente, a previsão do art. 927 do Código de Processo Civil brasileiro, que é a legislação processual brasileira que afirma a força do precedente jurisprudencial.

Novamente, se invoca Lenio Streck, para entender esse fenômeno na comunidade jurídica, em que o direito do eu-mesmo prevalece, a vaidade da subjetividade se impõe, é de se afirmar, segundo ele, que, “até hoje, no Brasil, o direito recusa o paradigma da intersubjetividade” e “a ‘linguagem’ privada se sobrepõe à pública”, a triunfar o “decido conforme a consciência”.<sup>244</sup>

#### 5.4.4 O advogado é indispensável à administração à justiça

Quando se estuda a inacessibilidade à justiça, tendo como pano de fundo, dentre outros óbices, o que se cunhou chamar de *jurisprudência defensiva*, já abordada neste trabalho, não se pode deixar de dedicar algumas linhas para relevar e revelar a importância da advocacia para que prevaleça o devido processo legal.

---

<sup>242</sup> COSTA, Sílvia Perola Teixeira – TST reafirma que é da administração pública o dever de fiscalizar a despeito de Reclamações Constitucionais. [Em linha]. **Estadão**. São Paulo, 15 set. 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tst-reafirma-que-e-da-administracao-publica-o-dever-de-fiscalizar-a-despeito-de-reclamacoes-constitucionais%20b9/>.

<sup>243</sup> STRECK, Lenio Luiz – **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

<sup>244</sup> *Idem* – O lidador do direito conhece das coisas o que ele mesmo põe nelas! **Consultor Jurídico**. (28 maio 2020). [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/senso-incomum-lidador-direito-conhece-coisas-ele-mesmo-poe-nelas>.



O artigo 133<sup>245</sup> da Constituição brasileira<sup>246</sup> dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça. A advocacia é, pois, a única profissão privada que vem prevista no texto constitucional brasileiro. Também a Constituição portuguesa, em seu art. 208.º, consagra que “a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”.

Por isso, calar-se ou falar na tribuna não é uma escolha que possa fazer o advogado. É um múnus constitucional, ele fala em nome de outrem e não se deve intimidar por posturas solipsistas, tampouco por nenhuma inadequada censura (a que não se deve submeter) que comprometa o seu mister. Como dizia o Dr. Sobral Pinto, “a advocacia não é profissão de covardes”<sup>247</sup>.

Está-se diante de uma jurisprudência defensiva que, em nome talvez de uma possível gestão processual, redundando em escoamento de processos não só com ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas ao próprio direito fundamental, pois como ensina Reis Novais, citado por Ronnie Preuss Duarte, quando se restringe a possibilidade da indispensável tutela de um direito, há prejuízo reflexo do próprio direito fundamental.<sup>248</sup>

Em “Eles, os juízes, vistos por um advogado”, o célebre jurista italiano Piero Calamandrei afirma que a crença é de que fazer-se ouvir pelos magistrados constitui a missão do advogado. Mas ele afirma que ouvir seus clientes é a missão mais humana dos advogados.<sup>249</sup>

Nesse contexto que Calamandrei nos traz, como dizer a um cliente que todos os seus colegas tiveram êxito em seus processos e ele não teve a mesma sorte porque o seu processo foi distribuído para 4ª Turma do TST?<sup>250</sup> A esse litigante não está assegurada a efetividade do

---

<sup>245</sup> “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

<sup>246</sup> Também o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a Lei 8.906/1994, assim o prevê em seu art. 2.º: “O advogado é indispensável à administração da justiça” (BRASIL. Presidência da República – **Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília: DOU, 5 jul. 1994).

<sup>247</sup> O advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto (1893 - 1991) foi um célebre defensor dos direitos humanos e um dos expoentes da advocacia do Brasil. “No Estado Novo, defendeu o comunista Luís Carlos Prestes, mesmo tendo consigo divergência ideológica, vez que Prestes era ateu, adepto do materialismo dialético, e Sobral Pinto, católico fervoroso” (LEMOS, Armstrong – Sobral Pinto: “A advocacia não é profissão de covardes”. **Canal Ciências Criminais**. Porto Alegre, 13 dez. 2017. [Consult. 20 ago. 2020]. Disponível em WWW:<https://canalcienciascriminais.com.br/sobral-pinto-advocacia-covardes/>).

<sup>248</sup> DUARTE, Ronnie Preuss – **Garantia de Acesso à Justiça, os direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 58.

<sup>249</sup> CALAMANDREI, Piero – **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução Ivo de Pula. São Paulo: Pillares, 2013.

<sup>250</sup> “§ 2º do art. 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.”

seu direito fundamental em face de uma postura solipsista, porque isolada. O(a) advogado(a) não deve obediência à jurisprudência desobediente de uma Turma, com relação ao seu órgão superior, e tem não só o dever de resistir como de se indignar. Há quem defenda até a incorporação do *dever de indignação* (*duty of outrage*<sup>251</sup>) ao Estatuto do Advogado.<sup>252</sup>

Há um livro muito interessante no Brasil sobre a *Inviolabilidade do Direito de Defesa*.<sup>253</sup> É um livro escrito por advogados – aliás, dois brilhantes advogados. Ambos foram presidentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Cezar Brito e Marcus Vinicius Furtado Coelho, para advogados.

Há outros questionamentos possíveis e importantes, cujo aprofundamento não cabem na especificidade desse trabalho, como aquilo que a autora chama de “mordada judicial”. Havia previsão legal<sup>254</sup> de que o advogado pudesse falar em todos os processos; os Regimentos Internos dos Tribunais tiram-lhe esse direito com relação a determinadas classes de processo. E, ainda, mesmo havendo no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (Lei n.º 8.906, de 4/7/1994) a previsão de que o advogado pode suscitar uma “questão de ordem” ou “questão de fato”<sup>255</sup>, no mais das vezes, os presidentes de sessões de julgamento sequer escutam do que se trata e lhe cassam a palavra. Ao lado disso, dentro dessa perspectiva do solipsismo, que contempla a vaidade e arrogância da toga, há magistrados que se arvoram de censores a chamar a atenção de advogados na Tribuna para lhes corrigir ou para cobrar um tratamento formal que considerem o adequado (alguns episódios nesse sentido foram protagonizados no Brasil por membros do TST e do STF). Embora haja expressa previsão legal da inexistência de hierarquia entre magistrados, advogados e membros do

---

<sup>251</sup> YAROSHEFSKY, Ellen – Duty of outrage: The defense lawyer’s obligation to speak truth to power to the prosecutor and the court when the criminal system is unjust. **Hofstra Law Review**. Vol. 4, n.º 44 (2016), p. 1.207-1.226.

<sup>252</sup> “De toda sorte, é pertinente o debate sobre as possibilidades e limites da incorporação do *dever de indignação* (*duty of outrage*) ao estatuto deontológico do Advogado criminalista brasileiro — o qual atua em sistema de administração da justiça com múltiplas e graves mazelas, como é fato público e notório” (MALAN, Diogo – Advocacia criminal e dever de indignação. **Consultor Jurídico**. (15 abr. 2020). [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/diogo-malan-advocacia-criminal-dever-indignacao>).

<sup>253</sup> BRITTO, Cezar; COELHO, Marcus Vinicius Furtado – **A Inviolabilidade do Direito de Defesa**. 3.ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

<sup>254</sup> IX do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: “- sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido; Revogado em razão da ADIN 1.127-8) (Vide ADIN 1.105-7)”.

<sup>255</sup> Art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: “São direitos do advogado: (...) X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas; (...)”.

Ministério Público<sup>256</sup>, muitas vezes percebe-se que essa intimidação surte o efeito de colocar muitas vezes o advogado em uma postura subserviente, abrindo mão até do seu direito de fala.

Contudo, na obra mencionada, os autores destacam que “o direito de defesa, fruto da evolução da humanidade, revogou a máxima medieval ‘diante da justiça do soberano, todas as vozes devem se calar’”<sup>257</sup>.

Conclui-se, neste espaço, ser necessário um movimento das Ordens de Advogados, no Brasil, e, em Portugal, para que, por meio de suas Comissões legislativas, possa proceder a uma pressão no Congresso Nacional no tocante ao processo legislativo das leis laborais de sorte a ser privilegiada a possibilidade de trânsito do recurso e não a sua obstaculização e, com isso, a efetividade de direitos fundamentais.

### 5.5. O Supremo Tribunal Federal (STF)

O Supremo Tribunal Federal é o tribunal constitucional do Brasil, o órgão mais antigo do Judiciário brasileiro, criado em 1828, como Supremo Tribunal de Justiça. É composto de 11 (onze) ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.<sup>258</sup> Desfrutam de mandatos vitalícios, mas, por causa da aposentadoria compulsória, têm que deixar o Tribunal aos 75 (setenta e cinco) anos.<sup>259</sup> Foi assim com o Ministro Celso de Mello, que se aposentou em 13/10/2020 após 31 (trinta e um anos) de permanência no STF. Seu sucessor no decanato, o Ministro Marco Aurélio, já está naquele Tribunal há 30 (trinta) anos e deve sair ano que vem (2021) quando também completa 75 anos. Essas vagas abrem a polêmica acerca da indicação do Presidente, que se reveste de cunho político e, assim, entendem alguns, pautam as decisões do Supremo. A verdade é que a despeito de o STF ser um órgão do Judiciário, com competência, precipuamente, a guarda da Constituição, termina por se imiscuir em praticamente todas as matérias relevantes, no Brasil, que acabam judicializadas, como se fora tábua de salvação para as grandes questões nacionais.

---

<sup>256</sup> Art. 6º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: “Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.”

<sup>257</sup> BRITTO, Cezar; COELHO, Marcus Vinicius Furtado – **A Inviolabilidade do Direito de Defesa**. 3.ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 9-10.

<sup>258</sup> Art. 101 da CRBr. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

<sup>259</sup> A lei complementar 152 de 2015 determina a aposentadoria compulsória de magistrados, membros do Ministério Público e defensores públicos aos 75 anos.

A Constituição brasileira é pródiga no elenco dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos sociais (arts. 5.º, e do 6.º ao 11.º). Ocorre que carecem de efetividade a suscitar a atuação judicial. E assim, o Judiciário é constantemente chamado a se manifestar em questões relevantes pelo viés político, social ou moral.

Mas, é clara a transferência de competência e poder das esferas próprias, como o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. E nesse debate proliferam justificações, como lembra, ainda, O Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF): “um Judiciário forte é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais; há uma desilusão com a política majoritária; *atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais*”<sup>260</sup>.

O julgamento do mensalão (Ação Penal 470)<sup>261</sup>, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, foi um acontecimento televisivo espetacular, com transmissão ao vivo, batendo audiência de muitas novelas da maior emissora do país. Este julgamento durou quatro vezes mais do que o previsto, que eram 15 sessões; na verdade, foram 69 sessões, terminando após 300 horas de trabalho e projetando o Ministro Joaquim Barbosa, o relator, como o “mocinho” da cena. A Suprema Corte do país, ao concentrar estes grandes julgamentos, com esse viés da espetacularidade, mantém em pauta o debate acerca do ativismo judicial no Brasil, e da crescente judicialização de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral. Há uma clara transferência de poder do Executivo e do Legislativo para juízes e tribunais. Com efeito, foi do STF a última palavra em matéria de uniões homoafetivas, pesquisas de células-tronco embrionárias, nepotismo, demarcação de terras indígenas, interrupção da gestação de fetos anencefálicos e cotas raciais. Vale dizer, que a despeito de previsão de edição de legislação ordinária (*nos termos da lei*) na Constituição Federal, quem forçou a regulamentação do aviso prévio proporcional<sup>262</sup> foi o Supremo Tribunal Federal.<sup>263</sup>

---

<sup>260</sup> BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015, grifos do autor.

<sup>261</sup> A ação tinha 50 mil páginas, 38 réus, 600 testemunhas e resultou em acórdão de 8.405 páginas.

<sup>262</sup> Art. 7º da CF: XXI- aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

<sup>263</sup> A Constituição Federal prevê que os trabalhadores têm direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias “nos termos da lei”. Vinte e três anos após a promulgação da Constituição de 1988, a Lei nº 12.506/11 estabeleceu que ao mínimo de 30 dias pagos ao trabalhador com até um ano de serviço na mesma empresa serão acrescidos três dias por ano de trabalho, até o máximo de 60 dias. Mas essa legislação só veio a lume porque, no julgamento do Mandado de Injunção (MI) 943, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, o STF havia decidido e deferido o mandado de injunção, suspendendo o julgamento em 22 de junho de 2011 para a apresentação de uma solução conciliatória pelo Tribunal a fim de suprir a lacuna legislativa.

Por essa razão, Maria Benedita Urbano diz-se perplexa com o ativismo judicial no Brasil.<sup>264</sup> Ela faz referência à “*fluidez criativa dos ministros do STE*” e lembra os argumentos justificadores suscitados pela doutrina brasileira e pelos juízes supremos para a criação de Direito pelo STE e pelo STF, “uns de caráter dogmático, outros de cariz mais sociológico”. Ela respalda sua perplexidade na compreensão do princípio da separação de poderes e na noção marcadamente europeia e kelseniana do juiz constitucional, guardião da Constituição, como um legislador negativo.

Na verdade, a própria professora Maria Benedita Urbano, traz em seu livro, *Curso de Justiça Constitucional – I Volume*<sup>265</sup>, no capítulo 4, relativo ao *Ativismo Judicial e autocontenção judicial*, o histórico sobre esse fenômeno, lembrando que a expressão “ativismo judicial” é atribuída a Arthur Schlesinger Jr. em artigo de 1947, em que analisava a postura dos juízes da *Supreme Court* norte-americana, identificando lá três grupos: os ativistas, os autocontidos e os moderados. Mas lembra que foi no período do *New Deal* (1935-37), “que a discussão em torno dos alegados excessos cometidos pelos juízes no exercício da sua função assumiu proporções relevantes e alarmantes”. E explica: “a uma atitude de constante sabotagem da legislação social e econômica que procurava implementar, respondeu o Presidente Roosevelt com o Court-packingplan, que tentou fazer passar, sem sucesso, no Congresso”. Pretendia alterar a composição da *Supreme Court*, formatando-a aos interesses da sua política social. Isso trouxe para o centro do debate a discussão acerca da legitimidade democrática de um órgão judicial para fazer política.

