

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**DÂMARES FERREIRA**

**O PODER NORMATIVO DOS SINDICATOS  
E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES POR MEIO DE AÇÕES  
AFIRMATIVAS**

**DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**São Paulo-SP**

**2011**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**DÂMARES FERREIRA**

**O PODER NORMATIVO DOS SINDICATOS  
E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES POR MEIO DE AÇÕES  
AFIRMATIVAS**

**DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de doutora em Direito Constitucional, sob a orientação da Professora Doutora Flávia Cristina Piovesan.

**São Paulo-SP**

**2011**

Banca Examinadora

---

---

---

---

---

## **Agradecimentos**

A Deus, por sua infinita bondade para comigo. Aos meus pais, Benedicto e Raquel, que sempre depositaram em mim muita confiança e são meus exemplos. Aos meus avós, José (*in memoriam*) e Amantina (*in memoriam*) e Otávio e Neide, pela acolhida. Ao tio Paulo e às tias Dalva e Nadir, pelos muitos auxílios. À minha amiga Márcia, por sua amizade. Ao meu marido Helder, por ter trazido cor à minha vida, ser meu companheiro sempre presente e ter me presenteado com o bem mais precioso que possuo: minha filha Júlia.

À Professora Flávia Cristina Piovesan, minha orientadora, pelo incentivo, por sua generosidade e competência. Ao Luciano Schwerdtner por me ouvir e me ajudar em minhas angústias e incertezas quanto a este trabalho. Aos Professores Paulo de Barros Carvalho, Wagner Balera e Maria Garcia, por terem contribuído grandemente para a realização de meus sonhos acadêmicos. Aos irmãos Rui e Terezinha Domingos pela gentileza, pela atenção e cuidado a mim dedicados. À Inês Ribeiro Paula por seu comprometimento com a minha casa e a minha família. À Marta Martinez Dal Col, pela torcida e estímulo. À Elisabetta della Zonca e ao amigo Luigino Coletti, pela ajuda, com a língua italiana. À amiga Roseli, por sua dedicação.

### **Dedicatória**

Aos meus pais, Benedito e Raquel, por terem me ensinado os valores da coragem e da dedicação. Ao Helder, meu marido, pelo carinho, pelo apoio e pela compreensão. À Júlia, minha filhinha adorada, pelo mais profundo olhar que já recebi. Aos meus queridos irmãos, Otávio Lucas e Alexandre.

## **RESUMO**

**Título: O poder normativo dos sindicatos e a promoção da igualdade de oportunidades por meio de ações afirmativas**

**Autora: Dâmares Ferreira**

Estudos e relatórios conduzidos por organismos nacionais e internacionais evidenciam a existência de discriminação negativa, no mercado de trabalho brasileiro.

Tomando por fundamento o direito constitucional brasileiro vigente e as convenções internacionais integradas ao ordenamento jurídico pátrio, o presente estudo buscou analisar se: o sindicato laboral tem o dever de estudar e de propor a criação de ações afirmativas, com vistas a ampliar a igualdade ao acesso, à formação, à promoção e à manutenção de empregos, a igualdade de condições de trabalho e de salários, entre os trabalhadores; e, com isso, tornar mais eficaz o direito fundamental à igualdade de oportunidades e não-discriminação trabalhista.

No decorrer do presente estudo, analisou-se a natureza jurídica dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, previstos no art. 7º, da CF/88, bem como a vinculação negativa e positiva dos sindicatos laborais ao cumprimento e à implementação dos mesmos. Também se procurou demonstrar a configuração jurídica da liberdade sindical, dos sindicatos e do poder normativo a eles conferido, pela Constituição Federal de 1988.

A partir destas investigações, restou demonstrado que aos sindicatos foi atribuída uma liberdade sindical contextualizada e condicionada pelas demais normas constitucionais. E, sob o aspecto da autorização para a criação de normas jurídicas coletivas, verificou-se que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos sindicatos este poder com a finalidade de que, na condição de representantes legais dos interesses dos membros de sua categoria, busquem melhorar a condição social do trabalhador, sem perder de vista as demais balizas constitucionais.

Especialmente em relação ao sindicato laboral identificou-se que, como forma de instrumentalização desta busca por melhorias, lhe foi imputado o dever de estudar, de propor e de negociar mecanismos capazes de realizá-la.

Considerando-se o cenário discriminatório existente no mercado de trabalho brasileiro, analisou-se a natureza jurídica da ação afirmativa e constatou-se que este instrumento é constitucionalmente permitido; e, encontra-se disponível aos sindicatos para, no exercício do poder normativo que detêm, estipularem obrigações convencionais que ampliem a igualdade ao acesso, à formação profissional, à promoção funcional e à manutenção de empregos, a igualdade de condições de trabalho e de salários e tornem mais eficaz o direito fundamental à igualdade de oportunidades e não-discriminação trabalhista, previsto nos incisos XXX e XXXI, do art. 7º, da Constituição.

**Palavras-chave: Discriminação - sindicato – ação afirmativa**

## **ABSTRACT**

**Title: The normative power of labor unions and the promotion of equality of opportunities through affirmative actions**

**Author: Dâmares Ferreira**

Studies and reports conducted by national and international organisms point out the existence of the negative discrimination, in Brazilian labor market.

Admitting as base the brazilian constitutional law in vigour and the international conventions integrated to the national legal system, the present study searched if: the labor union has the obligation of studying and of proposing the creation of affirmatives actions, in the sense of increasing the equality to the access, to the training and to the promotion and maintenance of jobs, the equality of work conditions and of salaries among the workers and improvement of the fundamental right to reach equality of opportunities and non discrimination labor.

In the development of the present study, the juridical nature of social base rights of workers, provided in 7° art. of Federal Constitution/88 was analyzed, as well as, the positive and negative linking of labor unions to the performance and implementation of themselves. Also, the juridical configuration of labor union liberty and of the normative power applied by the Federal Constitution of 1988 to them was showed.

After these investigations, it was demonstrated that to the labor unions was imputed a syndical liberty contextualized and conditioned by other constitutional rules. And, in relation to the aspect of the authorization to create collective juridical orders, it was verified that the Federal Constitution of 1988 attributed to labor unions this power with the finality of, in the condition of legal agents of interests of this class members, can achieve a better social condition to worker, without losing sight of other constitutional landmarks.

Especially in relation to the labor union, it was identified that, as a way of instrumentalize this search for improvement, it was attribute to the labor union the

obligation of studying, of proposing and of negotiating the capable tools to its realization.

Considering the discrimination scene that exists in brazilian labor market, the juridical nature of affirmative action was analyzed and it was infered that this instrument is constitutionally allowed and it is available to labor unions to, that during the exercise of normative power that they have, to stipulate conventional orders, wich increases the equality to the access, to the training, to the promotion and to the maintenance of jobs, the equality of work conditions and of salaries and improve the fundamental right to the equality of opportunities and non discrimination labor, provided for in items XXX e XXXI, of 7º art. of the Constitution.

**Key-words: Discrimination – labor union – affirmative action**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 CONSTITUIÇÃO. DIREITO POSITIVO. ESTADO.....</b>	<b>13</b>
1.1 Direito Positivo. Estado Democrático Social de Direito. Poder Normativo.....	13
1.2 Direito Positivo. Sistema Jurídico. ....	14
1.3 Constituição. Unidade. Subordinação e derivação.....	18
1.4 A representação lingüística das normas jurídicas e o papel do intérprete.....	22
1.5 Normas Jurídicas Constitucionais. ....	29
1.5.1 Classificação das normas constitucionais. ....	30
1.5.2 Princípios e regras.....	32
1.5.3 Normas constitucionais segundo a eficácia jurídica. ....	38
1.5.4 Normas constitucionais de estrutura e de conduta.....	43
<b>2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS PRESCRITOS NO ART. 7º, DA CF/88. ....</b>	<b>47</b>
2.1 Considerações iniciais.....	47
2.2 A decomposição do art. 7º, da CF/88.....	63
2.3 Os direitos fundamentais trabalhistas do art. 7º, caput, 1ª parte e incisos.....	65
2.4 Os direitos fundamentais dos trabalhadores prescritos como piso de direitos....	77
2.5 O princípio constitucional da proteção constante da parte final do caput art. 7º, da CF/88.....	81
2.5.1 A melhoria da condição social do trabalhador, como finalidade constitucional. .....	84
2.5.2 A aplicação do princípio protetor trabalhista.....	86
<b>3 VINCULAÇÃO DO EMPREGADOR E DOS SINDICATOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR.....</b>	<b>98</b>
3.1 Considerações iniciais.....	98
3.2 A vinculação mediata dos direitos fundamentais trabalhistas. ....	108
3.3 Da vinculação imediata dos direitos fundamentais trabalhistas. ....	113

<b>4 O PODER NORMATIVO DOS SINDICATOS: NATUREZA CONSTITUCIONAL.</b>	<b>130</b>
4.1 Considerações iniciais.....	130
4.2 A liberdade sindical e o poder normativo coletivo, prescritos na Constituição. .	132
4.2.1 Sindicato.....	140
4.2.2 Categoria.....	146
4.2.3 Direitos e interesses coletivos e individuais da categoria.....	151
4.2.4 Representação. ....	158
4.3 Autonomia privada e autonomia privada coletiva. Fundamentos constitucionais. .....	164
4.4 O poder normativo coletivo e a redução dos direitos sociais trabalhistas .....	175
4.5.O poder normativo coletivo e sua subordinação à Constituição.....	179
<b>5 AÇÕES AFIRMATIVAS TRABALHISTAS: MECANISMOS PARA DENSIFICAÇÃO DOS DIREITOS À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO.....</b>	<b>183</b>
5.1 Considerações iniciais.....	183
5.2 Medida especial temporária ou ação afirmativa? Terminologia. Conceito. Fundamento constitucional.....	198
5.2.1 Terminologia.....	199
5.2.2 Conceito. ....	200
5.3 Objetivos das ações afirmativas trabalhistas.....	210
5.4. As ações afirmativas na Constituição de 1988.....	217
5.5 Ações afirmativas trabalhistas e mérito laboral .....	221
5.6 Critérios constitucionais para criação de ações afirmativas trabalhistas.....	223
5.7 Modalidades de ações afirmativas trabalhistas .....	248
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>257</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>266</b>

## INTRODUÇÃO

Estudos e relatórios elaborados por organismos nacionais e internacionais demonstram que o mercado de trabalho nacional é negativamente discriminatório, especialmente quanto aos afrodescentes, mulheres, idosos e deficientes.

Em função disso, a partir do direito constitucional brasileiro vigente e das convenções internacionais integradas ao ordenamento jurídico pátrio, o presente estudo procurou analisar se: sindicato laboral tem o dever de estudar e de propor a criação de ações afirmativas, com vistas a ampliar a igualdade ao acesso, à formação profissional, à promoção funcional e à manutenção de empregos, bem como a igualdade de condições de trabalho e de salários entre os trabalhadores; e, tornar mais eficaz o direito fundamental à igualdade de oportunidades e não-discriminação trabalhista.