Luís Roberto Barroso aponta uma importante questão brasileira pelo fato de a Constituição abarcar um número variado de temas e rol extenso de legitimados para propor ações de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Assim, se o legislador constituinte quis incluir uma matéria na Constituição isso pode significar que foi permitida a judicialização, retirando-a da política para trazê-la para o direito. Como reforço dessa tese, ele menciona o número elevado de pessoas e entidades legitimadas para propor ações diretas perante o STF, entre elas, os partidos políticos, que provocam a maioria das manifestações, ou seja, é o próprio legislativo que está a exigir a participação do Judiciário.<sup>266</sup>

O Ministro do Tribunal Constitucional brasileiro afirma que a vida brasileira foi excessivamente judicializada e ficou mais difícil se estabelecer a fronteira entre o judiciário e

---

<sup>264</sup> URBANO, Maria Benedita – Interpretação conforme com a constituição e activismo judicial: associação lógica ou ativismo interpretativo? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Vol. 7, Especial (2010), p. 411-418.

<sup>265</sup> *Idem* – **Curso de justiça constitucional**. 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016.

<sup>266</sup> URBANO, Maria Benedita – *opere citato*, 2010, p. 411-418.

o político. Só para atualizar, o STF está decidindo até a questão da pandemia do COVID, uma vez que foi provocado a enfrentar a obrigatoriedade de vacinar e a fixação de um calendário para início da vacina, tendo decidido, ainda, pela competência dos estados federados, também, para enfrentar a pandemia e não exclusivamente a União. Foi o Supremo que retirou do ar propaganda institucional do governo que convocava a população para voltar às ruas e ao trabalho (quando as recomendações dos órgãos de saúde eram pelo distanciamento social).

Outro debate que voltou para o Supremo foi o da terceirização e a responsabilidade subsidiária do ente público (o tomador do serviço) no tocante à distribuição do ônus da prova, matéria flagrantemente infraconstitucional, prevista unicamente nos arts. 373, do Código de Processo Civil brasileiro (CPC), e no 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). E volta para análise do STF como possível tema de Repercussão Geral.

Mas, vale dizer que, antes da Constituição de 1988, o controle abstrato não se revestia de importância, uma vez que era de iniciativa de um Procurador-Geral da República, agente público nomeado livremente pelo Presidente, a ele subordinado politicamente. Havia uma cultura de desconsideração da Constituição, sem que se evidenciasse, de facto, uma jurisdição constitucional.

Com a nova Carta Magna brasileira, o Poder Judiciário passou a assumir o papel de protagonismo em áreas do Legislativo e do Executivo, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal (STF), agregando-se, ao lado do ativismo judicial e da judicialização da política, a grave queixa de adentrar matéria infraconstitucional.

Há alguns temas de natureza trabalhista que suscitaram a atuação do STF como a fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade. Outro foi a concessão de aposentadoria e o desligamento do emprego, previsão do § 2º do art. 453 da CLT, objeto da ADI nº1.721-3, de 27.11.1997, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão. O novo relator, o Ministro Carlos Ayres Britto invocou a vulneração do postulado da “proporcionalidade em sentido estrito”, difundo pela teoria de Robert Alexy, pois as perdas infligidas à Constituição, com a aceitação do art. 453, § 2º, da CLT, superariam eventual benefício trazido, concluindo pela inconstitucionalidade do dispositivo. O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator, alertando, mais uma vez, para o “excesso do Poder Legislativo” e para a violação da “proporcionalidade”, uma vez que se “onera demasiadamente o trabalhador pelo fato simplesmente de exercer o direito à aposentadoria”.

Também a discussão acerca da estabilidade decorrente de acidente de trabalho foi objeto de apreciação pelo Supremo, além do aviso prévio proporcional. Com relação a este último tema, vinte e três anos e oito dias depois da promulgação da Constituição, o Congresso

Nacional aprovou a Lei nº 12.506/2012, que regulamenta o inciso XXI do art. 7º, o direito ao aviso-prévio proporcional. E a regulamentação só veio à lume porque o Supremo Tribunal Federal sinalizou, no início do julgamento dos Mandados de Injunção nºs 943, 1.010, 1.074 e 1.090, que fixaria as bases do gozo do direito em questão, passando a ocupar, como já fizera no caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, o espaço típico das Casas Legislativas.

## 6 TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PORTUGAL

### 6.1 A Constituição Portuguesa

Na Constituição Portuguesa ganha destaque a proteção aos direitos fundamentais. A Parte I trata dos Direitos e Deveres Fundamentais. A Carta de 1976, com as revisões da Lei Constitucional n.º 01/89, de 8 de julho de 1989, classificou os direitos humanos fundamentais em direitos, liberdades e garantias pessoais (Título II). O título II está dividido em direitos pessoais (Capítulo I), direitos, liberdades e garantias de participação política (Capítulo II), direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (Capítulo III).

Canotilho faz questão de frisar que não se trata de simples esquema classificatório, mas de um regime jurídico-constitucional, caracterizador, materialmente, desta espécie de direitos fundamentais.<sup>267</sup>

Na Constituição Portuguesa, os direitos, liberdades e garantias são identificados como direitos positivos a ações e prestações do Estado; os destinatários são os poderes públicos e as entidades privadas com relação aos direitos dos cônjuges<sup>268</sup>, dos trabalhadores<sup>269</sup>, à greve<sup>270</sup>.

Para Canotilho, outros direitos à prestação do Estado, como o direito à vida,<sup>271</sup> quer dizer não apenas “não ser morto”, mas ter o direito de viver com dignidade, isto é, com condições mínimas de subsistência.

Na Constituição Portuguesa, os direitos económicos, sociais e culturais apresentam-se elencados nos capítulos dos direitos e deveres económicos (Cap. I, arts. 58º a 62º), dos direitos e deveres sociais (Cap. II, arts. 63º a 72º) e dos direitos e deveres culturais (Cap. III, arts. 72º a 79º).

Ainda invocando o magistério de Canotilho<sup>272</sup>, muitos desses direitos demandam prestações ou atividades do Estado, contudo, no tocante aos direitos económicos, sociais e culturais, na CRP são classificados como direitos de natureza negativo-defensiva, como os

---

<sup>267</sup> “Artigo 17- O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.”

<sup>268</sup> “Artigo 36- Família, casamento e filiação: 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade; (...) 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.”

<sup>269</sup> “Artigo 53- Segurança no emprego, é garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.”

<sup>270</sup> “Artigo 57- Direito à greve e proibição do lock-out. 1. É garantido o direito à greve.”

<sup>271</sup> “Título II- Direitos, liberdades e garantias. Capítulo I, Direitos, liberdades e garantias pessoais, artigo 24 (Direito à vida); 1. A vida humana é inviolável.”

<sup>272</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.



dos arts. 61 e 62 (direitos de iniciativa privada e o direito de propriedade privada). Os destinatários, além do Estado, são também os cidadãos (arts. 60, 68 e 69).

A Constituição Portuguesa também se refere a outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.<sup>273</sup> São os chamados direitos materialmente fundamentais (“norma de *fattispecie* aberta”, princípio da não identificação ou da cláusula aberta).

Na doutrina portuguesa, são direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais aqueles que equivalem aos formalmente fundamentais por sua relevância e objeto.

Na parte I da Constituição Portuguesa há um catálogo de direitos fundamentais, mas há outros ao longo da Constituição, os quais Canotilho designa de “direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas fora do catálogo”.

Para o escritor português, existe uma imposição constitucional que legitima transformações econômicas e sociais, ainda que se invoque a reserva do possível, que condiciona a efetivação dos direitos fundamentais à sustentabilidade econômica, não se podendo depender simplesmente do legislador.

José Carlos Vieira de Andrade condiciona a concretização dos direitos sociais (à habitação, saúde, assistência, cultura etc.), a determinadas condições de fato: É necessário que haja recursos materiais suficientes, à disposição do Estado, para fazer frente às prestações devidas aos cidadãos.<sup>274</sup>

José Melo Alexandrino, quando trata do sistema de direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976, diz que o *tempo dos direitos*, em Portugal foi de 160 anos. “Outra não pode ser a conclusão”, prossegue, “se considerarmos que os princípios da democracia representativa e do Estado de Direito apenas obtêm consolidação (sem entorses) após a revisão constitucional de 1982, data que assinala a criação do Tribunal Constitucional (em substituição do Conselho da Revolução)”.<sup>275</sup>

Nessa mesma obra, o constitucionalista português identifica dois tipos de direitos fundamentais previstos expressamente na CRP e, ainda, “outras expressões constitucionais ou doutrinárias aplicáveis a certos grupos de direitos fundamentais”:

---

<sup>273</sup> “Artigo 16- Âmbito e sentido dos direitos fundamentais; 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

<sup>274</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>275</sup> ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Direitos Fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed. Cascais: Princípiã, 2011, p. 32.

“a) ‘Direitos Fundamentais’: Expressão constitucional que designa as situações jurídicas fundamentais das pessoas reconhecidas nos artigos 24.º a 79.º da Constituição ou que sejam como tais admitidas pela Constituição (por força dos artigos 16.º e 17.º).

b) ‘Direitos, liberdades e garantias’. Expressão (e não classificação) constitucional que designa *os direitos fundamentais que estejam previstos nos artigos 24.º a 57.º da Constituição* (Título II da Parte I da Constituição). Dentro desse Título II, podem ainda identificar-se os ‘direitos, liberdade e garantias pessoais’ (artigos 24.º-47.º), os direitos, liberdade e garantias de participação política (artigos 48.º-52.º) e os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores’ (artigos 53.º-57.º).

c) ‘Direitos económicos, sociais e culturais’. Expressão constitucional que designa *os direitos fundamentais que estejam previstos nos artigos 58.º a 79.º da Constituição* (também podem ser designados por ‘direitos sociais’ ou pela expressão mais apurada de ‘direitos fundamentais sociais’).

d) ‘Direitos fundamentais de natureza análoga’ (ou, abreviadamente, direitos análogos). Expressão constitucional que designa *os direitos fundamentais (ou as posições de direitos fundamentais) que, não estando previstos nos artigos 24.º a 57.º da Constituição, por força de um critério jurídico de qualificação, tenham um objeto e mereçam um tratamento análogo aos dos direitos, liberdade e garantias*. Em princípio, serão direitos consagrados na Constituição (direitos fundamentais de natureza análoga *formalmente constitucionais*), mas não está, no limite, excluída a possibilidade de serem direitos apenas materialmente constitucionais.

e) ‘Direitos fundamentais dispersos’. Expressão doutrinária que designa os direitos fundamentais consagrados na Constituição, mas fora da sua Parte I, Além de serem direitos *formalmente constitucionais*, em princípio, revestirão também a qualidade de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

f) ‘Direitos fundamentais extravagantes’ (ou extraconstitucionais). Expressão doutrinária que designa os (eventuais) direitos fundamentais recebidos pela cláusula do artigo 16.º, n.º 1. Sendo direitos apenas *materialmente constitucionais*, podem revestir ou não a qualidade de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.”

Não se pode deixar de mencionar o regime específico dos direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga, nos termos do art. 17.º da CRP.

## 6.2 Os direitos sociais do trabalho

Na Constituição da República Portuguesa de 1976 encontra-se catalogado o maior número de direitos sociais da União Europeia. Realmente, é pródiga a constituição portuguesa no compromisso fundamental com direitos sociais, quando se tem que há constituições, na Europa, que não constitucionalizaram qualquer direito social, como as da Áustria, do Reino Unido e da Alemanha.

O Título (III) – “Direitos económicos, sociais e culturais” – designa os direitos fundamentais catalogados nos artigos 58.º a 79.º da CRP, que podem ser nominados de “direitos sociais” ou “direitos fundamentais sociais”.

Jorge Reis Novais chama a atenção para o princípio da socialidade, destacando que, embora não seja expresso, pode ser extraído dos arts. 2.º e 9.º da CRP. Ele também identifica o referido princípio no Título III da Parte I da Constituição, em toda a Parte II e no artigo 81, que elenca as incumbências prioritárias do Estado, entre elas “promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável” (alínea a); e “promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal” (alínea b). Destaca, ainda, o carácter meramente programático dessas normas, vindo a imputar-lhes “uma normatividade substancialmente enfraquecida ou praticamente inexistente”. Ele conclui que a importância que se credita aos direitos económicos, sociais e culturais vai repercutir na projecção jurídica desse princípio da socialidade como princípio constitucional estruturante do Estado de Direito.<sup>276</sup>

É importante, ainda, a classificação que faz o autor em comento dos direitos fundamentais em direitos de liberdade e direitos sociais. Para ele, no caso dos direitos de liberdade, há uma área juridicamente delimitada pela própria norma (ou delimitável) em que é possível o livre acesso ou fruição do bem ou interesse de liberdade objeto da proteção fundamental.<sup>277</sup> Já a norma de direitos sociais impõe um dever de prestação ao Estado, que não tem a completa disponibilidade de decisão a respeito do seu cumprimento, uma vez que depende de recursos financeiros.<sup>278</sup>

É nesse sentido que sobressai a ausência de garantia determinada ou determinável juridicamente de acesso ao bem protegido pelo direito fundamental. Essa demanda de recursos económicos definirá, pelo que se vê, a aplicabilidade ou não dos direitos fundamentais sociais. No caso dos direitos de liberdade, não há condicionamento a recursos financeiros ou materiais para que o Estado cumpra a norma.

Também é importante trazer à tona a divisão dos direitos fundamentais que faz José Melo Alexandrino, salientando que se trata de “distinção que constitui uma componente central do sistema de direitos fundamentais na Constituição portuguesa”<sup>279</sup>: “direitos, liberdades e garantias” (art. 24.º a 57.º), com regime qualificado; e os “direitos económicos sociais e culturais” (arts. 58.º a 79.º). Ele insiste na condição de direitos fundamentais dos

---

<sup>276</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 123.