Em uma conexão descendente, no primeiro capítulo, será abordada a relação existente entre Constituição, Direito Positivo e Estado; a noção de sistema jurídico sob o critério da unidade constitucional; a construção lingüística das normas jurídicas e as classificações das normas constitucionais.

A seguir, será destacada a importância dos direitos fundamentais - aí incluídos os trabalhistas - para a configuração do Estado Democrático Social de Direito, a vinculação dos poderes estatais, dos empregadores e dos sindicatos ao cumprimento e implementação dos direitos sociais descritos no art. 7º, da CF/88, bem como, a aplicabilidade da cláusula de eternidade prescrita no art. 60, § 4º, IV, aos mesmos. Será indagado, ainda, se o art. 7º, *caput*, 2ª parte, veicula cláusula de abertura similar à prescrita no art. 5º, § 2º, da Constituição, vinculada à finalidade constitucional prescrita na parte final do referido dispositivo.

A seguir, será analisada a natureza jurídica da liberdade sindical, na Constituição de 1988, do sindicato, além dos contornos, pressupostos e limites do poder normativo coletivo e a relação deste com o ordenamento jurídico estatal. Neste ponto, ainda será investigado se há o dever de o sindicato laboral, no exercício da representação dos membros de sua categoria, estudar, propor e buscar negociar mecanismos

jurídicos capazes de tornar mais eficaz o direito fundamental à igualdade de oportunidade e não-discriminação no trabalho.

No último capítulo será demonstrado que, para fins de implementação da eficácia do direito fundamental à igualdade de oportunidade e não-discriminação no trabalho, os sindicatos podem criar, pela via coletiva, medidas afirmativas temporárias, também chamadas de medidas especiais temporárias ou ações afirmativas. Nesse capítulo será averiguado o cenário constitucional e convencional no qual se inserem tais medidas, os critérios passíveis de serem utilizados para a construção deontológica das mesmas, os sujeitos passíveis de serem beneficiados, as modalidades existentes, bem como a relação entre estas e o mérito trabalhista.

## 1 CONSTITUIÇÃO. DIREITO POSITIVO. ESTADO.

### 1.1 Direito Positivo. Estado Democrático Social de Direito. Poder Normativo.

É assente na doutrina a importância do Direito e do Estado como instrumentos de organização social. O Estado é configurado e estruturado pelo Direito, que, modernamente, tem seu início em uma Constituição.<sup>1</sup> É por meio desta que o Estado Brasileiro se constitui, se organiza, tem prescritos a sua forma e limites de atuação, bem como seu relacionamento com o corpo social.<sup>2</sup>

Corroborando a assertiva acima, o prescrito no art. 1º, da Constituição Federal de 1988. Este dispositivo *recria* o Estado autoritário anterior e estabelece que o Estado Brasileiro configura-se em Estado Democrático e Social de Direito e seu poder político emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos.

O dispositivo constitucional em referência prescreve que as normas jurídicas brasileiras decorrerão, especialmente, do poder político popular, representado pelos membros do Poder Legislativo, eleitos democraticamente. Da organização estatal prescrita na CF/88 advém que a aplicação do Direito Positivo dar-se-á por meio de um aparato próprio, que inclui, além da força, vários outros instrumentos jurídicos, dentre eles as técnicas de encorajamento e de promoção de comportamentos humanos.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Segundo Lourival Vilanova, histórica e sociologicamente, o Estado provém de fatores diversos. A gênese empírica não é única, ensina o autor. “Sob o ponto de vista sistemático, em que se coloca o ponto de vista normativo, há Estado se uma coletividade estabiliza-se espacialmente e se provê de indivíduo-órgão para o exercício do Poder. Há, pelo menos, uma norma (consuetudinária) de investidura: essa norma minimal é a Constituição material, o estatuto orgânico do ente. Com esse conceito-limite (a norma fundamental que dá começo ao sistema da ciência do direito) tem origem o primeiro órgão e o ente coletivo personifica-se. Faz-se sujeito-de-direito.” VILANOVA, Lourival. Relação jurídica de direito público. *In Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 74, ano XVIII, abr./jun., 1985, p. 47.

<sup>2</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. Constituição como norma. *In Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 78, 1986, p. 10; ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 17.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p.15.

Segundo a Constituição vigente, no Estado Brasileiro, a vontade do povo, representada pelo Poder Legislativo Federativo, é a fonte essencial de criação do Direito Positivo. Não obstante, o constituinte também pode atribuir – como atribuiu – a outras fontes a capacidade para normar, conforme será demonstrado nos próximos capítulos.

## 1.2 Direito Positivo. Sistema Jurídico.

O vocábulo *sistema* advém da palavra *syn-istemi*, de origem grega. A utilização de seu conteúdo, pelos teóricos do direito, foi inaugurada na Era do Direito Racional – de 1600 a 1800. Esta postura investigatória proporcionou o desenvolvimento do pensamento jurídico, partindo de certa neutralidade para alcançar a racionalização e a formalização do Direito Positivo.

O termo *sistema* inspira várias significações, i. é, não é um termo unívoco,<sup>4</sup> mas, polissêmico. Em vista disso, torna-se importante definir, neste estudo, o sentido do termo,<sup>5</sup> em respeito ao alerta feito pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Há no próprio termo *sistema* uma pluralidade de sentidos que torna a investigação equívoca, se não for esclarecida de antemão.”<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976, p. 8; LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, (Das origens à Escola Histórica, v.1), p. 101 e p.134-136; BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 219 e p. 222.

<sup>5</sup> Christian Wolff (Log. § 889) dizia chamar-se sistema um conjunto de verdades ligadas entre si e com seus princípios. Para este autor, mais que um agregado ordenado de verdades, o sistema dizia respeito, sobretudo, a *nexum veritatum* que pressupunha a correção e perfeição formal da dedução. *Apud* ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 908. “Posteriormente, este conceito foi reelaborado por Lambert, que em obra datada de 1787, precisou-lhe os caracteres. Lambert tratou o sistema como um *mecanismo*, partes ligadas umas às outras, independentes umas das outras, como *organismo*, um princípio comum que liga partes com partes numa totalidade e como *ordenação*, ou seja, intenção fundamental e geral capaz de ligar e configurar as partes num todo”. LAMBERT, H. Johann. Fragment einer systematologie. *In* System und klassifikation in wissenschaft und dokumentation. Meisenheim/Glan: A. Diemer, 1968. *Apud* FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 68.

<sup>6</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT/USP, 1976, p. 8.

Segundo Emmanuel Kant, um sistema é uma unidade de múltiplos conhecimentos reunidos sob uma única idéia. O referido filósofo condicionou a noção de sistema à subordinação a um princípio fundamental, retirando deste a unidade do conjunto. A lição kantiana afirmava que sistema é um todo articulado (*articulatio*) e finalisticamente organizado, e não apenas um amontoado (*coacervatio*) de partes.<sup>7</sup> Para este pensador, o “todo não seria a soma das partes, mas as precedia de algum modo, não permitindo composição e decomposição sem perda da unidade central, distinguindo o sistema da mera agregação.”<sup>8,9</sup>

Para Marcelo Neves, a palavra *sistema* quer significar o conjunto de elementos (partes) que entram em relação, formando um todo unitário. Este autor pondera que todo sistema implica elementos, relações e também unidade, que, no caso do sistema proposicional decorre de uma fundamentação unitária, ou seja, da noção de que todo conteúdo estará, por fundamentação, em conexão direta ou indireta com qualquer outro conteúdo.<sup>10</sup>

Hans Kelsen, referindo-se a sistemas normativos e considerando a natureza da chamada norma fundamental, distingue dois diferentes tipos de sistemas, um estático e outro dinâmico. No primeiro tipo há uma norma fundamental e a partir delas as normas são obtíveis por meio de uma operação intelectual, a saber, pela inferência do particular a partir do geral. Na classificação do autor, tal sistema é de natureza estática e próprio das normas morais.<sup>11</sup>

No sistema dinâmico, ensina Hans Kelsen, as suas várias normas não são deduzidas de uma operação intelectual. A norma fundamental estabelece certa

---

<sup>7</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 908.

<sup>8</sup> KANT, Emmanuel. *Apud* DINIZ, Maria Helena. **Conflitos de normas**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 8, nota de rodapé 2.

<sup>9</sup> Na mesma linha, o pensamento de Paulo de Barros Carvalho: “Surpreendido em seu significado de base, o sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema”. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

<sup>10</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 5.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 164.

autoridade, “a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades”.

Para Kelsen:

As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. Essa autorização é uma delegação. O poder de criar normas é delegado de uma autoridade para outra autoridade; a primeira é a autoridade superior, a segunda é a inferior. A norma fundamental de um sistema dinâmico é a regra básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema. Uma norma faz parte de um sistema dinâmico se houver sido criada de uma maneira que é – em última análise – determinada pela norma fundamental.<sup>12</sup>

Em complemento ao exposto, para Kelsen, o Direito Positivo regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. “Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem.”<sup>13</sup> Na classificação exposta por Kelsen, a ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico.<sup>14</sup>

Analisando o Direito Positivo sob o ponto de vista da linguagem, Paulo de Barros Carvalho classifica-o mesmo um sistema constituído por normas jurídicas portadoras da mesma estrutura sintática (homogeneidade sintática), porém com estruturas semântica (heterogeneidade semântica) e pragmaticamente (heterogeneidade pragmática)<sup>15</sup> diversas. As normas jurídicas que compõem um ordenamento jurídico,

---

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 165.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem*, p. 181.

<sup>14</sup> *Idem, ibidem*, p. 165.

<sup>15</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009, p.136.

ensina o autor, são homogêneas apenas sob o ponto vista sintático, mas são semanticamente heterogêneas. Ou seja, os conteúdos das normas jurídicas são variáveis e apenas a fórmula que os impulsiona permanece constante.

Essa particularidade do sistema do direito positivo também é destacada por Marcelo Neves, segundo o qual o Direito pode ser reconhecido como um sistema apenas sob o aspecto formal; porque relativamente aos conteúdos veiculados pelas normas jurídicas, estes são os mais variados, nascidos da necessidade de serem regulados os mais diversos fatos do mundo real, o que torna muito difícil uma unidade material ou semântica do referido sistema.

Para Neves a unidade sistemática do ordenamento jurídico

é puramente sintática, ou seja, decorre da vinculação, direta ou indireta, de todas as normas do sistema ao núcleo normativo originário, sendo irrelevantes o conteúdo das mensagens normativas e os fins dos seus emittentes-destinatários. A diversidade de matérias reguladas pelo ordenamento impossibilita-lhe a unidade semântica: há uma pluralidade semântica decorrente da heterogeneidade de conteúdos normativos.<sup>16</sup>

Segundo o referido autor a completude, que implica o fechamento do sistema, refere-se apenas à dimensão sintática do mesmo<sup>17</sup>. “O que interliga proposições normativas tão variadas em conteúdo é o fundamento-de-validade que cada uma tem no todo.”<sup>18</sup>

A partir do exposto, neste estudo, entende-se que o Direito Positivo organiza-se em um sistema, sendo que em seu topo está a noção de autoridade, veiculada pelas normas constitucionais que permitem e dirigem a criação de outras normas jurídicas, que por sua vez regulam as condutas humanas intersubjetivas. Esta autoridade consta da Constituição positiva.

---

<sup>16</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 26.

<sup>17</sup> *Idem, ibidem*, p. 7.

<sup>18</sup> VILANOVA. Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 166.

### 1.3 Constituição. Unidade. Subordinação e derivação.

A *Constituição* é um conjunto de normas jurídicas inaugurais que prescreve: a estrutura dos órgãos do Estado e a divisão e o funcionamento de seus poderes; os direitos, os deveres e as garantias fundamentais; bem como outros conteúdos escolhidos e determinados pelo poder constituinte originário, segundo a importância pré-jurídica definida por este, baseado em elementos políticos, econômicos, sociais ou de qualquer outra natureza, antecedentes à sua própria feitura e promulgação.

Após a promulgação da Constituição, todas as normas jurídicas constantes de seu texto passam a ter a mesma estatura formal, no ordenamento jurídico. Esta superioridade das normas constitucionais fecha e une todo o conjunto do ordenamento jurídico positivo vigente em dado espaço e tempo. Tal superioridade dá unidade sistemática ao Direito Positivo.

Explicando esta relação, Kelsen leciona que, a unidade das normas jurídicas “é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade”<sup>19</sup>. Esta última norma Kelsen qualifica-a como *hipotética*, que, na visão do referido autor, é uma fonte anterior à própria Constituição.<sup>20,21</sup>

---

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 181.

<sup>20</sup> Segundo Bobbio: “É possível distinguir as teorias gerais do Direito e do Estado em duas grandes categorias, conforme afirmem o primado do poder sobre a norma ou, vice-versa, da norma sobre o poder. A teoria clássica do direito público moderno, que coloca no vértice de sua construção o conceito de soberania entendida como o poder supremo acima do qual não existe outro, considera o Estado antes de tudo do ponto de vista do poder. A teoria de Kelsen, que coloca no vértice do sistema não o poder soberano, mas a norma fundamental considera o Estado (e qualquer outro poder organizado) do ponto de vista normativo.” “Em uma teoria normativa rigorosa como a de Kelsen, a norma fundamental é o conceito exatamente simétrico ao de poder soberano. A norma fundamental é a norma das normas, assim como o poder soberano é o poder dos poderes. São perfeitamente simétricos esses dois conceitos, uma vez que a norma fundamental e o poder soberano têm a mesma função, a de fechar o sistema: a primeira em uma teoria jurídica; a segunda, em uma teoria política, do Estado.” BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008, p. 170-171.

<sup>21</sup> Neste sentido, Lourival Vilanova explica: “O caminho que Kelsen toma para juridicizar a revolução é a pressuposição de uma norma fundamental. (...) Mas a regra que põe ou substitui todo um sistema é, relativamente ao direito positivo, **transcendente**. Quer dizer, não intra-sistemática, mas extra-sistemática. Cremos, com base na teoria da norma fundamental, que não é possível haver dentro do

Sobre a relação existente entre *constituição* e *norma fundamental*, Kelsen destaca que, o primeiro termo possui dois sentidos, um lógico-jurídico e outro jurídico-positivo. O primeiro sentido significa *norma fundamental hipotética*, sendo que esta tem por função dar o fundamento lógico transcendental de validade à constituição jurídico-positiva;<sup>22</sup> ou seja, a de natureza hipotética é anterior à jurídico-positiva. A norma fundamental hipotética não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. “É uma norma-‘fundamento’, pois acerca da razão de sua validade não mais pode ser indagada, pois não é norma estabelecida, mas uma norma pressuposta”<sup>23</sup>. Ela não é posta por uma autoridade formal e, portanto, não é positiva<sup>24</sup>. Já a norma fundamental jurídico-positiva, ou constituição jurídico-positiva é o texto comumente escrito elaborado dogmática ou costumeiramente, pelos Estados Soberanos.

Segundo Aurora Tomazini de Carvalho, a norma hipotética fundamental kelseniana funciona “como um instrumento para o jurista delimitar o plano do dever-ser, é a criação metodológica para fundamentar a existência da Constituição e do direito positivo como um todo”<sup>25</sup>. Esclareça-se que o *dever-ser* representa as relações de imputação deontica e, em contraponto, o *ser* representa as relações de causalidade natural (campo ôntico).

Clarice von Oertzen Araújo, indaga quais são os efeitos produzidos pela adoção da norma fundamental como sustentáculo da ordem normativa. E, para ela, a formulação da norma fundamental “serve ao propósito de conferir unidade aos

---

ordenamento, imanente ao sistema, um direito de revolução (...)”. VILANOVA, Lourival. Teoria jurídica da revolução: anotações à margem de Kelsen. *In Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 70, ano XVII, abr./jun., 1984, p.38. Grifos no original.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 168.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução e Revisão de José Florentino Duarte, Porto Alegre: Fabris Editor, 1986, p.328.

<sup>24</sup> Interpretando Hans Kelsen, Manoel Gonçalves Ferreira Filho considera que o pressuposto lógico-transcendental kelseniano possui o seguinte enunciado: “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve. Este é o enunciado do pressuposto lógico-transcendental, pressuposto que serve de base para a norma fundamental da ordem jurídica, a Constituição.”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional comparado**. São Paulo: Bushatsky, 1974, v.1, p. 65.

<sup>25</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 700.

sistemas normativos, pois possibilita demarcar o limite a partir do qual um fato se torna jurídico, adquire a nota essencial da juridicidade.”<sup>26</sup>

A norma fundamental hipotética tem a função de fechar o sistema jurídico positivo de um Estado. Quanto à natureza deste fechamento e se a sua existência implica ou não em completude do ordenamento jurídico, são proveitosas as lições de Lourival Vilanova: “O fechamento tão-só exprime a continuidade normativa, a sucessividade dos níveis de proposições deônticas do sistema. Tão-apenas exprime que dever-ser provém de dever-ser. Não que seja *completo* por sua referência ao universo-da-conduta humana.”<sup>27</sup>

Segundo Vilanova, o fechamento em questão também não importa em afirmar que o processo de autoprodução normativa nada tem a ver com os fatos sociais. Para o autor, os fatos

são intercalares de norma a norma. Os fatos são jurígenos, em virtude de normas que lhes atribuem efeitos normativos. Observância, criação, aplicação de normas, são fatos sociais qualificados deonticamente. Como último critério de qualificação deôntica, *para reconstruir gnosiologicamente o sistema jurídico positivo*, formula-se a proposição normativa fundamental.<sup>28</sup>

Nesse sentido, também é o ensinamento de Norberto Bobbio:

Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a *norma fundamental*,<sup>29</sup> que funciona como “o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico”.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 74.

<sup>27</sup> VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.244. Destaques no original.

<sup>28</sup> *Idem, ibidem*, p.244.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 49.

<sup>30</sup> *Idem, ibidem*, p. 49.

Na mesma linha, Paulo de Barros Carvalho entende que o reconhecimento da norma fundamental imprime caráter unitário ao conjunto normativo<sup>31</sup>. E, segundo este autor, no processo dinâmico de fundamentação e derivação, a Constituição exerce papel fundamental,

pois nela estão traçadas as características dominantes das várias instituições que a legislação comum posteriormente desenvolverá. Sua existência imprime, decisivamente, caráter unitário ao conjunto, e a multiplicidade de normas, como entidades da mesma índole, lhe confere o timbre de homogeneidade.<sup>32</sup>

Partindo dos pressupostos teóricos apresentados neste item e no anterior, pode-se dizer que o Direito Positivo forma um sistema. Sob o ponto de vista da estrutura formal, as normas jurídicas são ordenadas num sentido vertical de subordinação e derivação. As normas jurídicas superiores funcionam como fundamento de validade das que lhes são imediatamente inferiores e estas se espelham naquelas. No sentido horizontal, relacionam-se coordenadamente umas com as outras, formando uma teia, entrelaçada e complementar, de sentidos. No Brasil, a Constituição de 1988 ocupa o ápice do sistema jurídico e é o fundamento positivo de validade de todas as normas jurídicas que o compõem.

Não obstante ter sido destacado que a unidade sistemática do ordenamento jurídico é conferida pela autoridade que decorre da Constituição, a rigidez desta obriga ao entendimento de que, na criação normativa deve-se observar tanto o procedimento constitucional formalmente prescrito, quanto o aspecto semântico de cada norma constitucional que se refira direta ou indiretamente ao assunto a ser regulado.

Criadas as normas jurídicas infraconstitucionais, estas se fundam formalmente (sintaticamente) nas normas de estrutura que as permitiram nascer, materialmente (semanticamente) no conteúdo presente em outras normas constitucionais que

---

<sup>31</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 214.

tratam de um determinado assunto, bem como se relacionam coordenadamente com as demais normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico.

As normas jurídicas sustentam-se mutuamente, as últimas explicam-se pelas primeiras e destas decorrem aquelas. No cume dessa estrutura jurídica encontra-se, como fundamento último de validade, a norma hipotética fundamental, anterior ao próprio texto da Constituição Federal, a norma fundamental jurídico-positiva. Na base encontram-se as normas infraconstitucionais e as normas convencionais e quaisquer outras normas autorizadas pelo Texto Superior.

Assim, quer sob o ponto de vista formal (sintático), quer sob o ponto de vista material (semântico) os raciocínios jurídicos formulados neste estudo pressupõem que toda e qualquer norma jurídica constante do ordenamento jurídico, seja ela de natureza estatal ou não-estatal, deve obediência ao disposto, formal ou materialmente, na Constituição Federal.<sup>33</sup>

#### **1.4 A representação lingüística das normas jurídicas e o papel do intérprete.**

É por intermédio da conjugação de enunciados, veiculados por dispositivos jurídicos, que uma norma jurídica é formada. Neste sentido o entendimento de Pontes de Miranda, para quem a norma jurídica é um juízo hipotético condicional criado na mente humana a partir das significações veiculadas nos enunciados prescritivos. Nessa medida, a norma jurídica não é idêntica ao texto, pois “o ‘pensado’ não poder ser idêntico ao *objeto*.”<sup>34</sup>

No mesmo sentido, Humberto Ávila destaca que as normas não são os textos postos no papel (os enunciados), nem o conjunto deles, “mas os sentidos construídos a

---

<sup>33</sup> Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Hermenêutica e supremacia constitucional. In **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 77, 1986, p.33-38; SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1999, p. 105.

<sup>34</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco. **O problema fundamental do conhecimento**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, p. 94.

partir da interpretação sistemática dos textos normativos.”<sup>35</sup> Para o referido autor, também “não há correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.”<sup>36,37</sup> Às vezes, a partir de um dispositivo constrói-se uma norma, noutras, não se constrói nenhuma ou várias normas. Isso significa que “não há uma correspondência bi-unívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.”<sup>38</sup>

Daí dizer que o intérprete contribui para a realização da *organização sintática*<sup>39</sup> e *semântica* das normas jurídicas. É claro que, face à sua função descritiva, o intérprete não *atribui o sentido*, mas indica um possível sentido para o texto do dispositivo, bem como, conjugando-o a outros textos, constrói um raciocínio normativo.