<sup>277</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

<sup>278</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

<sup>279</sup> ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Direitos Fundamentais**. 2.ª ed. Cascais: Princípia, 2011.

direitos económicos, sociais e culturais. Em quadro abaixo, pode-se identificar a diferenciação proposta pelo autor:

Quadro 2: Direitos fundamentais na CRP por José Melo Alexandrino

| Direitos, Liberdades e Garantias<br>Título II da Parte I<br><i>Plano Constitucional Positivo</i>                                                         | Direitos Económicos Sociais e Culturais<br>Título III da Parte I<br><i>Plano Constitucional Positivo</i>                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Cunho preceptivo                                                                                                                                         | Direitos a ações do Estado                                                                                                                                                                |
| Direitos negativos (situações ou direitos à proteção)                                                                                                    | Direitos positivos (impondo ao Estado deveres de promoção)                                                                                                                                |
| Princípios da liberdade, da igualdade formal e do Estado de Direito.                                                                                     | Princípios da solidariedade, da igualdade material e do bem-estar.                                                                                                                        |
| <i>Plano Técnico-Jurídico</i>                                                                                                                            | <i>Plano Técnico-Jurídico</i>                                                                                                                                                             |
| Determináveis                                                                                                                                            | Indeterminados                                                                                                                                                                            |
| Diretamente aplicáveis                                                                                                                                   | Não são diretamente aplicáveis porque carecem de prévia determinação pelo legislador.                                                                                                     |
| <i>Outras distinções baseadas na doutrina</i>                                                                                                            | <i>Outras distinções baseadas na doutrina</i>                                                                                                                                             |
| “A efectivação dos direitos, liberdades e garantias depende essencialmente do cumprimento das exigências requeridas pelo princípio do Estado de Direito” | “A realização do conteúdo principal dos direitos sociais constitui uma variável não só do processo económico, mas também do processo político” (Habermas)                                 |
|                                                                                                                                                          | “A realização dos direitos sociais mostra uma marcada dependência da realidade, nomeadamente ao nível de uma devida articulação com os demais sistemas sociais básicos” (Bruto da Costa). |
| O conteúdo dos direitos de liberdade pressupõe a estabilidade (daí as ideias de determinação do conteúdo, delimitação do âmbito de proteção, etc.)       | “O conteúdo dos direitos sociais envolve mutabilidade” (Roberto Bin).                                                                                                                     |
| “Esse apuramento é relativamente fácil junto dos direitos de liberdade” (Carlos Bernal Pulido)                                                           | É significativo o grau de indeterminação da sua eventual violação.                                                                                                                        |

Fonte: A autora.

José de Melo Alexandrino não vê radicalismo nessa divisão e nem afirma que não há conexão entre esses direitos. Vê no artigo 17.º da Constituição<sup>280</sup> uma verdadeira “‘norma de articulação’ entre esses dois conjuntos”. E que “outros são ainda os *guardas de flanco* dos direitos sociais: o princípio da proporcionalidade, o princípio da igualdade e o princípio da proteção da confiança”<sup>281</sup>.

<sup>280</sup> O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

<sup>281</sup> ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Direitos Fundamentais**. 2.ª ed. Cascais: Princípi, 2011, p. 47.

Esse artigo 17.º é muito relevante na CRP ao dispor sobre a aplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantia (ou seja, da autoaplicabilidade) aos direitos fundamentais de natureza análoga. A partir dele, chega-se à conclusão de que há duas categorias de direitos fundamentais com regimes específicos: direitos, liberdade e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, capitulados no Título II e no Título III da Parte I da CRP.

José de Melo Alexandrino, na obra já mencionada, informa que, assim que a Constituição entrou em vigor, várias forças políticas tentaram tirar proveito desse artigo, o qual serviu, entre elas, como fórmula de projeção do compromisso constitucional. Um lado quis promover os direitos e liberdades dos trabalhadores e o outro lado as liberdades económicas.<sup>282</sup>

Ele aduz que, “na revisão constitucional de 1982, foi estabelecido um novo acordo, que passou pela integração das ‘liberdades sociais’ (uma série de direitos dos trabalhadores) no título respeitante aos direitos, liberdades e garantias (Título II, então subdividido em três capítulos)” e pelo deslocamento da Liberdade de iniciativa económica do artigo 85.º para o artigo 61.º (ou seja, da Parte II para a Parte I da CRP). Acrescenta que “o acordo passou ainda pela simplificação da redação do próprio artigo 17.º, que nomeadamente deixou de fazer referência aos direitos previstos em lei”<sup>283</sup>.

A relevância deste artigo reside na divergência de interpretação que ele provoca e, consequentemente, na enorme insegurança jurídica também. Prevalece a corrente que o entende aplicável aos direitos previstos na CRP e outros que não estejam lá previstos que se assemelhem aos direitos, liberdades e garantia; nesta corrente, estão Jorge Miranda, Vieira de Andrade, Sérvulo Correia e José Alexandrino. O Tribunal Constitucional segue uma outra linha, capitaneada por Blanco de Moraes, de que seria aplicável apenas a direitos constitucionais.<sup>284</sup>

Entre os direitos fundamentais de natureza análoga, a doutrina tem incluído – na parte que interessa a esta pesquisa – o acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º, 1 e 2), garantias especiais de igualdade na escolha da profissão e no acesso ao trabalho (art. 58.º, 2, b), várias garantias jusfundamentais dos trabalhadores (art. 59.º, 1, a e d), direito à

---

<sup>282</sup> ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Direitos Fundamentais**. 2.ª ed. Cascais: Princípiã, 2011, p. 47.

<sup>283</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

<sup>284</sup> MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra, 2005.

contagem do tempo de serviço (art. 63.º, 4) e poder de provocar o recurso de constitucionalidade (art. 280.º, 1, b e 2, d).<sup>285</sup>

O condicionamento material e financeiro dos direitos sociais torna-os “direitos sob reserva do possível”.

Insta destacar, ainda, o artigo 18.º, n.º 1, da Constituição portuguesa. Discute-se aqui a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Com efeito, o art. 18.º, 1, determina que “os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

### 6.3 Os direitos sociais na Constituição Portuguesa

Há um conceito mais amplo de direitos sociais, que alcança os económicos, os sociais e os culturais. No Capítulo II do Título III, atinente aos Direitos e deveres económicos, sociais e culturais, estão os direitos sociais propriamente ditos em 10 artigos da Constituição: **CAPÍTULO II - Direitos e deveres sociais.** Artigo 63.º - (Segurança social e solidariedade); Artigo 64.º - (Saúde); Artigo 65.º - (Habitação e urbanismo); Artigo 66.º - (Ambiente e qualidade de vida); Artigo 67.º - (Família); Artigo 68.º - (Paternidade e maternidade); Artigo 69.º - (Infância); Artigo 70.º - (Juventude); Artigo 71.º - (Cidadãos portadores de deficiência); Artigo 72.º - (Terceira idade).

Canotilho afirma que a proteção dos direitos económicos, sociais e culturais está subordinada a condições económicas, sociais e culturais, o que consagrou a expressão “pressupostos de direitos fundamentais”. Ele inclui no rol desses pressupostos a “capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética, filosófica ou religiosa” que vão condicionar, negativa ou positivamente, a tutela desses direitos. Ele fala, ainda, de outras condicionantes, como o que chama de elementos estruturais e configuradores de tais direitos. Por isso, a forma como é visto o princípio da dignidade da pessoa humana e concebido o livre desenvolvimento da personalidade vai refletir na política de concretização dos direitos sociais, a qual, a depender, dessa percepção, poderá ser comprometida ou resignada, “consoante se considere que, abaixo de um certo nível de bem-estar-material, social, de aprendizagem e de educação, as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais, ou se entenda que a

---

<sup>285</sup> MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 50-51.

‘cidadania social’ é basicamente uma ‘conquista individual’”.<sup>286</sup> Conclui que “a concretização destes direitos é indissociável de dimensões histórico-sociais, como, por exemplo, o enraizamento de associações e organizações de defesa de direitos sociais (movimento operário, movimento cooperativo, movimento mutualista, formação de partidos laboristas)”.<sup>287</sup>

Assim, na obra de Canotilho da qual se extraiu o excerto acima, ressalta-se a condição de normas programáticas das normas sociais, apenas projetando princípios definidores dos fins do Estado, princípios sociais.

Contudo, para o que interessa à pesquisa, vai-se abordar os direitos dos trabalhadores, os quais, na Constituição brasileira, vêm enunciados no art. 7.º, em longos 34 (trinta e quatro) incisos, artigo este inserido no Capítulo II – DOS DIREITOS SOCIAIS.

Na Constituição portuguesa, há os direitos dos trabalhadores inseridos no Título II – Direitos, liberdades e garantias, no capítulo III, como “Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores” (arts. 53.º a 57.º); e há os direitos dos trabalhadores, considerados direitos económicos, capitulados no Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), no Capítulo I (Direitos e deveres económicos – arts. 58.º e 59.º).

É importante que se relembre o carácter programático dos direitos sociais diferentemente dos direitos, liberdades e garantias, exequíveis por si mesmos. O que se quer dizer é que os direitos sociais exigem uma prestação do Estado para a sua concretização, não só da atuação do legislador ordinário como de consecução de políticas públicas.

#### 6.4 O Tribunal Constitucional (TC)

O Tribunal Constitucional português vem previsto no Título VI da CRP com a competência para “administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional” (art. 221.º). Mas, tal como lá se vê, é um órgão autónomo no tocante às jurisdições ordinárias, porque está localizado fora do sistema judicial, privado de um título: Tribunal Constitucional. Mesmo não integrando o poder judicial, como juiz constitucional, em face das suas atribuições, pode-se afirmar que o Tribunal Constitucional faz parte do “poder jurisdicional”. Foi criado em 1982 pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, extinguindo-se, aí, o Conselho de Revolução pela LC n.º 1/82. É composto de 13 juízes, sendo 10 diretamente escolhidos pelo Plenário de Assembleia e os outros 3 cooptados por este, o que leva Canotilho

---

<sup>286</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 473-474.

<sup>287</sup> *Ibidem*, loco citato.

a concluir que “uma parte dos juízes acaba por assentar em simples legitimidade indirecta”<sup>288</sup>. Estes juízes são eleitos por 9 anos não renováveis (art. 222º/3).

Há uma discussão acerca da posição jurídico-constitucional do Tribunal Constitucional. O art. 209.º da CRP categoriza, expressamente, o Tribunal Constitucional como um Tribunal. (TC). Canotilho questiona “se ao TC se pode ou deve atribuir-se uma posição de órgão constitucional semelhante à dos outros órgãos de soberania (PR, AR, Governo)”<sup>289</sup>.

A natureza do TC, como órgão jurisdicional do Estado, segundo Canotilho, é questionada a partir dos seguintes aspectos:

- a) “tem competência extrajurisdicional (art. 223.º/2/a, b, d, g e h)”
- b) “acento político da sua jurisdição”
- c) “escolha política dos seus membros”<sup>290</sup> (art. 222.º)

Assim, sobressai o questionamento acerca do carácter jurisdicional do controlo da constitucionalidade e da legalidade do TC, sendo suas decisões classificadas, pelos que assim questionam, como políticas.

Mas há a corrente antagónica que defende tratar-se de um órgão jurisdicional sob o fundamento de que, como nos outros tribunais, as decisões provêm de um processo judicial que se determinam pelo direito constitucional.

Ao destacar o problema da composição de um tribunal constitucional, “dadas as funções jurídico-políticas e ele atribuídas”, ele lembra que, de “um modo geral em todos os tribunais criados no pós-guerra teve-se em conta a necessidade de legitimação democrática dos juízes através da participação dos órgãos de soberania, directa ou indirectamente legitimados, na eleição ou escolha dos seus membros”<sup>291</sup>. Enfatiza que “na sua composição apenas intervém a AR, excluindo-se os outros órgãos de soberania (PR e tribunais)” e conclui: “como dos 13 juízes que compõem o Tribunal (cf. art. 222.º/1) apenas 10 são directamente escolhidos pelo Plenário de Assembleia, sendo os outros três cooptados por esses, uma parte dos juízes acaba por assentar em simples legitimidade indirecta”.<sup>292</sup>

---

<sup>288</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 683.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 678.

<sup>290</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 682.

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 683.



Catarina Santos Botelho, em obra sobre *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*<sup>293</sup>, sustenta “o carácter ‘bifronte do nosso juiz constitucional, que é, ao mesmo tempo, juiz dos juízes e juiz do legislador’”. Ela diz que “o TC actua como última ‘instância’ de recurso em sede de inconstitucionalidade das decisões dos demais juízes, mas é também juiz do legislador em sede de fiscalização abstracta por acção ou por omissão”<sup>294</sup>.

A discussão acerca da natureza jurídica do Tribunal Constitucional é recorrente na doutrina no Direito Comparado.

O argumento de não se tratar de um Tribunal absolutamente constitucional reside no facto de se encontrar em um capítulo autónomo no *layout* constitucional, e não junto com os demais tribunais.

Catarina Botelho, na obra já referida, chega a questionar se o Tribunal Constitucional pode ser considerado uma verdadeira jurisdição, ou um órgão político “‘mascarado’ de tribunal”. Também indaga sobre a sua legitimidade de um Tribunal Constitucional para decretar a inconstitucionalidade de normas aprovadas pela Assembleia da República (que, diferentemente, do TC, detém legitimidade democrática directa)<sup>295</sup>. Mas acaba por concluir que a sua natureza jurisdicional não pode ser contestada em face do viés político quando da nomeação dos juízes constitucionais.<sup>296</sup>

Pedro Trovão do Rosário, em artigo sobre “O Recurso Constitucional de Amparo”<sup>297</sup> destaca a composição “marcadamente político partidária” do TC, que teria “no entender de alguns condicionado a sua acção”.

O professor António Garcia Pereira faz dura crítica ao Tribunal Constitucional no tocante a sua missão de fiscalizar a compatibilidade das normas das diversas Fontes de Direito com a Constituição da República Portuguesa. Diz que o mecanismo de fiscalização sucessiva concreta está praticamente inutilizado.<sup>298</sup>

---

<sup>293</sup> BOTELHO, Catarina Santos – **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 51.

<sup>294</sup> *Ibidem*, loco citato.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>297</sup> ROSÁRIO, Pedro Trovão do – O recurso constitucional de amparo. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**. N.º 1 (2012), p. 43-63 [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/7b9221b827b43f3a80257aee0055e9bc?OpenDocument>.