No entendimento de Humberto Ávila, isso não quer dizer que o intérprete “é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem.”. Para o autor: “O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida.”<sup>40</sup>

Também é possível ao intérprete, a partir de princípios lógicos, *descobrir* em um dado enunciado constitucional (ou de qualquer outro nível hierárquico), proposições jurídicas (sentidos) distintas. Segundo Bobbio, “toda proposição tem a sua contrária (que é uma oposição mais débil) e a sua contraditória (que é uma oposição mais

<sup>35</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*, p. 35.

<sup>37</sup> Partilha do mesmo entendimento: GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26.

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.31.

<sup>39</sup> Segundo Vilanova, uma norma jurídica “É uma estrutura lógico-sintática de significação”. VILANOVA, Lourival. Norma jurídica: proposição jurídica (significação semiótica). **Revista de Direito Público**, São Paulo, 1982, p.16.

<sup>40</sup> ÁVILA, **Teoria...**, p.35.

forte).”<sup>41</sup> Para o autor “as prescrições afirmativas e as negativas, isto é, os comandos e proibições, são contrários; as permissivas afirmativas e as negativas são subcontrários; comandos e permissões negativas, proibições e permissões positivas são entre si contraditórios.”<sup>42</sup>

Assim, designando-se com “X” a primeira proposição, com “X não” a segunda, e “não X” a terceira, e com “não X não” a quarta, bem como substituindo-se a variável com a prescrição afirmativa universal: *todos devem fazer X*, o referido autor italiano considera que, com o uso do signo *não*, obtém-se, a partir da referida prescrição – considerada como primeira -, três outros tipos de prescrições: a segunda que nega universalmente a primeira: *ninguém deve fazer X*; a terceira negando a universalidade, com o que se obtém: *nem todos devem fazer X*; e, a quarta usando ambas as negações, donde se obtém: *nem todos devem não fazer X*. A segunda prescrição, acima referida, é de natureza proibitiva (ou negativa). A terceira proposição é de natureza permissiva positiva, pois enquanto isenta alguns do dever de não fazer, os permite fazer.

Para Norberto Bobbio:

Simbolizando a primeira proposição com O (obrigatório), as outras três podem ser simbolizadas pela ordem deste modo: O *não* (leia-se: obrigatório não fazer, ou proibido); *não* O (leia-se: não obrigatório fazer, isto é, permissão negativa); *não* O *não* (leia-se: não obrigatório não fazer, isto é, permissão positiva).<sup>43</sup>

Paulo de Barros Carvalho chama a segunda, terceira e quartas prescrições de implícitas, formadas, por derivação lógica, a partir de textos expressos<sup>44</sup>. E, o intérprete, para a descoberta de normas jurídicas, pode usar destes raciocínios.

---

<sup>41</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: Edipro, 2001, p. 185.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem*, p. 185 e p.187.

<sup>43</sup> BOBBIO, **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: Edipro, 2001, p. 185-186.

<sup>44</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Apostila de lógica jurídica**. Texto ofertado na disciplina de Filosofia do Direito, do Curso de pós-graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2001, p. 15.

Por ser um dos princípios usados neste estudo, destaca-se para um exercício interpretativo o princípio da igualdade de tratamento quanto à admissão ao emprego, à promoção, à qualificação e/ou à remuneração, entre trabalhadores subordinados não-eventuais com a mesma qualificação profissional - ou, princípio da não-discriminação trabalhista.

Este princípio pode ser enunciado nos seguintes termos: os trabalhadores subordinados não-eventuais têm direito a igual tratamento, quanto à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração, quando tiverem a mesma qualificação profissional<sup>45</sup>. Aplicando-se à referida prescrição as lições supra expostas, diz-se que dela decorrem as seguintes normas jurídicas: a primeira, de natureza imperativa: “os empregadores devem dar igual tratamento quanto à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração, a trabalhadores com a mesma qualificação profissional”; a segunda, proibitiva: “os empregadores devem não dar tratamento diferente quanto à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração, para trabalhadores com a mesma qualificação profissional”; a terceira, permissiva negativa: “os empregadores não devem dar igual tratamento, quanto à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração, a trabalhadores com qualificações profissionais distintas”; e a quarta, permissiva positiva: “os empregadores não devem não dar tratamento distinto, quanto à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração, a empregados com qualificações profissionais distintas”.

Continuando-se o exercício e pressupondo-se que os enunciados possam ser escritos de forma diferente, mas, com a manutenção do mesmo sentido, diz-se que os enunciados das normas jurídicas acima dispostas também podem ser assim

---

<sup>45</sup> O critério *qualificação* foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro em nível supralegal pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968, publicado no D.O.U. de 20.1.1968, cujo artigo 1º dispõe: “Artigo 1º. 1. Para os fins desta Convenção, o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados. 2. Qualquer distinção, exclusão ou preferência, *com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação*. 3. Para os fins desta Convenção, as palavras “emprego” e “profissão” compreendem o acesso à formação profissional, acesso a emprego e a profissões, e termos e condições de emprego”. Destaques nossos.

escritos: da primeira: “os empregadores devem dar igual tratamento, quanto à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração, para empregados com a mesma qualificação profissional”; da segunda: “os empregadores não podem (são proibidos de) dar tratamento diferente, quanto à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração, para empregados com a mesma qualificação profissional”; da terceira: “os empregadores não têm o dever de dar igual tratamento, quanto à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração, para empregados com qualificações profissionais distintas”; e a quarta: “os empregadores podem dar tratamento distinto, quanto à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração, para empregados com qualificações profissionais distintas”.

Tais normas jurídicas, se enunciadas sob o foco do sujeito titular do direito, podem ser assim redigidas: “os trabalhadores com a mesma qualificação tem direito a igual tratamento em relação à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração”; e, “os trabalhadores com habilitações distintas não têm direito a tratamento igual relativamente à admissão, promoção, qualificação e/ou remuneração”.

Conjugando-se o princípio da igualdade trabalhista referido, ao art. 22, I, última parte, da CF/88, cujo conteúdo atribui competência legislativa trabalhista ao Poder Legislativo da União, constroem-se as seguintes normas jurídicas de estrutura: “o legislador tem o dever de dar igual tratamento jurídico aos trabalhadores com a mesma qualificação profissional”; “o legislador está proibido de dar tratamento jurídico diferente para trabalhadores com a mesma qualificação profissional ou tratamento igual para trabalhadores com qualificação profissional distinta”; e, “o legislador pode dar tratamento distinto aos trabalhadores com qualificação profissional distinta.”<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> No mesmo sentido prescreve o artigo 2º, da Convenção n. 111, da OIT: “Todo País-membro, no qual vigore esta Convenção, compromete-se a adotar e seguir uma política nacional destinada a promover, por meios adequados às condições e à prática nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, objetivando a eliminação de toda discriminação nesse sentido.”. Esta norma jurídica internacional integra o ordenamento jurídico brasileiro na forma do art. 5º, par. 2º, da CF/88 em condição hierárquica supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, exarado no RE n. 466.343-1/SP.

Já se o mesmo princípio supra for conjugado ao poder normativo contido no art. 7º, XXVI, e outros dispositivos também da CF/88, constroem-se novas normas jurídicas de estrutura, que vinculam os sujeitos coletivos trabalhistas nos mesmos termos que vinculam o legislador,<sup>47</sup> conforme será demonstrado em capítulos posteriores.

Considerando-se os raciocínios acima expostos, percebe-se que as normas jurídicas - na condição de juízos ou proposições deônticos -, estão grafadas em enunciados constitucionais e legais, mas não se confundem com estes.<sup>48</sup> Estes enunciados são veiculados por dispositivos<sup>49</sup> que também não se confundem com enunciados ou com normas jurídicas completas.

Os textos prescritivos são apenas suportes físicos,<sup>50</sup> enunciados lingüísticos “esparrramados pelo papel. Postados em silêncio. Em estado de dicionário. Aguardando que alguém lhes dê sentido.”<sup>51,52</sup> Por as normas jurídicas não terem seus enunciados organizados logicamente pelo legislador, ao intérprete cabe o papel de combinar sintaticamente os dispositivos constitucionais e legais entre si, de maneira a extrair deles proposições prescritivas deônticas capazes de gerar efeitos jurídicos, bem como preencher com sentido os signos lingüísticos nelas presentes.

Sendo a linguagem – natural-comum ou técnica – uma realização do espírito humano, também se caracteriza em ser um bem cultural, veiculando, nessa condição, cargas valorativas. Como decorrência, se o direito positivo se expressa

---

<sup>47</sup> Esta assertiva será melhor demonstrada no capítulo que trata do poder atribuído, pela Constituição Federal, aos sujeitos coletivos sindicais.

<sup>48</sup> KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la lógica jurídica**: elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Traducida por Juan A. Casaubon. Buenos Aires: Eudeba, p, 1973, p. 59.

<sup>49</sup> Esta terminologia é utilizada pela Lei Complementar n. 98/95, publicada no Diário Oficial da União - D.O.U. - de 27.2.1998, que regulamenta o art.59, parágrafo único, da CF/88.

<sup>50</sup> Em seu voto, no Mandado de Injunção n. 712, o Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, considerou: “Apenas para explicitar, lembro que texto e norma não se identificam. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta a transformar textos --- disposições, preceitos, enunciados --- em normas.”. Este entendimento do Ministro também está em sua obra: GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80 e ss.

<sup>51</sup> IVO, Gabriel. A incidência da norma jurídica tributária: o cerco da linguagem. *In Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n 79, 2001, p. 191.

<sup>52</sup> ANDRADE, Carlos Drummond. **Procura da poesia**. Disponível em <<http://www.memoriaviva.com.br/drummond/poema025.htm>>. Acesso em 13/08/2010.

por meio desta estrutura lingüística,<sup>53</sup> identicamente está impregnado de sentidos e de valores. Nos textos normativos, comumente, estão contidas palavras semanticamente abertas, ambíguas,<sup>54</sup> vagas<sup>55</sup> e cabe ao intérprete delimitar-lhes os sentidos, no contexto normativo.<sup>56</sup>

Por serem as normas jurídicas as representações mentais criadas pelo intérprete e aplicador, a partir do contato deste com um texto normativo carregado de valores, justificam-se as diferentes interpretações dadas por diferentes sujeitos a um mesmo enunciado prescritivo, uma vez que, cada um deles, vê o substrato físico com os olhos de seus valores e experiência, projetando em suas mentes normas jurídicas distintas. Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho considera que “é a interpretação que faz surgir o sentido, como produto da formulação literal, inserida na profundidade do contexto.”<sup>57</sup> Assim, todo intérprete, teoricamente, pode participar na elaboração do sentido veiculado pelas normas jurídicas, na medida em que puder influir na interpretação das mesmas.

A afirmação acima, certamente, necessita de um tempero e, para tanto, utilizar-se-á do alerta José Luiz Fiorin:

Quando se diz que um texto está aberto para várias leituras, isso significa que ele admite mais de uma e não toda e qualquer leitura. Qual é a diferença? As diversas leituras que o texto aceita já estão nele inseridas como possibilidades. Isso quer dizer que o texto que admite múltiplas interpretações possui indicadores dessa polissemia. Assim, as várias leituras não se fazem a partir do arbítrio do leitor, mas das virtualidades significativas presentes no texto.<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> Note-se que, a Lei Complementar n. 98/95, a art. 11, I, “a”, e, II, “a”, refere-se à necessidade de uso de linguagem comum ou técnica para a elaboração das leis.

<sup>54</sup> CARRIÓ, Genaro. **Algunas palabras sobre las palabras de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, p. 15.

<sup>55</sup> CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p.32 - 35.

<sup>56</sup> Neste sentido, a lição de Eros Grau: “Quando se trate de conceito aberto por ambigüidade, o seu preenchimento é procedido mediante a consideração do contexto em que [estiver] inserido”. GRAU, Eros. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1988, p.72.

<sup>57</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Apostila de lógica jurídica**. Texto ofertado na disciplina de Filosofia do Direito, do Curso de pós-graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2001, p. 15.

<sup>58</sup> FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 1996, p. 81.

Apesar de o intérprete poder influenciar o conteúdo da norma, através das significações atribuídas aos suportes físicos dos signos, esta influência restringe-se às opções intranormativas.

### 1.5 Normas Jurídicas Constitucionais.

No constitucionalismo liberal, a Constituição sempre foi entendida como o veículo que prescreve a estrutura jurídica do Estado e delimita-lhe os poderes<sup>59</sup>. Neste contexto, a lição de Jorge Miranda: “Todo o Estado carece de uma Constituição como enquadramento da sua existência, base e sinal da sua unidade e sinal também da sua presença diante dos demais Estados. Ela torna patente o Estado como instituição, como algo de permanente para lá das circunstâncias e dos detentores em concreto do poder; revela a prevalência dos elementos objectivos ou objectivados das relações políticas; é esteio, senão de legitimidades, pelo menos de legalidade.”<sup>60</sup> A Constituição *constitui* o Estado, destaca Miranda.<sup>61</sup>

Mas, as constituições contemporâneas ampliaram muito este objeto. A Constituição Federal Brasileira de 1988 – texto que este estudo toma por referência – em função do momento histórico no qual foi criada, parametrizou matérias que se inserem em praticamente todos os ramos da Ciência do Direito e não apenas da estrutura do Estado e seu relacionamento com os membros do corpo social.

Daí ser oportuna a citação do pensamento de Konrad Hesse:

também são ordenados na Constituição os fundamentos de esferas vitais que nada tem a ver, de forma direta, com a formação de unidade política e ação estatal, como é o caso dos fundamentos do ordenamento jurídico civil: matrimônio, família, propriedade, (...) relações laborais ou sociais. Em

---

<sup>59</sup> A concepção liberal de constituição está representada no art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

<sup>60</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2007 (Constituição, t.2), p. 7.

<sup>61</sup> *Idem, ibidem*, p. 8.

tudo isso, a Constituição é o *plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à forma jurídica de uma comunidade.*<sup>62</sup>

Em face da ampla gama de assuntos tratados pela Constituição de 1998, constata-se que esta tem natureza analítica. O texto constitucional em referência é composto por centenas de enunciados jurídicos, distribuídos por duzentos e cinqüenta artigos permanentes, noventa e quatro artigos transitórios, emendas de revisão, etc. Considerando-se esta diversidade de enunciados, para estudar qualquer tema inserido no corpo constitucional torna-se necessário conhecer, pelo menos em linhas gerais, as espécies normativas, suas estruturas e modos de relacionamento.

Por essa razão, neste capítulo serão apresentadas algumas classificações doutrinárias sobre as normas jurídicas constitucionais. A escolha das opções classificatórias terá por norte a utilidade das mesmas para a análise dos dispositivos constitucionais que serão invocados no decorrer dos capítulos posteriores.

### **1.5.1 Classificação das normas constitucionais.**

Várias são as classificações formuladas pela doutrina nacional e estrangeira que procuram sistematizar o estudo das normas constitucionais. Helder Martinez Dal Col destaca que não há uniformidade doutrinária sobre o tema, podendo as normas ser classificadas diferentemente, dependendo do critério eleito pelo observador.<sup>63</sup>

A classificação é um importante instrumento utilizado para o estudo de qualquer objeto. Classificar é o ato de distribuir em classes, é separar os objetos em classes

---

<sup>62</sup> HESSE, Honrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por ALMEIDA, Carlos dos Santos MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8. Destaque no original.

<sup>63</sup> DAL COL, Helder Martinez. Classificação das normas jurídicas e sua análise, nos planos da validade, existência e eficácia. *In Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, ano 3, n. 31, jul., 2002, p.25. Tal assertiva é demonstrada pelo autor por meio de vasto rol de classificações de normas jurídicas construídas com base em critérios distintos.

“de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-os em posições fixas e exatamente determinadas com relação às demais classes.”<sup>64</sup>

As classificações, em regra, são formuladas em dependência de necessidades ou interesses dos estudiosos. Os diversos grupos de uma classificação recebem o nome de gêneros e de espécies. Esta liberdade de fixar nomes às coisas, dividindo-as em gêneros e espécies, é chamada por Ricardo Guibourg, de liberdade estipulativa<sup>65</sup>. Esta a razão da ausência de uniformidade na classificação de normas jurídicas, conforme destacado por Helder Martinez Dal Col.

Nas classificações produzidas pela Ciência do Direito, os critérios – referenciais – normalmente decorrem do próprio Direito Positivo. A princípio, toda característica jurídico-positiva poderá servir como critério para a elaboração de uma classificação. E, na lição de Genaro Carrió:

Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales* o *inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.<sup>66</sup>

Os atributos ou características que distinguem uma norma das demais normas do mesmo gênero denominam-se *diferenças*. Este é o nome que se dá “ao conjunto das qualidades que se acrescentam ao gênero para a determinação da espécie, de tal modo que é lícito enunciar: *a espécie é igual ao gênero mais a diferença específica*.”<sup>67</sup>

Em uma classificação, o objeto-espécie deve conotar mais que o objeto-gênero, pois além de conotar todos os atributos que o gênero conota, ensina Paulo de Barros

---

<sup>64</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. IPI – Comentários sobre as regras gerais de interpretação da tabela NBM/SH (TIPI/TAB). In **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 12, 1996, p. 54. Destaques no original.

<sup>65</sup> GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: EUBEDA, 1985, p. 35.

<sup>66</sup> CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 99.

<sup>67</sup> CARVALHO, IPI - Comentários..., p. 54. Destaques no original.

Carvalho, apresenta um acréscimo de conotação que “é, justamente, a *diferença* ou *diferença específica*. Daí porque estabelecer o significado de diferença *como aquilo que deve ser adicionado à conotação do gênero, para completar a conotação da espécie*.”<sup>68</sup>

As normas constitucionais podem ser classificadas tomando-se por critério quaisquer de seus atributos: grau de generalidade ou de eficácia, carga axiológica que portam, sujeito destinatário, objeto regulado, modal deôntico que veiculam e muitos outros. Mas, mesmo que o critério utilizado seja o mesmo, considerando-se a liberdade estipulativa de cada um, os nomes atribuídos às espécies normativas identificadas pelo intérprete poderão ser distintos.

Para os fins deste estudo, abaixo se discorrerá sobre as normas constitucionais que a doutrina classifica em: princípios e regras, normas de estrutura e normas de conduta, e, normas com eficácia imediata e normas com eficácia mediata.

### **1.5.2 Princípios e regras.**

A doutrina tradicionalmente divide as normas jurídicas constitucionais em princípios e regras, destacando a importância dos primeiros para a organização do sistema do direito positivo, vez que, ao contrário das regras, eles veiculam valores.

Ronald Dworkin, acerca da diferença entre princípios e regras, considera que ela é de natureza lógica. Segundo o autor: “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.”<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. IPI – Comentários sobre as regras gerais de interpretação da tabela NBM/SH (TIPI/TAB). In **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 12, 1996, p. 54. Destaques no original.

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

Para o referido autor, as regras “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada.”<sup>70</sup> Em função dos fatos que uma regra estipula, “então a regra é válida” e a solução por ela prescrita deve ser aceita; ou esta lei “não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”<sup>71</sup> Mas não é assim que funcionam os princípios, leciona Dworkin, as normas jurídicas que veiculam princípios, sob a ótica hipotético-condicional, são distintas daquelas que veiculam regras. “Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.”<sup>72</sup>

Outro ponto difere os princípios das regras, segundo Dworkin, os primeiros possuem uma dimensão que as regras não têm: “a dimensão do peso ou importância”. Na aplicação dos princípios, “estes se inter cruzam” e “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”<sup>73</sup> Segundo o autor, “essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.”<sup>74</sup>

Segundo Dworkin, as regras não têm essa dimensão de peso. “Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes”, mas não que “se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.”<sup>75</sup>

Para Ronald Dworkin:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras<sup>76</sup> - por exemplo, por meio da hierarquia, da cronologia ou da especialidade.

---

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*, p. 39.

<sup>72</sup> *Idem, ibidem*, p. 40.

<sup>73</sup> *Idem, ibidem*, p. 42.

<sup>74</sup> *Idem, ibidem*, p. 42.

<sup>75</sup> *Idem, ibidem*, p. 42.

<sup>76</sup> *Idem, ibidem*, p. 43.

E, qual o conteúdo semântico para o termo *peso*? Uma relação de valor entre sujeito e objeto. Tanto o valor quanto o peso configuram-se numa relação entre dado sujeito e um objeto. No caso dos princípios constitucionais, o sujeito é o constituinte – na qualidade representante da essência popular - e o objeto é o bem da vida regulado pela norma constitucional. Em função da relevância social de dado objeto, o constituinte atribui-lhe uma qualificação positiva (valor) ou negativa (desvalor) e, para assegurar a realizabilidade deste valor na sociedade, o constituinte prescreve uma norma que, por meio de modais deônticos – aliados à coercibilidade ou à técnica promocional – alcance este objetivo.

O direito positivo é um produto cultural<sup>77</sup> cujas normas veiculam valores positivados pelo legislador para dirigir o corpo social. O legislador recolhe os valores mais caros à sociedade<sup>78</sup> e, traduzindo-os em signos verbais com função prescritiva, insere-os em normas jurídicas.<sup>79</sup> Estas, dependendo da carga axiológica que seus signos possuem, se de maior ou de menor grau, podem ser classificadas de uma ou outra maneira, segundo o entendimento de parte da doutrina.

Outro autor contemporâneo, Robert Alexy, também reúne princípios e regras sob o conceito de norma jurídica, “porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.”<sup>80</sup>

Segundo o referido autor, há diversos critérios para se distinguir regras de princípios, sendo que o utilizado com mais frequência é o da generalidade do conteúdo veiculado pela norma jurídica. “Segundo esse critério, princípios são normas com

---

<sup>77</sup> Neste sentido: VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.65.