<sup>298</sup> PEREIRA, António Garcia – O Tribunal Constitucional, um cadáver adiado. Secção D “Os Direitos, Liberdades e Garantias dos Cidadãos na Reforma da Justiça”. In CONGRESSO DOS ADVOGADOS PORTUGUESES (CP. n.º 3692L), 7., 11-13 nov. 2011, Figueira da Foz. **Anais (...)**. Lisboa, 2011. p. 1-4. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://portal.oa.pt/media/116584/antonio-garcia-pereira-o-tribunal-constitucional-um-cadaver-adiado.pdf>.

Crítica a adoção de conceitos ultra-restritivos, citando a escusa do TC acerca do controle de constitucionalidade de norma de contratação coletiva; critica a utilização de decisões sumárias unipessoais e a prática restritiva de apreciação da inconstitucionalidade e de não conhecimento de recurso “e logo não entrar sequer na sua substância sob o já estafado e ultra-repetido pretexto de que o recorrente não teria ‘identificado com suficiente precisão e concisão a exacta vertente normativa que se revelaria contrária a preceitos ou princípios constitucionais’ (ou seja, a ‘culpa’ é, obviamente, do ‘incompetente’ do Advogado que não logrou fazer cabalmente tal ‘identificação’)”.<sup>299</sup> Diz que, “na maior parte dos casos, por meio de decisões sumárias e sob a invocação da mera ordem formal, não conhece sequer da questão de fundo”<sup>300</sup>.

Nesse artigo, o Professor António Garcia aponta, ainda, a obstaculizar a entrega de jurisdição do TC, o regime de custas aplicado pelo Tribunal, as quais denomina de “absolutamente exorbitantes” (de 7,10 e até 15UCs nas decisões sumárias e 15,20 e mais UCs nas decisões da Conferência e nos Acórdãos). O advogado faz uma dura crítica à forma de composição do TC, tal como prevista no art. 222.º, 1, da CRP, sugerindo que há uma postura partidária por parte dos juízes do Tribunal Constitucional.<sup>301</sup>

#### **6.4.1 O Tribunal Constitucional e o excesso de formalismo a vedar o acesso à jurisdição constitucional.**

O Estado português já foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), mais de uma vez, por excesso de formalismo do seu Tribunal Constitucional, a barrar a amissibilidade de recursos e, consequentemente, o acesso à entrega de jurisdição constitucional.

Pelo menos em dois casos, o entendimento do TEDH foi calcado no direito de acesso a um tribunal, direito fundamental previsto na CRP. No julgamento da queixa proposta por Santos Calado, o TEDH concluiu que o Tribunal Constitucional foi “excessivamente formalista, privando o requerente de um recurso garantido pelo direito” do país.<sup>302</sup>

---

<sup>299</sup> PEREIRA, António Garcia – O Tribunal Constitucional, um cadáver adiado. Secção D “Os Direitos, Liberdades e Garantias dos Cidadãos na Reforma da Justiça”. In CONGRESSO DOS ADVOGADOS PORTUGUESES (CP. nº 3692L), 7., 11-13 nov. 2011, Figueira da Foz. **Anais (...)**. Lisboa, 2011. p. 1-4. P. 1. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://portal.oa.pt/media/116584/antonio-garcia-pereira-o-tribunal-constitucional-um-cadaver-adiado.pdf>.

<sup>300</sup> *Ibidem*, loco citato.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>302</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME. Troisième Section. **Affaire dos Santos Calado et autres c. Portugal**. Strasbourg, 31 mars 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-202123%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-202123%22]}).

Jorge Reis Novais afirma que as mais relevantes vulnerações de direitos fundamentais dos cidadãos portugueses não encontram trânsito para a apreciação do TC, que acaba por revestir de “complexidade e sofisticação” os requisitos e pressupostos do recurso de constitucionalidade, o que redundaria em desigualdade jurídica e material e em insegurança jurídica. E também é crítico com relação ao TC, ao ressaltar que “o actual sistema é manipulável e instrumentalizável para fins menores, alheios ou até incompatíveis com os objectivos de uma justiça constitucional em Estado de Direito, mas para os quais se captura quase em exclusividade o labor do Tribunal Constitucional, impedindo-o objectivamente, mas também por força da configuração jurídica do actual sistema de fiscalização, de se afirmar como Tribunal dos direitos fundamentais”.<sup>303</sup>

Diante disso, o autor conclui que, da maneira como ocorre atualmente, não se permite ao cidadão português que recorra ao Tribunal Constitucional em caso de uma determinada violação sensível e drástica de um direito fundamental. Apesar disso, há possibilidade para recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com possível condenação do Estado português pela violação. Esse fenómeno tem ocorrido reiteradamente. À título de exemplo, dentre as condenações mais recentes, ele cita os casos Bento e Urbino Rodrigues sobre a liberdade de expressão e liberdade de imprensa. Assim, o professor Jorge Reis conclui que, no mínimo, há sérias razões para reflexão sobre esse actual sistema.

Logo, o problema não reside na possibilidade de atuação perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – afinal, é o resguardo que restou ao cidadão. O cerne do debate, em verdade, se encontra no fato de que seu próprio Tribunal Constitucional local não exerce o devido papel de defesa institucional contra certas violações de direitos fundamentais garantidos pela Constituição portuguesa, pois está juridicamente impedido de ofertar tal protecção.<sup>304</sup>

#### **6.4.2 TC e direito fundamental de trabalhador**

Vale dizer que, embora, a Constituição portuguesa não traga o elenco exagerado dos direitos trabalhistas, ficando tal a cargo do Código de Trabalho (CT), que não existe no Brasil, há vários direitos trabalhistas lá previstos, muito particularmente, aqueles relacionados ao princípio de protecção ao trabalhador, que priorizam a norma – a ele – mais favorável. Assim, as normas trabalhistas capituladas no Código de Trabalho português também são confrontadas com os princípios constitucionais relativos aos trabalhadores e ao trabalho.

---

<sup>303</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 12.

<sup>304</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

Uma dessas normas trabalhistas, cuja constitucionalidade foi questionada no TC, foi o artigo 4º, n.º 1, do CT: “as normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”.

Começa-se o debate no confronto de duas vertentes: o da prevalência da norma mais favorável, uma vez que a previsão do código estava a consagrar que o instrumento coletivo pudesse prevalecer, ainda que em prejuízo do trabalhador (desde que não contrarie a lei) e a garantia, por parte Estado da autonomia coletiva.

Questionou-se a constitucionalidade desse art. 4º, n.º 1 do CT, na medida em que há previsão na Carta Maior de Portugal, no artigo 2º, de “garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais”<sup>305</sup> e, ainda, no artigo 59, n.º 2<sup>306</sup>, de obrigação do Estado de assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito.

A discussão que estava à mesa era se a permissão para flexibilização desses direitos mínimos por instrumento coletivo não comprometeria a referida obrigação estatal, redundando, portanto, em desrespeito ao texto constitucional.

Por outro lado, para Milena Silva Rouxinol: “a contratação coletiva se concebia como um instrumento vocacionado para a melhoria das condições legais mínimas diferidas ao trabalhador”<sup>307</sup>.

O Código de Trabalho de 2009, em seu artigo 3º, n.º 1, assim dispôs: “as normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Porém, ao n.º 3 desse artigo, evidenciou-se o princípio *favor laboratoris*.<sup>308</sup>

Para o Professor Leal Amado: “aqui temos, um bloco normativo que, em princípio, gozará de imperatividade relativa ou imperatividade mínima. Mas, note-se, só em princípio, pois a lei não deixa de ressalvar a hipótese de algumas normas incluídas nesse bloco terem um

---

<sup>305</sup> **Artigo 2.º (Estado de direito democrático).** “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

<sup>306</sup> **Artigo 59.º (Direitos dos trabalhadores).** “2. Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente: (...)”.

<sup>307</sup> ROUXINOL, Milena Silva – O princípio do Tratamento mais favorável nas relações entre a lei e a convenção coletiva de trabalho. **Questões Laborais**. N. 28 (2006), p. 172-187, p. 180.

<sup>308</sup> PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa – **Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro**. Código do Trabalho. Lisboa, 12 fev. 2009.

caráter absolutamente imperativo”<sup>309</sup>. Ele cita outros exemplos, fora desse bloco normativo, em que fica evidenciada a imperatividade relativa: duração do período experimental (pode ser reduzida, mas não aumentada, por instrumento de regulamentação coletiva, nos termos do art. 112.º, n.º 5, do CT<sup>310</sup>); e outros que evidenciam imperatividade absoluta: regime jurídico da cessação de contrato de trabalho (art. 339.º, n.º 1, do CT<sup>311</sup>).<sup>312</sup>

O Tribunal Constitucional (TC) considerou constitucional o art. 3º, n.º 1, do CT<sup>313</sup>, sob a crítica do doutrinador João Reis, que se declarou favorável à inconstitucionalidade dos preceitos em questão (artigo 4º, n.º 1, e o atual artigo 3º, n.º 1, do CT): “Como pode o Estado-legislador garantir um estatuto laboral mínimo se, em regra, é permitida a convenção coletiva baixar ou anular o patamar mínimo estabelecido na lei?”<sup>314</sup>.

## 6.5 A inacessibilidade do particular ao TC

Para Mauro Cappelletti, “a exigência do controlo da constitucionalidade tornou-se particularmente pressionante no que toca às normas consagradoras dos direitos fundamentais do homem (...)”<sup>315</sup>.

Também para Louis Favoreu, um dos motivos principais do controlo jurisdicional das leis, o que justificou a criação da justiça constitucional na Itália e na Alemanha, é a proteção dos direitos fundamentais.<sup>316</sup>

<sup>309</sup> AMADO, João Leal – Negociado X Legislado: a experiência e a reforma trabalhista brasileira, algumas notas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 83, n.º 3 (set. 2017), p. 138-159, p. 150.

<sup>310</sup> Artigo 112, n.º 5, do CT: “A duração do período experimental pode ser reduzida por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou por acordo escrito entre partes”.

<sup>311</sup> Artigo 339, n.º 1, do CT: “O regime estabelecido no presente capítulo não pode ser afastado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou por contrato de trabalho, salvo o disposto nos números seguintes ou em outra disposição legal.”

<sup>312</sup> AMADO, João Leal – *opere citato*, 2017, p. 150-151.

<sup>313</sup> “O Ac. n.º 338/2010 do TC, de 22 de setembro, foi chamado a decidir sobre o art. 3º do CT, a questão que se colocava era se o citado artigo ao permitir o afastamento das normas legais por instrumento de regulamentação coletiva que estabeleça condições menos favoráveis ao trabalhador, não estaria a ofender o princípio do tratamento mais favorável constitucionalmente consagrado. Importando salientar que o TC aceita o princípio do tratamento mais favorável como implicitamente consagrado na CRP. Porém, o TC entendeu que a validade constitucional do princípio implica atender aos seus condicionantes e limitantes, e, com base em um critério de ponderação, deve conciliá-lo com outros direitos ou interesses constitucionais relevantes, neste caso, o direito à contratação coletiva e a autonomia coletiva devem ser vistas como instrumentos dos direitos dos trabalhadores, e não como obstáculos a esses direitos. Dessa forma, entendeu que o disposto no art. 3º, n.º 1, do CT, “mitigadamente” vulnera o princípio do tratamento mais favorável, pois a convenção coletiva de trabalho está impedida, num conjunto de matérias de primeira importância, de estabelecer regimes menos favoráveis do que os da lei. Estipulou ainda que a parte final do dispositivo permite a vigência de normas imperativas que se oponham ao seu afastamento por convenção coletiva. (REIS, João – Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima. In REIS, João; AMADO, Leal; FERNANDES, Liberal; REDINHA, Regina – **Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais**. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 855-884, p. 862-863).

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 858.

<sup>315</sup> CAPPELLETTI, Mauro – Nécessité et Légitimité de la justice constitutionnelle. **Revue internationale de droit comparé**. Vol. 33, n. 2 (avr./juin 1981), p. 625-657, p. 625-626.

Quando se discute, como na hipótese, a efetividade de direito fundamental, salta relevante o questionamento acerca do acesso do particular diretamente ao TC. E, em Portugal, isso não é possível.

Só é possível acessar o TC pela via do recurso interposto pelas partes ou pelo Ministério Público depois que a questão da constitucionalidade foi examinada e decidida pelos tribunais comuns, o que constitui requisito de admissibilidade do recurso de constitucionalidade (art. 72.º, n.º 2, da LTC).

E novamente é importante se insistir na questão do acesso ao particular quando se trata de direito fundamental. Aqui vale trazer a conclusão de José Alexandrino<sup>317</sup> de haver consenso na consideração de que o Tribunal Constitucional português não é um “Tribunal dos direitos fundamentais”: “não o foi no momento constituinte (pois esse lugar estava ocupado pelo Conselho da Revolução), não o é no texto constitucional (artigos 221.º e 223.º, n.º 2), não o é na Lei do Tribunal Constitucional (artigos 6.º ao 11.º-A) e tampouco o é na prática ou na auto representação institucional do próprio órgão supremo da justiça constitucional.”<sup>318</sup> Ele faz uma comparação com a Alemanha e invoca a Constituição daquele país, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, destacando a visão que a sociedade tem do Tribunal Constitucional. Cita julgamentos de 9 de fevereiro de 2010, acerca das prestações mínimas de segurança social (*Harz IV — Leistungen*), e de 2 de Março de 2010, sobre a retenção de dados das telecomunicações (*Vorratsdatenspeicherung*). Também menciona o Supremo Tribunal brasileiro por declarar como sua visão do futuro “Ser reconhecido como Corte Constitucional, referência na garantia dos direitos fundamentais, na moderação dos conflitos da Federação e na gestão administrativa”.<sup>319</sup>

O Professor José de Melo Alexandrino vê “desequilíbrio no sistema português de fiscalização da constitucionalidade”, diante do que chama de “insensibilidade desse sistema ao primado da pessoa na Constituição, uma vez que uma ofensa, mesmo grosseira, cometida pelos poderes públicos a bens e interesses jusfundamentais da pessoa humana não goza de nenhuma atenção especial por parte da justiça constitucional, sendo certo que pareceria natural que ao primado dos direitos fundamentais correspondesse um certo nível privilegiado (e não desdiferenciado) de protecção e uma certa repercussão institucional do mesmo”.<sup>320</sup>

---

<sup>316</sup> FAVOREU, Louis — Actualité et légitimité du contrôle des lois en Europe occidentale. **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**. Tome 100, année 90 (1984), p. 1147-1201, p. 1198.