<sup>78</sup> Helder Martinez Dal Col leciona: “Os valores, embora não sejam normas, como o são os princípios e regras, expressam preferências que uma determinada sociedade considera relevantes”. DAL COL, Helder Martinez. **Responsabilidade civil do empregador: acidentes do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

<sup>79</sup> Pondo em destaque o aspecto axiológico, Paulo de Barros Carvalho leciona que os princípios são normas jurídicas “carregadas de forte conotação axiológica”. Para o autor, *princípio* é o nome que se dá “a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 257.

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.”<sup>81</sup>

Mas, para o citado doutrinador, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que estes últimos “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”<sup>82</sup> Os princípios são mandamentos de otimização, ensina Alexy, sendo estes caracterizados por “poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”; e o âmbito das possibilidades jurídicas “é determinado pelos princípios e regras colidentes.”<sup>83</sup>

Quanto às regras, no entendimento de Alexy, “são normas que são satisfeitas ou não satisfeitas”,<sup>84</sup> pois elas “contêm determinações”. “Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”,<sup>85</sup> assevera o autor.

Num conflito entre regras, a solução se dá pela introdução de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma das regras, ensina Alexy. Já no caso de colisão entre princípios contraditórios, “um dos princípios terá que ceder”, sem que um deles seja declarado inválido, ou seja, inserida uma cláusula de exceção a qualquer deles. Terá precedência o princípio com maior peso, no caso concreto.<sup>86,87,88</sup> Assim, essa tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras, no entendimento de Alexy.

---

<sup>81</sup> O autor esclarece que o sentido do termo *generalidade* não pode ser confundido com *universalidade*. Dado que a este se contrapõe a *individualidade* e àquele contrapõe-se a especialidade. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87, nota de rodapé n. 11.

<sup>82</sup> *Idem, ibidem*, p. 90. Destaques no original.

<sup>83</sup> *Idem, ibidem*, p. 90. Destaques no original.

<sup>84</sup> *Idem, ibidem*, p. 90.

<sup>85</sup> *Idem, ibidem*, p. 91.

<sup>86</sup> *Idem, ibidem*, p. 95.

<sup>87</sup> Sobre a ponderação de bens para a solução de conflitos normativos, ensina Karl Larenz: “em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência consegue isto mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem respectivo na sua situação.” LARENZ, Karl.

Alexy também distingue o “caráter *prima facie* das regras e dos princípios”. Para o autor:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.<sup>89</sup> “Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”. “O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.”<sup>90</sup>

Diferentemente de Dworkin – que aplica a regra do tudo ou nada e do peso – Alexy distingue os princípios e regras tendo por fundamento a forma de solução de conflitos e o tipo de obrigação que instituem; a regra prescreve obrigação absoluta, já os princípios prescrevem obrigação *prima facie*.

Distingüindo, em parte, dos entendimentos apresentados, Humberto Ávila leciona que “os princípios não apenas explicitam valores”, mas também podem estabelecer “espécies precisas de comportamentos”, assim, como as regras, cujo conteúdo comumente é tido como instituidor de condutas, também podem ser “objeto de ponderação.”<sup>91</sup> Partindo destas idéias, o autor em questão defende que “ultrapassa-

**Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução de José Lamego da 5ª edição alemã. 2. ed São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 491.

<sup>88</sup> Também leciona sobre a ponderação como técnica para a solução de conflitos normativos: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: 2005.

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103 – 104.

<sup>90</sup> *Idem, ibidem*, p. 105.

<sup>91</sup> Segundo Ávila toda norma jurídica, vez que destinada a atingir determinada finalidade, “serve de meio para a realização de valores”. ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. *In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 10-A, vol. 1, 2006, p. 551.

se tanto a mera exaltação de valores sem a instituição de comportamentos, quanto a automática aplicação de regras."<sup>92</sup>

Segundo Ávila, um mesmo dispositivo pode servir tanto para veicular princípio quanto regra. As regras, para o autor, são normas imediatamente descritivas, “na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição de conduta a ser adotada”; e os princípios são normas imediatamente finalísticas, “já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”.

Para este autor, os princípios possuem um caráter deôntico-teleológico:

*deôntico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; *teleológico*, porque as obrigações, permissões e proibições decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas.<sup>93</sup>

Por isso o autor entende que os princípios são “*normas-do-que-deve-ser*”.<sup>94</sup> Já as regras podem ser definidas como *normas mediatamente finalísticas*. Estas possuem caráter deôntico-deontológico: “deôntico porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; deontológico porque as obrigações, permissões e proibições decorrem de uma norma que indica ‘o que’ deve ser feito.”<sup>95</sup> Daí dizer que “as regras são *normas-do-que-fazer*”.

Tomando-se por critério a expressão textual, os princípios, como quaisquer outras normas jurídicas, também podem ser classificados em *expressos* e *implícitos*.<sup>96</sup> Algumas vezes os princípios constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação, ensina Paulo de Barros, noutras, porém, “ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um

---

<sup>92</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.35;

<sup>93</sup> *Idem, ibidem*, p.72.

<sup>94</sup> *Idem, ibidem*, p.72.

<sup>95</sup> *Idem, ibidem*, p.72.

<sup>96</sup> Cf. PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. In **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, ano 5, n. 17, out./dez., 1996, p. 113-169.

esforço de feito indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos.”<sup>97</sup> Entre os princípios expressos e os implícitos não há relação de superioridade e inferioridade, se ambos estiverem no mesmo nível hierárquico do ordenamento jurídico, mas apenas de maior ou menor determinação textual.

Os princípios podem ser identificados nas várias áreas da ciência jurídica e em todos os níveis do direito posto. Dado, porém, o escalonamento hierárquico no qual se estrutura a ordem jurídica e o papel do subsistema constitucional como fundamento último das normas positivas, é para este subsistema que o legislador encaminha os valores que julga mais importantes e cujas influências quer ver irradiadas por todo o ordenamento positivo.

Dentre os princípios de interesse deste trabalho são particularmente importantes o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio protetor trabalhista e o princípio da igualdade de oportunidade trabalhista. Estes princípios serão objetos de considerações, em tópicos abaixo, conforme forem se encaixando em um ou noutro ponto do estudo.

### 1.5.3 Normas constitucionais segundo a eficácia jurídica.

Vários doutrinadores tomam por critério a eficácia jurídica para elaborar classificações das normas constitucionais<sup>98</sup>. Geraldo Ataliba, também tendo em vista

---

<sup>97</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 263.

<sup>98</sup> Sobre as classificações doutrinárias que tomam por critério a eficácia das normas constitucionais consultar também: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2010; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 91 e ss; BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.117 e ss; DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 97 e ss; MEIRELLES TEIXEIRA, J. H.. **Curso de Direito Constitucional**. Org. por Maria Garcia, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 317; PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda I, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ed., 1970, (art. 1º - 7º; t.1), p. 475 e ss; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 126-134; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Derecho constitucional**. Traducción de Pablo Lucas Verdú. Madri: Tecnos, 1973, p. 671; ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. *In Revista de Direito Público*, n.13, São Paulo: RT, 1970, p.35-44; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

este critério, considera que as normas contidas nas Constituições não são todas absolutamente iguais entre si. “Há normas constitucionais que podem – e devem – ser imediata e diretamente cumpridas e aplicadas e outras que não podem, por falta de elementos normativos completos, no próprio texto.”<sup>99</sup>

Há normas jurídicas constitucionais que reúnem todos os elementos normativos necessários à sua aplicação; e normas que podem ser qualificadas como “incompletas” em função de não possuírem alguns “elementos normativos, de tal sorte a impedir a determinação exata de sua hipótese de incidência ou momento preciso de uma irradiação de efeitos, ou ainda, a extensão, os limites ou mesmo os sujeitos por eles alcançados.”<sup>100</sup>

Adotando o critério “eficácia jurídica” como condição de aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva também as dividiu entre si para elaborar uma teoria tricotômica da eficácia das normas constitucionais. O referido autor classificou as normas constitucionais em: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras (de eficácia plena) são normas constitucionais de aplicabilidade direta, imediata e integral, desde a entrada em vigor da Constituição, produzindo todos os objetivos pretendidos pelo constituinte.<sup>101</sup>

As segundas (de eficácia contida) são normas constitucionais que incidem imediatamente e produzem todos os efeitos por ela pretendidos, todavia, prescrevem mecanismos ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites ou circunstâncias. Por isso, diz-se que tais normas são dotadas de aplicabilidade direta, imediata e possivelmente não-integral, deixando margem à atuação restritiva do legislador ordinário.<sup>102</sup> Já as terceiras (de eficácia limitada) são normas constitucionais dotadas de aplicabilidade indireta, mediata, reduzida e sem

---

<sup>99</sup> ATALIBA, Geraldo. Normas Constitucionais e Leis Complementares. *In Revista de Direito Público*. São Paulo, n.4, 1970, n. 4, p. 35.

<sup>100</sup> *Idem, ibidem*, p. 35.

<sup>101</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86.

<sup>102</sup> *Idem, ibidem*, p. 86.

normatividade suficiente para, desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos.<sup>103</sup>

Vezió Crisafulli sustenta que a eficácia das normas constitucionais programáticas é a própria de qualquer norma jurídica. As referidas normas são obrigatórias, pelo menos para o legislador e, em conseqüência, inválidas serão as leis que com elas contrastarem.<sup>104</sup>

Também tomando por base o critério *eficácia jurídica*, José Horácio Meirelles Teixeira classificou as normas constitucionais em duas classes: normas de eficácia plena; e, normas de eficácia limitada ou reduzida.<sup>105</sup>

As primeiras, assevera Meirelles, são normas constitucionais:

que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.<sup>106</sup>

Já por normas de eficácia limitada, ensina Meirelles,

devem-se entender aquelas *normas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário.*<sup>107</sup>

Segundo Meirelles Teixeira é praticamente impossível ao doutrinador fixar “um critério objetivo, único, geral, com o qual se possa caracterizar desde logo, com

<sup>103</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82-83.

<sup>104</sup> CRISAFULLI, Vezió. Efficacia delle Norme Costituzionali Programmatiche. *In Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.1, gen./mar. Milano, Giuffrè, 1951, p. 80. *Apud* ATALIBA, Geraldo. Normas Constitucionais e Leis Complementares, *In Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, 1970, n. 4, p. 42.

<sup>105</sup> MEIRELLES TEIXEIRA, J. H.. **Curso de direito constitucional**. Org. por Maria Garcia, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 317. Destaques no original.

<sup>106</sup> *Idem, ibidem*, p. 317.

<sup>107</sup> *Idem, ibidem*, p. 317. Destaques no original.

segurança, as normas de eficácia plena, a fim de extremá-las imediatamente das normas de eficácia limitada”; para o autor em referência, cabe ao intérprete, em cada caso, examinar a norma “em sua redação, em seu conteúdo, enfim, em seus vários elementos, explícitos e implícitos, chegar a uma conclusão válida, quanto à respectiva natureza.”<sup>108</sup>

No entendimento de Meirelles Teixeira, a natureza social e o seu caráter de compromisso “indicarão, também, a existência de uma norma programática”. O autor também destaca que a redação, o texto da norma sempre oferecerá ao intérprete “excelentes subsídios”<sup>109</sup> para tal identificação.