<sup>317</sup> ALEXANDRINO, José de Melo — Sim ou não ao recurso de amparo? **Julgar**. N.º 11 (2010), p. 41-49.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>320</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

Entende que “estando previsto o acesso do cidadão ao Tribunal Constitucional, no recurso em fiscalização concreta podem ser defendidos todos os tipos de interesses, mesmo os menores — que são, como é natural, os mais numerosos”, salientando, no entanto, que “o Tribunal Constitucional nem sequer tem poderes para interferir, por via de recurso, nas decisões denegadoras do *habeas corpus* (o que já seria uma forma de sinalizar a natureza jusconstitucional desse mecanismo e o primado da liberdade individual)”.<sup>321</sup>

Jorge Reis Novais também concorda que o sistema de fiscalização da constitucionalidade de Portugal “deixa à margem do controlo por parte da jurisdição constitucional – leia-se, à margem do Tribunal Constitucional – grande parte das mais significativas e comuns violações dos direitos fundamentais”<sup>322</sup>. Isso porque a fiscalização recai sobre normas, deixando sem tutela decisões e actos individuais e concretos dos titulares do poder público, da Administração, do Judiciário e de particulares.<sup>323</sup>

Reis Novais sustenta que ficam fora da tutela do Tribunal Constitucional o que ele chamou de as “intervenções restritivas”, e faz a diferença das “restrições”.

Como restrições, define como uma

“(…) uma afectação negativa de um direito fundamental produzido por uma norma com vocação geral e abstracta e que, portanto, não sendo considerada inconstitucional, modifica a norma de direito fundamental que até então existia (isto é, a norma que resulta da interpretação conjugada dos enunciados normativos e legais referidos a um mesmo direito fundamental); já uma intervenção restritiva, sendo um acto pontual, individual e concreto que afecta negativamente uma posição fundamentalmente protegida, não tem essa vocação de alteração da anterior norma de direito fundamental, ou seja, a norma de direito fundamental permanece inalterada, mas uma posição individual fundamentalmente protegida resultou desvantajosamente afectada, restando então apurar se o foi de forma inconstitucional ou de forma não constitucional.”<sup>324</sup>

E aqui está a grande questão objeto desta pesquisa. Não há falar-se em efetividade de direitos fundamentais se sequer se consegue acessar a jurisdição do Tribunal Constitucional. Com efeito, como conclui Reis Novais, as intervenções restritivas, que não se assentem com inconstitucionalidade da norma ordinária habilitadora estão à margem da protecção do TC. Isso porque somente as *normas* restritivas de direitos fundamentais (e não as intervenções

---

<sup>321</sup> ALEXANDRINO, José de Melo – Sim ou não ao recurso de amparo? **Julgar**. N.º 11 (2010), p. 44.

<sup>322</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade – Avaliação Crítica**. 2.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 85.

<sup>323</sup> *Ibidem*, loco citato.

<sup>324</sup> *Idem* – **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizados pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 192 *et sequentia*.

concretas e pontuais das liberdades e direito fundamentais perpetradas pelo Judiciário e pela Administração Pública podem ser fiscalizadas pelo Tribunal Constitucional.<sup>325</sup>

Desta forma, a permissão – pela legislação laboral – da requisição civil dos trabalhadores em greve pelo Governo não pode ser controlada – sob o ponto de vista da sua constitucionalidade, como violação do direito fundamental à greve dos trabalhadores. O Tribunal Constitucional poderia verificar se essa legislação é inconstitucional, mas não a intervenção estatal e a possibilidade de malferimento de direito fundamental.

Contudo, a violação a direito fundamental se consolida sem direito à mínima reparação na maioria dos casos, posto que não há, com relação ao ato vulnerador, uma norma que possa ser considerada inconstitucional. Isso porque só, excecionalmente, existe lei restritiva de direitos fundamentais, o que existe é afronta às normas fundamentais constitucionais já existentes.

A possibilidade de controle de constitucionalidade com relação a direitos fundamentais fica esvaziada. Um ato legislativo, em um Estado democrático de Direito, se submete a vários e sequentes filtros, o que leva à conclusão de que “só excepcionalmente a lei restritiva de direitos fundamentais contém inconstitucionalidades”.

Para Reis Novais, há uma nova fase para os Estados que alcançam a democracia e o Estado de Direito, que passa pela renovação do quadro legislativo, principalmente, no tocante às normas de direitos fundamentais para a sua densificação e concretização. É preciso cuidar dessa renovação legislativa com maior foco para os actos normativos. Daí, a importância de se prever instrumentos de justiça constitucional para o controlo da constitucionalidade das leis.<sup>326</sup>

Em sua obra, o professor Jorge Reis Novais traz também a fiscalização preventiva de constitucionalidade, como provocação do Presidente da República, ou de outras entidades legitimadas, a contribuir “para a filtragem de eventuais vícios de constitucionalidade, pelo que, em geral, a subsistência de normas inconstitucionais na ordem jurídica, pelo menos no que respeita às inconstitucionalidades mais evidentes, tende a ser residual”<sup>327</sup>.

Também José Melo Alexandrino, em seu livro *Direitos Fundamentais*<sup>328</sup> traz conceitos de *limite, restrição e intervenção restritiva*.

---

<sup>325</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade – Avaliação Crítica**. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 86.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>328</sup> Cf. ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais – Introdução Geral**. 2.<sup>a</sup> ed. Cascais: Príncipe, 2011, p. 117.



Especificamente quanto ao tema-objeto da pesquisa – efetividade de direito fundamental de trabalhador –, há um aspeto que chama a atenção quando se faz o paralelo do processo legislativo e do controlo de fiscalização da constitucionalidade.

O art. 56.º – que dispõe sobre os Direitos das associações sindicais e contratação coletiva – ao número 2, consagra, como direitos das associações sindicais, “a) participar na elaboração da legislação do trabalho”. Contudo, o art. 281.º (Fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade), ao número 2, não as inclui, entre os legitimados para promover a declaração de inconstitucionalidade ou da ilegalidade das normas. Os legitimados lá elencados são a) O Presidente da República; b) O Presidente da Assembleia da República; c) O Primeiro-Ministro; d) O Provedor de Justiça; e) O Procurador-Geral da República; f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República; e g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia legislativa.

Realmente, sob o viés do acesso ao Tribunal Constitucional – mesmo que para provocar apenas o controlo de fiscalização da constitucionalidade abstrata da norma – é de se estranhar que as associações sindicais não tenham esse poder.

Volta-se, então, ao centro do debate principal, que é o das relações concretas entre a Administração, particulares e tribunais. Neste espaço, não há atuação do Tribunal Constitucional fora da hipótese acima aventada. Reis Novais insiste no questionamento no sentido de ficarem de fora do controlo da constitucionalidade intervenções restritivas dos direitos fundamentais que ocorrem quotidianamente.<sup>329</sup>

O cidadão comum, só pode acionar o TC se for parte em um processo e para questionar a aplicação de uma norma que afronta a Constituição. Diferentemente da jurisdição constitucional brasileira, tanto no controlo difuso quanto no concentrado, o Tribunal Constitucional Português só pode se debruçar sobre a averiguação da constitucionalidade das normas e nunca das decisões judiciais, mesmo que estas vulnerem direitos fundamentais.

Também no TC português há, embora não com esse nome, a tal da “jurisprudência defensiva”, quando o excesso de formalismo predomina e redundando na inadmissibilidade de recursos, na ordem de 90%.

Maria Clara Sottomayor, que já foi juíza do Tribunal Constitucional, traduz sua experiência ao identificar uma “ciência formalista” do TC sobre requisitos de admissibilidade, com o que ela chama de “raciocínios circulares, de tipo kafkiano”. Um verdadeiro “jogo do

---

<sup>329</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade – Avaliação Crítica**. 2.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 89.

rato e do gato”, para utilizar a expressão de um ex-conselheiro do TC, Paulo Mota Pinto, “que deixa os advogados frustrados e consome os recursos humanos do tribunal”. Ela sugere uma interpretação evolutiva da lei orgânica do TC para que houvesse maior admissibilidade dos recursos que ensejam a tutela de direitos fundamentais. Tal como no Brasil, apesar do acesso ao TC, não há a entrega da efetiva jurisdição em razão do que a magistrada classificou, repita-se de “ciência de formalismo”, que, talvez seja algo que chegue próximo da jurisprudência defensiva no Brasil. Ela se ressentia da ausência do recurso de amparo porque muitos casos não recebem a tutela devida por ausência de satisfação de pressupostos recursais. E conclui: “a complexidade técnica de que este sistema se reveste torna-o, também, pouco acessível, sobretudo aos cidadãos de fracos recursos económicos, acabando por gerar um fenómeno de discriminação dos recorrentes mais desfavorecidos e potenciando o aumento dos recursos com fins dilatórios”.<sup>330</sup>

### 6.5.1 Recurso de Amparo em Portugal

A magistrada Maria Clara Sottomayor se junta a uma expressiva corrente para defender “uma revisão constitucional que admita uma ação direta para tutela de direitos fundamentais, que costuma ser designada por recurso de amparo”. Segundo ela, haveria possibilidade de se responder mais e melhor ao jurisdicionado, democratizar a justiça constitucional e suscitar uma cultura de direitos humanos na sociedade.<sup>331</sup>

Pedro Trovão do Rosário ensina que a actividade restritiva do TC à conformidade constitucional de normas jurídicas, com exclusão de decisões administrativas ou judiciais é o que prevê o ordenamento jurídico português, que não contempla o recurso de amparo, como está contemplado na jurisdição constitucional da Alemanha (o *Verfassungsbeschwerde*). Mas, ele vislumbra o que denomina de uma “porta” para o recurso de amparo, bem assim outros específicos para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais: a previsão, na CRP, do direito à tutela jurisdicional efectiva, ao art. 20.º/1 e 4.<sup>332</sup> Com efeito, é relevante a observação do professor para o objeto da pesquisa. Uma vez que, se há previsão constitucional expressa

---

<sup>330</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara – Um Tribunal Constitucional dos Direitos Fundamentais: para quando? **Público**. 10 jan. 2020, p. 1. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.publico.pt/2020/01/10/politica/opiniao/tribunal-constitucional-direitos-fundamentais-1899785>.

<sup>331</sup> *Ibidem*, loco citato.

<sup>332</sup> ROSÁRIO, Pedro Trovão do – O recurso constitucional de amparo. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**. N.º 1 (2012), p. 43-63 [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/7b9221b827b43f3a80257ae0055e9bc?OpenDocument>.

de que a tutela há que ser efectiva, deve haver, a partir do processo legislativo, a correspondente previsão de se provocar e obter a jurisdição constitucional.

Maria Clara Sottomayor informa que o recurso de amparo propicia o acesso à justiça constitucional, na América Latina e na Espanha, países que adotam tal sistema, pelos mais vulneráveis. E defende uma substancial reforma do sistema de fiscalização de constitucionalidade para inserir o recurso de amparo, o que contemplaria proteção mais eficaz, pela perspectiva da igualdade entre cidadãos, aos mais vulneráveis.<sup>333</sup> Ela defende o “alargamento da competência do TC em sede de fiscalização concreta, que o aproxime das funções do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, uma vez que “a Constituição consagra um amplo catálogo de direitos fundamentais, cujo conteúdo pode, ainda, ser densificado pelo TC e que apresenta virtualidades por explorar”<sup>334</sup>. Para ela, há que ser priorizados os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Considera que “cada processo judicial é uma história que merece ser ouvida e receber uma resposta justa”.<sup>335</sup>

O caso do Acórdão da Relação do Porto sobre o adultério e violência doméstica, que teve grande repercussão, inclusive na *media* internacional, reforça a reflexão acerca do desamparo do particular quando tem seus direitos fundamentais vilipendiados e reagita o debate sobre a inexistência de um recurso de amparo constitucional no ordenamento jurídico português.<sup>336</sup>

Deveria ser natural que violação de direitos fundamentais, como na hipótese, pudessem ser apreciadas pelo Tribunal Constitucional. Contudo, o controlo de

---

<sup>333</sup> ROSÁRIO, Pedro Trovão do – O recurso constitucional de amparo. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**. N.º 1 (2012), p. 43-63 [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/7b9221b827b43f3a80257ae0055e9bc?OpenDocument>.

<sup>334</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara – Um Tribunal Constitucional dos Direitos Fundamentais: para quando? **Público**. 10 jan. 2020, p. 1. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.publico.pt/2020/01/10/politica/opiniao/tribunal-constitucional-direitos-fundamentais-1899785>.

<sup>335</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

<sup>336</sup> Em 2015, uma mulher foi duplamente agredida pelo então marido e pelo ex-amante. O Tribunal de Felgueiras, ao julgar o crime de violência doméstica, aplicou ao marido a pena de um ano e três meses de prisão, suspensão, e multa de 1.750 euros por posse de arma proibida. O ex-amante também teve a pena suspensa de um ano de prisão e 3.500 euros de multa por crimes de perturbação da vida privada, injúrias e ofensas à integridade física. No recurso do Ministério Público, pedia-se pena mais grave e efetiva pena de prisão, questionando-se, além da pena, a valoração da prova. O Tribunal da Relação do Porto entendeu que “foi a deslealdade e imoralidade sexual da assistente que fez o arguido cair em profunda depressão e foi nesse estado depressivo e toldado pela revolta que praticou o ato de agressão”. O acórdão foi redigido pelo juiz desembargador Neto de Moura e assinado também por Maria Luísa Arantes, que manteve a pena suspensa sob fundamentos religiosos e moralistas: “o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem”, e há sociedades “em que a mulher adúltera é alvo de lapidação até à morte”; que “na Bíblia podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte”, invocando-se o Código Penal de 1886, que “punia com uma pena pouco mais do que simbólica o homem que, achando sua mulher em adultério, nesse acto a matasse” (PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto – **Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1**. Recurso Penal: Relator Neto de Moura. Porto, 11 out. 2017).

constitucionalidade do TC está limitado ao controlo de normas, ficando de fora as decisões judiciais.