Quanto às normas de eficácia limitada, Meirelles Teixeira as subdividiu em: a) normas programáticas e normas de legislação. As primeiras, segundo o autor, versam sobre matéria ético-social e constituem verdadeiros programas de ação social assinalados ao legislador ordinário. Já as segundas inserem-se nas disposições de organização da Constituição e, excepcionalmente, na relativa aos direitos e garantias.

Na norma constitucional programática, atesta Meirelles Teixeira,

o legislador constituinte preferiu regular, com eficácia imediata, apenas os comportamentos estatais destinados à obtenção final daqueles efeitos (fins essenciais), dentro das diretrizes e no sentido nela expresso.<sup>110</sup> As normas programáticas surgem, assim, como uma espécie de *solene obrigação* que o próprio Estado assume, através do Poder Constituinte, de *elaborar outras normas sobre certas matérias, na grande maioria*, na quase totalidade das vezes, assinalando já a seus órgãos *certas diretrizes* a serem estritamente observadas.<sup>111</sup>

Quanto ao objeto das normas programáticas, Meirelles Teixeira aponta que este é de natureza essencialmente *ético-social*, incluindo ser aí a “proteção aos

---

<sup>108</sup> MEIRELLES TEIXEIRA, J. H.. **Curso de direito constitucional**. Org. por Maria Garcia, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 322.

<sup>109</sup> *Idem, ibidem*, p. 323. Destaques no original.

<sup>110</sup> *Idem, ibidem*, p.324.

<sup>111</sup> *Idem, ibidem*, p.328. Destaques no original.

trabalhadores”, “prestações positivas do Estado que deverá organizar-se no sentido de oferecer a todos trabalho, escola, proteção à saúde, à maternidade, à infância, à velhice desamparada, etc.”<sup>112</sup>

Por outro lado, as normas de legislação são aquelas que, por impossibilidade técnica de a própria constituição regular minúcias, o constituinte remete ao legislador a competência para regular os pormenores da criação de um órgão, por exemplo. O conteúdo de tais normas de legislação, segundo Meirelles Teixeira, *não reflete nenhum choque de interesses e de ideologia, nenhum ‘compromisso’,* como as programáticas, e apenas deixam de produzir desde logo todos os seus efeitos por uma razão ‘instrumental’, ou ‘técnica’.<sup>113</sup>

Em relação à determinação da eficácia ou dos efeitos jurídicos das normas de aplicabilidade limitada, Meirelles assevera que a primeira e mais alta preocupação do aplicador ou intérprete da Constituição deve ser: *“reconhecer e assinalar às suas normas, sejam de que natureza forem, e, portanto, também às programáticas, a maior eficácia possível.”*<sup>114</sup>

A partir das classificações supra expostas, observa-se que, não obstante seus autores adotarem critérios e espécies com alguns matizes diferentes, em linhas gerais, eles levam à conclusão de que toda norma constitucional possui eficácia jurídica, podendo esta mais ou menos intensa, dependendo da redação dada ao texto de cada norma.

Algumas normas constitucionais, conforme se verá abaixo, possuem plena eficácia em função dos elementos normativos que veiculam; outras, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não preenchem as condições necessárias para gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, razão pela qual, dependem da

---

<sup>112</sup> MEIRELLES TEIXEIRA, J. H.. **Curso de direito constitucional**. Org. por Maria Garcia, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.328.

<sup>113</sup> *Idem, ibidem*, p.330.

<sup>114</sup> *Idem, ibidem*, p. 330.

intervenção do legislador ordinário. Estas são as normas de eficácia limitada ou reduzida.<sup>115</sup>

Conforme se verá oportunamente, para fins do presente estudo, a classificação referida neste item será relevante, especialmente, para a análise da aplicabilidade e da vinculabilidade dos direitos fundamentais trabalhistas prescritos nos artigos 7º e 8º, da CF/88, quer aos poderes estatais – com destaque para o legislador –, quer para os particulares, aqui abarcados os empregadores e os entes sindicais.

#### **1.5.4 Normas constitucionais de estrutura e de conduta**

Carlos Ayres Brito e Celso Ribeiro Bastos, tomando em consideração o destinatário da norma constitucional, ensinam que as normas que dispõem sobre a produção normativa são normas de estrutura – também chamadas de normas de organização ou normas de competência.<sup>116</sup>

Para os autores, estas normas “autorizam a produção de novas regras, indicando os respectivos editores e rito procedimental a ser observado, ou então dispõem sobre a existência, validade e eficácia de outras normas”. Estas normas constitucionais, asseveram Bastos e Brito, “costumam dirigir-se ao próprio legislador ordinário, embora também se dirijam, mas em menor proporção, a todo e qualquer editor normativo.”<sup>117</sup> Quanto às normas de conduta, estas são chamadas por Bastos e Brito de regras de comportamento.

Alf Ross também considera que as normas jurídicas podem ser divididas em duas classes: normas de conduta e normas de competência. A primeira classe é composta de normas jurídicas “que prescrevem uma certa linha de ação”, ensina Ross. Já a segunda classe,

---

<sup>115</sup> Neste sentido, também o entendimento de: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 266.

<sup>116</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 28.

<sup>117</sup> *Idem, ibidem*, p. 28.

contém as normas que criam uma competência (poder, autoridade) – são diretivas que dispõem que as normas que são criadas em conformidade com um modo estabelecido de procedimento serão consideradas como normas de conduta. Uma norma de competência é, deste modo, uma norma de conduta expressa indiretamente.<sup>118</sup>

No mesmo caminho, lecionando que o ordenamento jurídico regula a sua própria produção normativa, Norberto Bobbio considera que neste conjunto normativo há “normas de comportamento ao lado de normas de estrutura”. As normas de estrutura são aquelas que regulam a produção jurídica, assevera o autor. “Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir normas.”<sup>119</sup>

As normas de estrutura não prescrevem condutas intersubjetivas, segundo Bobbio, “mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de condutas válidas.”<sup>120</sup> No entendimento do autor:

Uma norma que prescreve caminhar pela direita é uma norma de conduta; uma norma que prescreve que duas pessoas estão autorizadas a regular seus interesses em certo âmbito mediante normas vinculantes e coativas é uma norma de estrutura, na medida em que não determina uma conduta, mas fixa as condições e os procedimentos para produzir normas válidas de conduta.<sup>121</sup>

Segundo Norberto Bobbio, as normas de estrutura dirigem-se à criação, modificação e extinção de outras normas jurídicas.

A norma de estrutura prescreve uma conduta interna ao próprio ordenamento jurídico. Segundo Guastini: “Las normas sobre la producción jurídica confieren al acto ‘bruto’ de prescribir – realizado por ciertos sujetos determinados de conformidad

---

<sup>118</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p.57.

<sup>119</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 44.

<sup>120</sup> *Idem, ibidem*, p.33.

<sup>121</sup> *Idem, ibidem*, p.33-4.

con ciertos, no menos determinados, procedimientos – la etiqueta ‘institucional’ de legislación.”<sup>122</sup>

Contrariando em parte o raciocínio classificatório de Bobbio, Paulo de Barros Carvalho, não obstante adotar a terminologia acima, assevera que as normas de estrutura, em última análise, também são normas de conduta, pois também regulam condutas relativas à produção, modificação e extinção de outras normas.<sup>123</sup>

Luis Roberto Barroso, tomando por base os objetos veiculados pelas normas constitucionais classifica-as em: normas de organização, normas definidoras de direitos; e, normas programáticas.<sup>124</sup>

As normas de organização “têm por objeto estruturar e disciplinar o exercício do poder político”,<sup>125</sup> ensina Barroso. Já as normas definidoras de direitos “são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nela consagrados.”<sup>126</sup>

Para Barroso, as normas constitucionais programáticas são aquelas que

traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa.<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México: UNAM, 2001, p. 85.

<sup>123</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 36.

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 88; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 200 e ss.

<sup>125</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 200.

<sup>126</sup> *Idem, ibidem*, p. 201.

<sup>127</sup> *Idem, ibidem*, p. 202.

Estas normas programáticas, ensina Barroso,

investem os indivíduos em posição jurídica menos consistente que as da segunda categoria – a das normas definidoras de direitos. É que, por não traçarem suficientemente uma conduta a ser seguida, não ensejam um desfrute imediato de qualquer bem jurídico, criando a exigibilidade de uma prestação positiva.<sup>128</sup>

Não obstante, tais normas conferem “direitos subjetivo de caráter negativo, direta e imediatamente exigíveis, amparáveis em sede judicial.”<sup>129</sup>

Além da importância da classificação das normas constitucionais em princípios e regras, as classificações segundo a *eficácia jurídica* servirão de suporte para a análise da capacidade vinculante das normas que prescrevem direitos fundamentais sociais trabalhistas. Além disso, as classificações que adotam como critério o *conteúdo regulado* serão muito úteis para auxiliarem no estudo da natureza jurídica do poder normativo trabalhista e suas peculiaridades.

---

<sup>128</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, p. 151.

<sup>129</sup> *Idem, ibidem*, p. 151.

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS PRESCRITOS NO ART. 7º, DA CF/88.

### 2.1 Considerações iniciais.

Tratou-se, nas seções precedentes, da Constituição como fundamento positivo do ordenamento jurídico, do caráter analítico do texto brasileiro de 1988, da necessidade de se classificar e se compreender as espécies normativas constitucionais, o modo de relacionamento entre elas e os efeitos que produzem. Além disso, buscou-se apontar alguns pressupostos teóricos como norte para o desenvolvimento deste estudo.

Feita esta introdução, neste contexto será inserida a análise dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, com destaque para os direitos fundamentais trabalhistas e a possibilidade de criação, pelos sujeitos constitucionalmente autorizados, de novos direitos trabalhistas com vistas à melhoria da condição social do trabalhador.

Primeiramente, convém destacar que a presença de direitos fundamentais em dado ordenamento jurídico indica a natureza constitucional do Estado ao qual ele se vincula. Por isso, Martin Kriele afirma que “a história dos Direitos humanos vai de mão em mão com a história do Estado Constitucional. A história dos Direitos humanos e a história do Estado Constitucional formam uma unidade inseparável.”<sup>130,131</sup>

Esta relação também é reconhecida por Perez Luño, que entende existir uma estreita interdependência, genética e funcional, entre o Estado de Direito e os

---

<sup>130</sup> KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Tradução da 6ª edição alemã por Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 178.