Catarina Santos Botelho menciona este Acórdão para ressaltar a urgência para que se introduza um recurso de amparo constitucional na ordem jurídica portuguesa e para que se reveja a competência do TC a fim de se evitar os vazios de tutela constitucional. Na defesa do recurso de amparo constitucional, traz o argumento de que ele permite a um particular sindicar a violação dos seus direitos e liberdades fundamentais ao TC, como instância derradeira de proteção de direitos fundamentais diante das decisões desfavoráveis da justiça ordinária (de todos os tribunais). Ela pergunta que resposta o ordenamento jurídico de Portugal oferta em face de vulnerações de direitos fundamentais perpetradas por decisões judiciais. E, ainda chama a atenção para a alteração da legislação processual penal (2007), a qual limitou, sobremodo, o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) em matéria penal, o qual, por essa razão, não poderia ser acessado no tocante à decisão do Tribunal da Relação do Porto. Há a possibilidade do recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (artigo 34.º da CEDH), em face de ofensa aos direitos consagrados naquela Convenção. Contudo, não há garantia de efetividade dos referidos direitos fundamentais em razão da limitada força executiva da jurisprudência do Tribunal Europeu.<sup>337</sup>

A professora defende que a inserção de um recurso de amparo constitucional traria as seguintes vantagens: a) democratização da justiça constitucional, a suscitar nos cidadãos, uma “militância em defesa dos seus direitos”; b) não haveria mais, na defesa de direitos fundamentais, ma dependência da “generosidade do TC”, do “mérito técnico-jurídico do advogado” ; c) maior confiança na justiça ordinária em razão da possibilidade de recursos contra decisões judiciais lesivas de direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga; (iv) atribuição ao TC de função de uniformização hermenêutica da interpretação sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais.<sup>338</sup>

Cita-se decisão do Tribunal Constitucional no sentido da imprescindibilidade de um recurso de amparo ou de queixa constitucional para enfrentamento da questão da constitucionalidade, muito particularmente no âmbito dos direitos fundamentais:

“Acórdão de 2001: Na verdade, não foi acolhida pelo legislador português uma via de recurso equiparável ao da ação constitucional de defesa de direitos fundamentais, ou recurso de amparo. A competência do Tribunal

---

<sup>337</sup> BOTELHO, Catarina Santos – Acesso dos particulares ao Tribunal Constitucional? Uma esperada revisão constitucional. **Observador**. Lisboa, 5 nov. 2017. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://observador.pt/opiniaao/acesso-dos-particulares-ao-tribunal-constitucional-uma-esperada-revisao-constitucional/>.

<sup>338</sup> *Ibidem*.

Constitucional, como sublinha Rui Medeiros, abrange a fiscalização da constitucionalidade de uma regra abstratamente enunciada para uma aplicação genérica e não simplesmente o controlo da concreta decisão de um caso jurídico”.<sup>339</sup>

## 6.6 Fiscalização da constitucionalidade

Rui Barbosa, ao invocar Albert V. Dicey, refere-se a três significados diferentes de inconstitucionalidade na tradução que faz da obra do autor inglês. No tocante a um ato do Parlamento inglês, significa que, na opinião do indivíduo que o aprecia, tal ato é oposto ao espírito da Constituição inglesa. Contudo, não quer dizer que esse ato seja nulo porque seria considerado infração da legalidade. Já o segundo significado é extraído quando se considera uma lei das câmaras francesas, que seria reputada contrária ao disposto na Constituição, quando, por exemplo, se ampliasse o período presidencial; o que não levaria à conclusão de que seria “vã” de conteúdo, uma vez que nada há de certeza no sentido de que os tribunais franceses estão obrigados a não obedecer as leis inconstitucionais. A expressão de inconstitucionalidade, para os franceses, seria tomada como simples termo de censura. Ainda de acordo com o autor, o terceiro significado adviria de a expressão inconstitucional ser direccionada a um acto do Congresso. O termo inconstitucional, na hipótese, rotula o acto de nulo, por representar uma extrapolação dos poderes do Congresso, o que não significaria, necessariamente, reprovação. E ele conclui que “o americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um acto do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucional, isto é, ultra vires, isto é, nulo”.<sup>340</sup>

Desta forma, para que seja respeitada e observada, na própria Lei Maior do país, deve haver previsão e combate à inconstitucionalidade, ou seja, ao que não lhe está conforme. Daí, a existência nos ordenamentos jurídicos de órgão que se torne o guardião da Constituição. Trata-se do Tribunal Constitucional, que produz a Jurisdição Constitucional.

O sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal é misto, ou seja, realizado pelos tribunais comuns (controlo incidental ou difuso) e pelo Tribunal Constitucional (controlo concentrado). Trata-se aqui da aplicação de normas a casos concretos, garantindo-se a constitucionalidade no dia a dia da comunidade jurídica.

O sistema de fiscalização abstrata, referente aos atos normativos, compete exclusivamente ao Tribunal Constitucional, que tem o poder de decretar a

<sup>339</sup> Cf. MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 339.

<sup>340</sup> DICEY, Albert Venn – **Lectures introductory to the study of the law of the Constitution**. London, 1885, p. 165-166 *apud* BARBOSA, Rui – **Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 41-42.

inconstitucionalidade ou a ilegalidade de quaisquer normas (art. 281.º da CRP). Pode-se classificar a fiscalização abstrata em três tipos: sucessiva (art. 28), preventiva (art. 278) e por omissão (art. 283). Neste sistema está inserida a fiscalização da legalidade das leis. Aqui, busca-se a observância e procedimento compatível com a Constituição dos órgãos do Estado, do poder público, com foco nas normas em si, pelo que significam no ordenamento jurídico, de forma abstrata, sem que se esteja analisando qualquer situação ou circunstância específica.

Portanto, nesse modelo misto de constitucionalidade, não é somente o TC que detém competência para a fiscalização concreta de constitucionalidade; esta competência é, também, dos demais tribunais.

Contudo, para Jorge Reis Novais, esse “sistema deixa à margem da justiça constitucional – leia-se, à margem do Tribunal Constitucional – grande parte das mais significativas e correntes violações dos direitos fundamentais, (...) na medida em que o sistema está exclusivamente dirigido à fiscalização de normas”<sup>341</sup>. Então, conclui o jurista, “ficam desde logo teoricamente subtraídas à intervenção garantística do Tribunal Constitucional todas as inconstitucionalidades actuadas, não por normas, mas através de decisões e actos individuais e concretos, sejam ele praticados pelos titulares do poder político, pela Administração ou pelo poder judicial”.<sup>342</sup>

---

<sup>341</sup> NOVAIS, Jorge Reis – Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade). **Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL**. Ano 6, n.º 10 (2005), p. 91-117, p. 92. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:[http://opac.cej.mj.pt/Opac/Pages/Document/DocumentCitation.aspx?UID=e6b1396e-7d73-4119-9dfd-cea6e79c6771&DataBase=10351\\_BIBLIO](http://opac.cej.mj.pt/Opac/Pages/Document/DocumentCitation.aspx?UID=e6b1396e-7d73-4119-9dfd-cea6e79c6771&DataBase=10351_BIBLIO).

<sup>342</sup> *Ibidem*, *loco citato*.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo geral demonstrar a ausência de entrega de jurisdição constitucional, no tocante aos direitos sociais do trabalhador, em Tribunais Superiores, muito particularmente, no Tribunal Superior do Trabalho brasileiro (TST), em face da impossibilidade de superação do juízo de admissibilidade (jurisprudência defensiva) ou da própria inacessibilidade a essa jurisdição (Portugal), além, igualmente, de questões de excesso de formalismo na admissibilidade de recursos. Com efeito, ficou evidenciado o baixíssimo índice de admissibilidade de recursos por parte do TST e a condenação do Estado português, pelo TEDH, por excesso de formalismo do TC. Também, quanto a Portugal, constatou-se, consoante doutrina e manifestação de integrante do TC, que a inexistência de um recurso de amparo deixa fora do controlo da jurisdição constitucional grande parte das mais comuns e relevantes vulnerações a direitos fundamentais.

Assim, restou demonstrado na pesquisa que os Tribunais com competência constitucional detêm o múnus de entregar a jurisdição constitucional, dela não se podendo furtar. Com efeito, a partir dessa simples leitura do regramento interno a respeito dos direitos fundamentais destacou-se, com longo suporte teórico, a previsão do direito fundamental de acesso à justiça em ambas as constituições, brasileira e portuguesa.

Ficou claramente demonstrada que a jurisprudência defensiva, no Brasil, bem assim o advento de legislações obstativas e restritivas de acesso à entrega de jurisdição constituem óbice para que se adentre o mérito dos recursos e, assim, seja apreciada a ofensa a direitos fundamentais, revelando-se o processo como um fim em si mesmo e não como um meio, como deveria ser, simples instrumento de promoção da prestação jurisdicional a que tem direito o jurisdicionado.

A pesquisa partiu da hipótese da desconsideração dos direitos fundamentais em tribunais superiores, com claro esvaziamento da sua fundamentalidade, uma vez que, tanto no Brasil, como em Portugal, está evidente a ausência de entrega de jurisdição constitucional, deixando à margem da tutela jurisdicional esses direitos. O que se quis demonstrar é que não é possível discutir a fundamentalidade de um direito social nos tribunais superiores pela quase impossibilidade de se ultrapassar a barreira da admissibilidade do recurso, erigida por uma legislação que, pra lá de ter um propósito de simples filtro recursal, cria mecanismos e institutos que se transformam em verdadeiras ferramentas de eliminar recurso. No caso brasileiro, particularmente, com relação aos direitos sociais do trabalho, que foi o principal foco da pesquisa, ficou demonstrada que cumprem esse papel institutos como a

“Transcendência”, inserção na legislação trabalhista de requisitos de admissibilidade, meramente formais, de quase impossível cumprimento, ao mesmo tempo que inócuos, pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), bem assim o elevado número de Súmulas e OJs no TST, muitas dessas construções jurisprudenciais com natureza processual e, portanto, com força para obstaculizar o recurso.

Desta forma, durante a pesquisa, a resposta ao problema que a originou adveio clara no sentido de que o sistema recursal estruturado em ambos os ordenamentos jurídicos, com institutos de caráter impeditivo da observância do princípio da inafastabilidade de jurisdição, ou sem institutos que assim a permitam, e aqui se refere à ausência de um recurso de amparo, acaba por retirar ou não permitir a efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador. Esses sistemas não estão voltados para o jurisdicionado, pois não privilegiam a salvaguarda dos direitos fundamentais e acabam por privilegiar por isso, o mau empregador, o devedor, o transgressor da norma constitucional.

A partir do referencial teórico do direito português e do direito brasileiro, por sinal, percebeu-se grande similitude entre ambos, avançou-se nos tópicos que pavimentaram esta conclusão.

Para iniciar, discorreu-se, no capítulo 2, acerca da teoria dos direitos fundamentais, a partir de sua definição, passando-se pela classificação em gerações de direitos e destacando-se seus aspectos subjetivos e objetivos. Houve menção à consideração muito utilizada por Jorge Reis Novais, dos direitos fundamentais como “trunfos”, a partir dos estudos pioneiros de Ronald Dworkin. E aqui, como não poderia deixar de ser, houve a análise da percepção do direito do trabalho como direito fundamental, o que levou à conclusão de que, de fato, essa fundamentalidade não pode ser contestada porque extraída a partir dos direitos humanos, cujo embasamento teórico assim o consideram.

A tutela dos direitos fundamentais foi enfrentada no capítulo 3 quando ficou reconhecida a previsão constitucional expressa a respeito nos textos constitucionais do Brasil e de Portugal. Concluiu-se, ainda, que a proteção processual dos direitos fundamentais vem referendada na CRP ao art. 20.º (“acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”), e na CBr no inciso XXXV do seu art. 5.º (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Contudo, apesar dessas previsões, o acesso a uma efetiva entrega de jurisdição (e não simplesmente residir em juízo infrutiferamente) não corresponde ao referencial teórico em razão de legislação e práticas judicantes que impedem esse acesso; seja por formalismo excessivo, seja porque, em razão da crise numérica, se dê mais importância ao cumprimento de metas do que à efetividade buscada insistentemente.



A Tutela Internacional dos direitos fundamentais foi também analisada no capítulo 4, quando se procurou salientar a relevância das normas internacionais de proteção dos direitos fundamentais no sistema global, nos sistemas regionais europeu e americano e na União Europeia. Destacou-se a relevância do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) para Portugal em razão da inacessibilidade do particular ao TC português. Aqui se incluiu, por pertinente, o princípio da subsidiariedade no paralelo com o direito constitucional interno.

Tratou-se da “Tutela Jurisdicional do Direito Fundamental ao Trabalho no Brasil” no capítulo 5, com toda a problemática da incompatibilidade entre a constitucionalização da quase totalidade desses direitos e a possibilidade de que, pelo menos, sejam apreciados por um Tribunal com competência constitucional, uma vez que os recursos esbarram em filigranas, tais como a infraconstitucionalidade da matéria e outros óbices que se considerou classificar como à margem da lei, um conjunto de práticas judiciais impeditivas do regular trânsito do recurso, o que se cunhou chamar no Brasil de “jurisprudência defensiva”. Por isso, que se trouxe o prestigiado estudo de Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Nicolò sobre as ondas renovatórias de acesso à justiça para, na equivalência com este e outros referenciais teóricos que lastrearam a pesquisa, concluir que o Brasil *surfa* na contra onda do acesso à justiça, uma onda de retrocesso constitucional e processual, que só empurra o processo para trás.

A “Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais em Portugal” foi abordada no capítulo 6 a partir de como vem prevista na CRP. Enfocou-se o Tribunal Constitucional português, a dificuldade de acesso a este Tribunal. Foram citados casos de condenação do Estado português pelo TEDH em razão do excesso de formalismo na admissibilidade de recursos. O debate acerca da necessidade de um recurso de amparo em Portugal é recorrente, por isso, o sistema de fiscalização de constitucionalidade foi visitado, de uma maneira rápida, para atestar a consideração de que o advento desse mecanismo no sistema constitucional português poderá permitir a apreciação pelo TC das intervenções restritivas dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Como metodologia de pesquisa para desenvolvimento da dissertação utilizou-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivo e dialético.

No que se refere ao procedimento, os métodos adotados foram: histórico, comparativo e estudo de caso. Valeu-se da experiência adquirida na atuação no Tribunal Superior do Trabalho, pelos dois lados de percepção: em assessoria de Ministros (com elaboração de minuta de votos) e, na advocacia, na lida árdua para que um recurso seja admitido no TST e no STF.

Essa pesquisa não se exaure e acredita-se que se pudesse colher dados juntamente aos magistrados, com entrevistas a respeito do problema de origem. A escuta da sua percepção enriqueceria sobremaneira o trabalho. Mais do que a escuta, para invocar Calamandrei novamente, “fazer-se ouvir pelos magistrados”, porque, o que se percebe, a partir da militância nos dois lados de atuação (pela visão do julgador e pela visão da defesa do jurisdicionado), é que, com essa avalanche de processos, há um olhar pautado pelo cumprimento de metas determinadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).<sup>343</sup> Com isso, não há tempo para uma análise a partir da fundamentalidade – de maneira efetiva – dos direitos sociais do trabalhador.<sup>344</sup>

Não se olvida a sobrecarga do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro<sup>345</sup> e o esforço hercúleo dos seus magistrados para dar vazão à enxurrada de processos que assola aquele Tribunal. Mas é preciso, urgentemente, um olhar coerente com o estatuto de constitucionalidade e fundamentalidade de que se revestiram os direitos sociais do trabalhador, sob pena de total esvaziamento dos princípios constitucionais pertinentes elencados, prodigamente, na Carta Magna brasileira, tornando-se assim o processo um fim em si mesmo e não mero instrumento de prestação jurisdicional.

---

<sup>343</sup> “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual”.

<sup>344</sup> CALAMANDREI, Piero – **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2013.

<sup>345</sup> O acervo do TST é de quase 300 mil processos, com uma composição de 27 Ministros, sendo que os três da Administração do Tribunal (Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral) não concorrem à distribuição.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo – Sim ou não ao recurso de amparo? **Julgar**. ISSN 1646-6853. N.º 11 (2010), p. 41-49.

\_\_\_\_\_ – **Direitos Fundamentais – Introdução Geral**. 2.<sup>a</sup> ed. Cascais: Princípiã, 2011. ISBN 978-989-7160-32-5

\_\_\_\_\_ – **Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Direitos Fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed. Cascais: Princípiã, 2011. ISBN 978-989-7160-32-5

ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed., 4.<sup>a</sup> tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 978-85-7420-872-5

AMADO, João Leal – Negociado X Legislado: a experiência e a reforma trabalhista brasileira, algumas notas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. ISSN 0103-7978. Vol. 83, n.º 3 (set. 2017), p. 138-159.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ARISTÓTELES – **Política**. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. ISBN 852-30-0011-9

ARRUDA, Kátia Magalhães; MILHOMEM, Rubem – **A Jurisdição Extraordinária do TST na Admissibilidade do Recurso de Revista**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-853-612-960-0

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU – **Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas**. [Em linha]. Genebra, 18 dez. 1992. [Consult. 20 ago. 2019]. Disponível em WWW:<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Minorities.aspx>.

\_\_\_\_\_ – **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Genebra, 16 dez. 1966.

BARBOSA, Rui – **Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

\_\_\_\_\_ – **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-850-222-804-7

\_\_\_\_\_ – Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 324**. Julgamento: 30 ago. 2018. Publicação: DJe, 06 set. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7.<sup>a</sup> tiragem. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 978-85-352-1561-8.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000. ISBN 853-920-271-9

BOTELHO, Catarina Santos – **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4106-3

\_\_\_\_\_. – Acesso dos particulares ao Tribunal Constitucional? Uma esperada revisão constitucional. [Em linha]. **Observador**. Lisboa, 5 nov. 2017. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://observador.pt/opiniaao/acesso-dos-particulares-ao-tribunal-constitucional-uma-esperada-revisao-constitucional/>

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira – **Curso de direito constitucional**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva; IDP, 2008. ISBN 978-85-02-07819-2

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal – **Anteprojeto do novo Código de processo civil**. Brasília: Senado Federal, 2010. ISBN 978-857-01-8317-0

BRASIL. Presidência da República – **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. ISBN 978-85-7018-698-0

\_\_\_\_\_. Presidência da República – **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: DOU, 16 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República – **Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: DOU, 14 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República – **Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Rio de Janeiro: CLBR, 13 maio 1888.

\_\_\_\_\_. Presidência da República – **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: DOU, 22 jun. 1993, retificado e republicado em 6 jul. 1994.

\_\_\_\_\_. Presidência da República – **Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília: DOU, 5 jul. 1994.

\_\_\_\_\_. Presidência da República – **Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília: DOU, 7 jul. 1992.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – **Sobre a Repercussão Geral**. [Em linha]. Brasília: STJ, 2018. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGer](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao)al&pagina=apresentacao.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – **Inquérito n.º 3.412/AL**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 29 mar. 2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 12 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 647.378/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 31 mar. 2014. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Publicação: DJe, 4 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – **Recurso Extraordinário n.º 760.931/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Relator do acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 26 abr. 2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJE, 12 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho – **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 11620520125050015**. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Julgamento: 07 nov. 2018. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DEJT, 09 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho – **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 1922-90.2016.5.23.0021** (Lei 13.467/2017 - Conector PJe-JT - eSIJ - Tramitação Eletrônica). [Em linha]. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Órgão Julgador: Terceira Turma.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho – **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1000845-52.2016.5.02.0461**. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Julgamento: 6 nov. 2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – **Movimentação Processual do TST – Janeiro a Novembro de 2020**. Brasília: TST, nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho – **Processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281**. Relator: Ministro Claudio Mascarenhas Brandao. Julgamento: 12 dez. 2019. Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Publicação: DEJT, 22 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho – **Recurso de Revista n.º 1000101-63.2018.5.02.0016**. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Julgamento: 30 set. 2020. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DEJT, 09 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho – **Recurso de Revista n.º 109585-36.2003.5.10.0015 (ED-ED-E)**. Relator: Delaíde Miranda Arantes. Julgamento: 6 maio 2020. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DEJT, 8 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho – **Subseção de Dissídios Individuais 1**. [Em linha]. Sessão de Julgamento. 10 set. 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW: [https://www.youtube.com/watch?v=IN2\\_cM\\_a0EM&t=11621s](https://www.youtube.com/watch?v=IN2_cM_a0EM&t=11621s).

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho – **Súmula n.º 331**. Contrato de Prestação de Serviços. legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação). Brasília: DEJT, 27, 30 e 31 maio 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa – **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016**. [Em linha]. Brasília-DF, 2017. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>.

BRITTO, Cezar; COELHO, Marcus Vinicius Furtado – **A Inviolabilidade do Direito de Defesa**. 3.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2012. ISBN 978-85-384-0210-7

BRUNNER, Georg – **Die Problematik der sozialen Grundrechte**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971 (Recht und Staat Nr. 404-405). ISBN 978-316-63-3101-0

BUENO, Cassio Scarpinella – **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-850-20-6872-8

CALAMANDREI, Piero – **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução Ivo de Pula. São Paulo: Pillares, 2013. ISBN 978-85-8183-016-2

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-2106-5

\_\_\_\_\_ – **Direito de Acesso à Justiça Constitucional. Estados das Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países da Língua Portuguesa**. Luanda, jun. 2011.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1 e 2. Coimbra: Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-2286-9

CAPPELLETTI, Mauro – Nécessité et Légitimité de la justice constitutionnelle. **Revue internationale de droit comparé**. ISSN 0035-3337. Vol. 33, n. 2 (avr./juin 1981), p. 625-657.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant – **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988. ISBN 858-82-7829-4

CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Repercussão Geral: Balanços e Perspectivas**. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. ISBN 978-858-49-3031-9

CARVALHO, Augusto César Leite de – **Princípios de Direito do Trabalho, sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. São Pulo: LTr, 2018. ISBN 978-853-61-9647-3

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – **Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú**. [Em linha]. San José, 23 nov. 2017. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_344\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf).

COSTA, Silvia Perola Teixeira – TST reafirma que é da administração pública o dever de fiscalizar a despeito de Reclamações Constitucionais. [Em linha]. **Estadão**. São Paulo, 15 set. 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tst-reafirma-que-e-da-administracao-publica-o-dever-de-fiscalizar-a-despeito-de-reclamacoes-constitucionais%20%b9/>.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Troisième Section. **Affaire dos Santos Calado et autres c. Portugal**. [Em linha]. Strasbourg, 31 mars 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-202123%22%7D>.

DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo (coord.) – **Direito Constitucional do Trabalho, Princípios de Jurisdição Constitucional do TST**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8524-8

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. ISBN 9788536121420

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978-655-06-5243-2

DINAMARCO, Cândido Rangel – Os conflitos e a ordem jurídica justa. In DINAMARCO, Cândido Rangel – **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. ISBN 978-85-392-0324-6. p. 194-217.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi Ramia – Os princípios no projeto do novo Código de Processo Civil: visão panorâmica. **Revista do GEDICON**. ISSN 2318-8502. Vol. 1 (dez. 2013), p. 113-145.

DUARTE, Ronnie Preuss – **Garantia de Acesso à Justiça, os direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007. ISBN 978-972-321-510-6

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. [Em linha]. Strasbourg: ECHR, 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/por&c>

FAVOREU, Louis – Actualité et légitimité du contrôle des lois en Europe occidentale. **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**. ISSN 0035-2578. Tome 100, année 90 (1984), p. 1147-1201.

\_\_\_\_\_. – Modèle américain et modelé européen de justice constitutionnelle. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**. Vol. 4. Béziers: Economica, 1988. ISBN 978-2-7178-7081-7. p. 51-66.

FERRAJOLI, Luigi – **Diritti Fondamentali**. Roma: Laterza, 2001. ISBN 978-88-420-6353-7

FRAZÃO, Dilva – Rui Barbosa – político brasileiro. **E-biografia**. [Em linha]. Matosinhos: 7Graus, 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:[https://www.ebiografia.com/rui\\_barbosa/](https://www.ebiografia.com/rui_barbosa/).

GOMES, Fábio Rodrigues – **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-853-612-461-2

GOMES; Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (org.). **Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. ISBN 85-203-1952-1

HESSE, Konrad – **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998. ISBN 978-858-82-7805-9

KANT, Immanuel – Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. In **Os pensadores** (Kant II). São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 101-162. ISBN 972-44-0306-8

LEAL, Roger Stiefelmann – Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. **PPGD**. [Em linha]. Porto Alegre: UFRGS, 2020. [Consult. 20 ago. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra – Terceirização na Perspectiva do Direito do Trabalho Brasileiro. **Revista da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Terceirização de Serviços e Suas Repercussões no Direito do Trabalho Contemporâneo**. ISSN 1984-0853. N. 20 (2015), p. 15-22.

LEMOES, Armstrong – Sobral Pinto: “A advocacia não é profissão de covardes”. [Em linha]. **Canal Ciências Criminais**. ISSN 2446-8150. Porto Alegre, 13 dez. 2017. [Consult. 20 ago. 2020]. Disponível em WWW:<https://canalcienciascriminais.com.br/sobral-pinto-advocacia-covardes/>.

MACHADO, Jónatas Mendes – **Liberdade e Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra, 2002. ISBN 978-972-32-1111-5

MALAN, Diogo – Advocacia criminal e dever de indignação. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. (15 abr. 2020). [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/diogo-malan-advocacia-criminal-dever-indignacao>.

MARINONI, Luiz Guilherme – A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima – **Terceira etapa da reforma do código de processo civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado**. Salvador: Juspodivm, 2008. ISBN 978-85-7761-024-2

\_\_\_\_\_ – O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862. Ano 9, n. 378 (20 jul. 2004), p. 1-6.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira – **Curso de direito internacional público**. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN 852-03-2664-1

MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. ISBN 972-005-400-005-4.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-854-72-1481-4

MIRANDA, Jorge; MENEZES, Fernando Antônio Dias; SILVEIRA, João José Custódio da – **Justiça Constitucional**. São Paulo: Almedina Brasil, 2018. ISBN 978-85-8493-404-1

MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra, 2005. ISBN 972-32-1370-2.

NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7734-5



NOVAIS, Jorge Reis – **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizados pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. ISBN 972-32-1177-7

\_\_\_\_\_ – **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN 978-972-321445-1

\_\_\_\_\_ – **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-32-1805-3

\_\_\_\_\_ – Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade). [Em linha]. **Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL**. e-ISSN: 2525-5096. Ano 6, n.º 10 (2005), p. 91-117. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:[http://opac.cej.mj.pt/Opac/Pages/Document/DocumentCitation.aspx?UID=e6b1396e-7d73-4119-9dfd-cea6e79c6771&DataBase=10351\\_BIBLIO](http://opac.cej.mj.pt/Opac/Pages/Document/DocumentCitation.aspx?UID=e6b1396e-7d73-4119-9dfd-cea6e79c6771&DataBase=10351_BIBLIO).

\_\_\_\_\_ – **Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade – Avaliação Crítica**. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: AAFDL, 2019. ISBN 978-972-62-9293-7

ONU – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948.

PEDUZZI, Pedro – Novo valor do salário mínimo começa a vigorar amanhã. **Agência Brasil**. [Em linha]. Brasília, 31 jan. 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-01/novo-valor-do-salario-minimo-comeca-vigorar-amanha>.

PAIS, Sofia Oliveira – **Estudos de Direito da União Europeia**. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-9724069432

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de – **Manual de Direito Internacional Público**. 3.<sup>a</sup> ed., rev. e aum. Lisboa: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-0868-4

PEREIRA, António Garcia – O Tribunal Constitucional, um cadáver adiado. Secção D “Os Direitos, Liberdades e Garantias dos Cidadãos na Reforma da Justiça”. [Em linha]. In CONGRESSO DOS ADVOGADOS PORTUGUESES (CP. nº 3692L), 7., 11-13 nov. 2011, Figueira da Foz. **Anais (...)**. Lisboa, 2011. p. 1-4. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://portal.oa.pt/media/116584/antonio-garcia-pereira-o-tribunal-constitucional-um-cadaver-adiado.pdf>.

PIOVESAN, Flávia – Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. In GIOVANNETTI, Andrea (org.). **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. ISBN 978-857-63-1154-6

PIOVESAN, Flávia – Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In MOURA, Lenice S. Moreira de – **O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, p. 2009. ISBN 978-850-20-9974-6. p. 121-146.

PORTUGAL. Assembleia Constituinte – **Constituição da República Portuguesa**. [Em linha]. V Revisão Constitucional. Lisboa, 1976. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

\_\_\_\_\_. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa – **Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro**. Código do Trabalho. Lisboa, 12 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal da Relação do Porto – **Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1**. [Em linha]. Recurso Penal: Relator Neto de Moura. Porto, 11 out. 2017.

REIS, João – Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima. In REIS, João; AMADO, Leal; FERNANDES, Liberal; REDINHA, Regina – **Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais**. Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2259-3. p. 855-884.

REZEK, Francisco – **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-854-72-2834-7

ROSÁRIO, Pedro Trovão do – O recurso constitucional de amparo. [Em linha]. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**. ISSN 2182-6900. N.º 1 (2012), p. 43-63 [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/7b9221b827b43f3a80257aee0055e9bc?OpenDocument>.

ROUXINOL, Milena Silva – O princípio do Tratamento mais favorável nas relações entre a lei e a convenção coletiva de trabalho. **Questões Laborais**. ISSN 0872-8267. N. 28 (2006), p. 172-187.

SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. ISBN 9788573489576

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da – Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. ISSN 1983-2303. Vol. 7, n. 2 (2006), p. 122-143.

SILVA, Christine Oliveira Peter da – **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Brasília: Universidade de Brasília, Brasília, 2001. ISBN 857-469-265-4

SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1996. ISBN 978-853-92-0399-4

SILVA, Virgílio Afonso da – **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 978-853-92-0031-3

SOTTOMAYOR, Maria Clara – Um Tribunal Constitucional dos Direitos Fundamentais: para quando? [Em linha]. **Público**. 10 jan. 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.publico.pt/2020/01/10/politica/opiniaio/tribunal-constitucional-direitos-fundamentais-1899785>

STRECK, Lenio Luiz – O lidador do direito conhece das coisas o que ele mesmo põe nelas! [Em linha]. **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. (28 maio 2020). [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/senso-incomum-lidador-direito-conhece-coisas-ele-mesmo-poe-nelas>.

\_\_\_\_\_ – **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. ISBN 978-85-69538-97-4

SUSSEKIND, Arnaldo – **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. ISBN 978-857-14-7777-3

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado – **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. ISBN 979-858-82-7886-7

TV SENADO – **A Constituição da Cidadania**. [Em linha]. Brasília, 6 nov. 2019. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.youtube.com/watch?v=yDRPI0a3uZQ&t=172s>.

URBANO, Maria Benedita – **Curso de justiça constitucional**. 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-406-194-8

URBANO, Maria Benedita – Interpretação conforme com a constituição e ativismo judicial: associação lógica ou ativismo interpretativo? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. ISSN 1645-1430 Vol. 7, Especial (2010), p. 411-418.

YAROSHEFSKY, Ellen – Duty of outrage: The defense lawyer's obligation to speak truth to power to the prosecutor and the court when the criminal system is unjust. **Hofstra Law Review**. ISSN 0091-4029. Vol. 4, n.º 44 (2016), p. 1.207-1.226.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

A BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: SBB, 1990. ISBN 789-851-80-7832

ALMEIDA, Renata Rua de; CALVO, Adriana – **Estudos comparados das legislações trabalhistas do Brasil e de Portugal**. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-853-611-781-2

AULETE DIGITAL – **Dicionário da Língua Portuguesa**. [Em linha]. Rio de Janeiro: Lexikon, 2020. [Consult. 20 ago. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.aulete.com.br/index.php>.

BARBOSA, Rui – **Elogios acadêmicos e orações de paraninfo**. Rio de Janeiro: Revista de Língua Portuguesa, 1924.

BARROSO, Luís Roberto – Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. (2009). [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

\_\_\_\_\_. – **Temas de direito constitucional**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 978-857-147-703-2

BARROS, Suzana de Toledo – **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.<sup>a</sup> ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. ISBN 857-469-914-96

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang – **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. ISBN 978-378-902-996-7

BRAGE CAMAZANO, Joaquín – **Los límites a los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004. ISBN 978-849-772-514-9

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 91.386-5/BA**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 19 fev. 2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 16 maio 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho – **Agravos de Instrumento em Recurso de Revista n.º 10067-11.2013.5.06.0023**. Relator: Breno Medeiros. Julgamento: 19 fev. 2020. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DEJT, 28 fev. 2020

CAIRO JR., José – **Curso de direito processual do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2012. ISBN 978-854-420-764-2

CARNEIRO, Thais Safe – Direitos fundamentais e sociais trabalhistas, dignidade da pessoa humana, reserva do possível e proibição ao retrocesso social. In DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito (coord.) – **Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8. p. 198-211.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de – **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais e fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2013. ISBN 9788536241760

CNJ – **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. [Em linha]. Brasília: CNJ, 2020. [Consult. 7 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>.

COMELLA, Victor Ferreres – **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. ISBN 978-842-591-375-4

COX, Archibald – **The Court and the Constitution**. Boston: Houghton Mifflin Company, 1987. ISBN 978-039-548-071-7

CUNHA, Paulo Ferreira da – **Direito Constitucional Aplicado**. Lisboa: *Quid Juris*, 2007. ISBN 978-972-72-4327-3

CUNHA, Rodrigo Giostri da – **O processo do trabalho como instrumento de efetivação dos direitos sociais trabalhistas**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

DEJOURS, Christophe – **A Banalização da Injustiça Social**. 7.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: FGV, 2011. ISBN 978-852-25-0266-0

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos – Os direitos sócio trabalhistas como dimensão dos direitos humanos. In DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito (coord.) – **Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8. p. 65-77.

DELGADO, Mauricio Godinho – Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito (coord.) – **Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8. p. 151-167.

\_\_\_\_\_. – **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. ISBN 978-853-612-755-2

\_\_\_\_\_; DELGADO, Gabriela Neves – **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. ISBN 978-853-618-720-4

\_\_\_\_\_; DELGADO, Gabriela Neves – **Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4973-1

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel – **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. ISBN 978-84-259-1324-2

DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-853-618-486-9

DUTRA, Renata Queiroz – **Direitos fundamentais à proteção da subjetividade no trabalho e emancipação coletiva**. In DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito (coord.) – **Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8. p. 212-230.

DWORKIN, Ronald – **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 978-857-827-078-0

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune – **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. ISBN 978-113-917-362-9

ELY, John Hart – **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ISBN 978-857-827-156-5

\_\_\_\_\_ – **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Harvard: Harvard University Press, 1995. ISBN 978-067-419-637-7

ESKRIDGE JR, William N.; LEVINSON, Sanford – **Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies**. New York: New York University Press, 1998. ISBN 081-475-132-6

FARIAS, Edilsom Pereira de – **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Fabris, 1996. ISBN 978-858-827-809-7

FARIAS, James Magno Araújo – **Direito constitucional do trabalho: sociedade e pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-853-618-668-9

FAVOREU, Louis – **As cortes constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. ISBN 978-857-629-019-3

\_\_\_\_\_ – **Los Tribunales Constitucionales**. Barcelona: Ariel, 1994. ISBN 978-843-441-114-2

FELICIANO, Guilherme Guimarães – **Por um processo realmente efetivo**. São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-853-618-773-0

FERNÁNDEZ RODRIGUES – **La inconstitucionalidad por omisión: Teoría General, Derecho comparado. El caso Español**. Madrid: Civitas, 1995. ISBN 978-844-701-058-5

FERREIRA, António Manuel Carvalho de Cassimiro – **Trabalho procura justiça**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 13: 978-972-402-469-1

GAONA, Roberto Rodríguez – **El control constitucional de la reforma a la Constitución**. Madrid: Editorial Dykinson, 2006. ISBN 978-849-772-869-0

GARRATY, John – **Quarrels That Have Shared the Constitution**. New York: Harper Perennial, 2009. ISBN 978-006-132-084-2

GÓMEZ PUENTE, Marcos – **La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control**. Madrid: MacGraw-Hill, 1997. ISBN 84-481-1101-X.

GRIMM, Dieter – **Constituição e política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ISBN 85-7308-867-2

GUTMANN, Amy – **Freedom of association**. New Jersey: Princeton University Press, 1998. ISBN 978-069-105-759-0

HÄBERLE, Peter – **El estado constitucional**. Tradução Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. ISBN 968-36-9069-6

HABERMAS, Jürgen – **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. ISBN 85-282-0091-4

\_\_\_\_\_ – **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Trotta, 2000. ISBN 978-848-164-151-6

HESSE, Konrad – **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. ISBN 846-152-508-6

IPSEN, Jörn – **Staatsrecht II**. München: Franz Vahlen, 2011. ISBN 978-3-8006-5239-6

KELSEN, Hans – **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 978-857-827-646-1.

KRIELE, Martin – **Introducción a la teoría del Estado**. Buenos Aires: Depalma, 1980. ISBN 978-999-904-767-8

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante – **A reconstrução da jurisdição constitucional: a garantia constitucional dos direitos sociais do trabalho**. São Paulo: LTr. 2014. ISBN 978-853-612-807-8

MALTZ, Earl M – **Dread Scott and the politics slavery**. Lawrence: University Press of Kansas, 2007. ISBN-13: 978-0700615032

MARINONI, Luiz Guilherme – **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. ISBN 978-852-03-5143-7

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel – **Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris aos jus constitutionis**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN C9786550651299

MARTÍN DE LA VEGA, Augusto – **La sentencia constitucional en Italia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. ISBN 978-842-591-242-9

MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter – **Grundgesetz Kommentar**. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 1990. ISBN 978-3-406-45862-0

MELLO, Celso de. Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45**. Brasília: DJU, 4 maio 2004.

MELLO, Cláudio Ari – **Kant e a dignidade da legislação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 9788573486568

MELO, Gustavo de Medeiros – A tutela adequada na reforma constitucional de 2004. **Revista de Processo**. ISSN 0100-1981. Vol. 30, n.º 124 (jun. 2005), p. 76-110.

MENDES, Gilmar Ferreira – **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei nº 9.882, de 3-12-1999**. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-850-213-215-3

\_\_\_\_\_ – **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-850-204-676-4

MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra, 1993. ISBN 978-972-321-534-2

NADALES, Antonio J. Porras – **El debate sobre la crisis de la representación política**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. ISBN 84-309-2890-1

NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-406-157-3

\_\_\_\_\_ – **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2230-2

O GLOBO – **Homem negro é espancado até a morte por seguranças em supermercado de Porto Alegre**. [Em linha]. Rio de Janeiro: O Globo, 20 nov. 2020. [Consult. 9 abr. 2018]. Disponível em WWW:<https://oglobo.globo.com/sociedade/homem-negro-espancado-ate-morte-por-seguranças-em-supermercado-de-porto-alegre-1-24757368>

OLIVEIRA, Paulo Henrique; PORTO, Noemia – A perspectiva deontológica de direitos sociais: dois exemplos de persistência de uma mentalidade anterior à Constituição de 1988. In DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito (coord.) – **Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard – **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-850-213-036-4

PIMENTA, José Roberto Freire – Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In PIMENTA, José Roberto Freire et al (coord.) – **Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004. ISBN 978-853-61-0513-0. p. 340-343.

PIRES, Francisco Lucas – **Introdução ao direito constitucional europeu**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. ISBN 978-972-401-049-6

PORTUGAL – **Código de Processo do Trabalho. Decreto-Lei n.º 480/99** [Em linha]. Lisboa: Diário da República n.º 261/1999, Série I-A de 1999-11-09 [Consult. 23 jul. 2019]. <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34575575/view>

PRIETO SANCHÍS, Luis – **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. ISBN 978-848-164-638-2



QUEIROZ, Cristina – **Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000. ISBN 972-32-0948-9

RIVAS, Juan José González – **Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. ISBN 978-84-259-1153-8

ROSTOW, Eugene – El carácter democrático del control judicial de la constitucionalidad. Tradução Joaquín Brage Camazano e Michael Sachs. **Verfassungsrechts II Grundrechte**. Berlin: Springer, 2003. ISBN 978-354-00-0003-7.

ROUSSEAU, Dominique – **La justicia constitucional en Europa: estudio preliminar de Teresa Freixes Sanjuán**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang – Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. In DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito (coord.) – **Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8. p. 176-197.

SCHMITT, Carl – **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2007. ISBN 978-857-308-886-1

SCHNEIDER, Hans Peter – **Democracia y constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ISBN 978-842-590-897-2

SCHWABE, Jürgen – **Cincuenta años de jurisprudencia el Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Colômbia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003. ISBN 978-958-8192-26-0

SOUKI, Nádia – **Hannah Arendt e a Banalidade do Mal**. Belo Horizonte: UFMG, 1998. ASIN B08HR52VMW

SOUTO, Jorge Luiz, SEVERO, Valdete Souto – **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho: e as ideias fora de lugar do novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-853-61-8661-0

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder – **O tribunal constitucional como poder**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 9788520366622

STOLLEIS, Michael – **Herzkammern der Republik: die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht**. Munique: C.H. Beck, 2011. ISBN 978-340-662-377-6

SUSTEIN, Cass – **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. ISBN 857-308-987

TRIBE, Laurence H. – **Constitutional choices**. Massachusetts: Harvard University Press, 1985. ISBN 978-067-416-539-7

\_\_\_\_\_; DORF, Michael – **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. ISBN 857-308-892-3

VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos; CARVALHO, Raquel; FOLHADELA, Inês; RIBEIRO, Ana Teresa – **Direito constitucional, o sistema constitucional português**. 2.<sup>a</sup> ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 978-858-705-422-7

WALDRON, Jeremy – **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 85-3361-896-4

WANDELLI, Leonardo Vieira – **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012. ISBN 978-853-612-369-1

WERNER, Keller – **O direito ao trabalho como direito fundamental: instrumento de efetividade**. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-853-611-682-2

WOLFE, Christopher – **La transformación de la interpretación constitucional**. Madrid: Civitas, 1991. ISBN 978-847-398-887-2