<sup>131</sup> Dieter Grimm também demonstra a conexão entre os direitos fundamentais, os movimentos sociais na história e a configuração estatal. Cf. GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 103.

direitos fundamentais. Para o autor, “o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que [estes] exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.”<sup>132</sup> Corrobora esse entendimento o magistério de Luigi Ferrajoli, para quem os direitos fundamentais “expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito.”<sup>133</sup>

Um Estado Constitucional poderá tanto ter uma configuração liberal quanto social. Alinha-se ao primeiro viés, o seguinte trecho da obra de Klaus Stern:

La constitución <<verdadera>> y perfecta sólo existe, si en ella se contienen también la posición fundamental del individuo en el Estado y en particular los derechos subjetivos más importantes del individuo frente al poder del Estado. El ordenamiento del poder político y de la libertad individual constituyen para la constitución una estructura inseparable. Se trata de contenidos inescindibles. La idea inicial de la constitución puramente organizativa se transformó mediante la absorción de la idea de los derechos fundamentales en idea moderna de constitución.<sup>134</sup>

Perfilando-se à linhagem social, Jorge Reinaldo A. Vanossi considera que a existência de direitos sociais fundamentais no texto constitucional é inerente à natureza e à substância de um Estado Democrático Social de Direito.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 19.

<sup>133</sup> No pensamento de Luigi Ferrajoli: “Todos los derechos fundamentales – no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *finés* a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.” FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004, p. 22.

<sup>134</sup> STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Traducción por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid: CEC, 1987, p. 211.

<sup>135</sup> Este autor indaga: “¿A qué apunta la concepción democrático-social? Y la consiguiente respuesta: a procurar mayores niveles reales de *igualdad de oportunidades*, como la necesaria actualización de la vieja idea de la igualdad ‘formal’, procurando abarcar así al mayor número de componentes de la mayor cantidad de sectores sociales. En la imposibilidad de prometer una igualdad real y total, la democracia acentúa hoy el compromiso social de alcanzar oportunidades generalizadas y amplias que permitan a la mayoría (cualitativa y cuantitativa) superar el riesgo de la permanencia en el plano ‘sumergido’ y puedan así acceder a la posibilidad de un goce real de aquellos derechos que el constitucionalismo clásico reconoció como los más inherentes a la personalidad humana (los derechos individuales o ‘derechos del hombre’)”. VANOSSO, Jorge Reinaldo A.. **Estudios de teoría constitucional**. México: UNAM, 2002, p. 129. Destaques no original.

É certo que esta última configuração estatal, na lição de Paulo Bonavides, tem matizes riquíssimos e diversos, pois, quando o Estado confere direitos ao trabalho, de previdência, de educação e de saúde, intervém na economia, fixa salários, manipula moeda, combate o desemprego, concede crédito, enfrenta crises econômicas, etc, tudo sob o regime capitalista de mercado, configura-se em Estado Social.<sup>136,137</sup>

O Estado Social de Direito reúne sob o mesmo teto a liberdade de iniciativa, o capitalismo, o intervencionismo, a contenção estatal, e, especialmente, os direitos fundamentais individuais e sociais. Se estiver sob o pálio da democracia política, o Estado Social de Direito passa a ser denominado de Estado Democrático Social de Direito.<sup>138</sup> No Brasil, este último qualificativo encontra-se prescrito no art. 1º, da CF/88, dado todo poder emanar do povo.<sup>139</sup>

Dimensionando o vínculo entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais, José Afonso da Silva entende que a democracia “*é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais homem, em todas as suas dimensões.*”<sup>140</sup> Para este autor, a democracia assegura a realização dos direitos políticos, “que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos

<sup>136</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.186.

<sup>137</sup> E isso ocorre por que, mesmo sendo uma criação jurídica, tal como entendido por Burdeau, o Estado é um produto da mente humana e das nuances históricas. Para este autor: “Quando os indivíduos pensam o Estado, é mesmo vendo nele uma instituição destinada a funcionar segundo certas normas e visando uma finalidade que aceitam. O Estado reflete-lhes o pensamento”. Cf. BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 37.

<sup>138</sup> “A partir da evolução histórica que conduz ao Estado social e democrático de Direito, se compreende a transcendência que este princípio tem no ordenamento constitucional. Trata-se de um princípio nuclear que expressa o próprio sentido da Constituição normativa através das distintas vertentes incorporadas à formula constitucional do Estado social, democrático e de Direito

<sup>139</sup> É inegável, ensina Vidal Serrano Nunes Junior, que a Constituição de 1988 concebeu um Estado Democrático Social de Direito, “prenunciando, de maneira clara e incontroversa, o propósito de criação de um Estado voltado à realização de direitos sociais, em especial aqueles que integram o chamado piso vital, que podem ser perfeitamente denominados de direitos sociais vitais, uma vez que deles depende a vida dos indivíduos que se lhes tem por destinatários.” SERRANO JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p.44-47.

<sup>140</sup> SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.s). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 370. Destaques no original.

direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante”. Sendo que os direitos económicos e sociais “são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente”. Por isso, “os direitos humanos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela deve existir para realizá-los com o que estará concretizando a justiça social.”<sup>141</sup>

O Estado Democrático Social de Direito busca preservar a liberdade, a democracia política e os direitos sociais,<sup>142</sup> em ambiente capitalista.<sup>143</sup> Daí se constatar que as prescrições de direitos fundamentais liberais ou sociais derivam do conteúdo dos princípios e valores constitucionais e vice-versa.

Segundo Freijedo,

os directos fundamentais estabelecidos pela Constituição orientam a interpretação dos princípios e valores constitucionais, e estes, enquanto abstração de tais directos, facilitam uma interpretação sistemática e constitucionalmente adequada dos directos fundamentais em sua relação com os demais directos e bens constitucionalmente protegidos.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.s). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 370.

<sup>142</sup> Segundo Georges Burdeau, no contexto de ideais que situa a democracia social, os direitos são exigências configuradas a partir de necessidades concretas consideradas. Para o autor, a democracia social tende a estabelecer entre os indivíduos uma igualdade material que a liberdade, por si só, não consegue assegurar. Cf. BURDEAU, Georges. **La democracia**. Barcelona: Ariel, 1958, p. 58 e p. 61.

<sup>143</sup> Referindo-se à Constituição Portuguesa de 1976, Canotilho e Vital Moreira consideram: “Se se analisar o objecto dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, fácil é verificar que eles consubstanciam e servem três valores essenciais: a *liberdade*, a *democracia política* e a *democracia económica e social*. Servem a primeira principalmente os ‘direitos, liberdades e garantias pessoais’(arts. 25º e segs.) e os ‘direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores’(53º e segs.); servem a segunda os ‘direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores’(arts. 48º e segs.); servem a terceira sobretudo os ‘direitos sociais’(art. 63º e segs.). É essa trilogia que constitui o pressuposto e o critério substancial dos direitos fundamentais, sendo insuficiente e inadequada qualquer concepção reducionista que faça apelo apenas a um daqueles valores.” CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vítor. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p.106.

<sup>144</sup> FREIJEDO, Francisco J. Batista *et al.* **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 35. Tradução livre: “los derechos fundamentales establecidos por la Constitución orientan la interpretación de los principios y valores constitucionales, y éstos, en cuanto abstracción de tales derechos, facilitan una interpretación sistemática y constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en su relación con los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos”.

Formalmente, os direitos fundamentais constituem-se em um conjunto de normas constitucionais imutáveis. Tais normas decorrem da conjugação de elementos textuais expressos ou implícitos e descrevem relações jurídicas abstratas e hipotéticas entre um sujeito ativo – indivíduo ou coletividade – e um sujeito passivo – Estado ou, em alguns casos, o particular –, cujo objeto pode ser a exigência de um não-fazer, um fazer ou um dar,<sup>145</sup> relativo a bens jurídicos diversos e escolhidos segundo a importância identificada pelo constituinte originário.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua direitos fundamentais como sendo:

todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas das esferas de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>146</sup>

Observando-se as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais encontram-se, como objetos das mesmas, autorizações para se exigir um fazer, um não fazer ou um dar. O que varia, de um direito para outro, é o bem da vida posto em relação com os sujeitos envolvidos, que normalmente são, no pólo ativo, uma *pessoa* (ou coletividade, em alguns casos) e, no pólo passivo, o *Estado* (ou particular, em alguns casos) – conforme será analisado no capítulo seguinte.

A liberdade, v.g., é o bem da vida prescrito pelo art. 5º, II, da CF/88, e este direito exige um não fazer – ou um agir negativo – do sujeito passivo e um direito do sujeito ativo de exigir este comportamento. Da mesma maneira, no direito à prestação jurisdicional célere e adequada, prescrito no art. 5º, LIV c/c LXXVIII, o sujeito passivo da obrigação de fazer é o Estado e o sujeito ativo da mesma é a pessoa em sentido

---

<sup>145</sup> Sobre o conteúdo das obrigações veiculadas por direitos fundamentais, consultar: ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derecho exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.25.

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

lato, em situação de litígio. No direito à não-discriminação no salário, prescrita no art. 7º, XXX e art. 39, § 3º, da CF/88, o sujeito ativo é o empregado, o sujeito passivo é o empregador e o objeto da relação jurídico é uma obrigação de não-fazer.<sup>147</sup>

Os direitos fundamentais são objetos de várias classificações doutrinárias nacionais e estrangeiras.<sup>148</sup> Dentre elas estão as que sistematizam os direitos fundamentais em gerações e em dimensões.

A teoria das gerações classifica os direitos de liberdade (direitos civis e políticos) como sendo os de primeira geração; e, os direitos de igualdade (direitos econômicos, sociais e culturais) como sendo de segunda geração. Já os direitos de terceira geração são aqueles cuja titularidade é coletiva e consagram o princípio da solidariedade (direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).<sup>149,150</sup> Além da terceira geração, há doutrinadores que identificam ainda direitos fundamentais de quarta e até de quinta gerações.<sup>151</sup>

Antônio Augusto Cançado Trindade intitula como “fantasia” as chamadas “gerações de direitos”, que para ele correspondem a uma “visão atomizada ou fragmentada”

<sup>147</sup> Note-se que a Constituição de 1988 não possui um dispositivo geral de aplicação com a redação do art. 18/1 da Constituição Portuguesa, que prescreve que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas.”. Todavia, o vínculo que nasce entre o empregado e o empregador, no caso, decorre do próprio texto veiculador do direito fundamental sob análise. Esta peculiaridade será melhor evidenciada em outros pontos do presente estudo.

<sup>148</sup> Sobre as classificações dos direitos fundamentais consultar também: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254-269 e p. 193-253; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed.Coimbra: Almedina, 1998, p.374 e ss. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.176 e ss; FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p.82 e ss.

<sup>149</sup> Utilizando a classificação geracional dos direitos fundamentais: STF, Pleno, Mandado de Segurança n. 221.164/SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJ, seção I, 17 nov., 1995, p. 39.206; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 17; MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 25 e ss; ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos fundamentais de terceira geração. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 15, 1998, p. 227-232.

<sup>150</sup> Discorre sobre cada uma das gerações: SERRANO JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.44-47.

<sup>151</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 570 e p. 579.

dos direitos, no tempo. O autor em referência qualifica como “simplista” as chamadas “gerações de direitos”, assim como “histórica e juridicamente infundada.”<sup>152</sup>

Para Cançado Trindade, a referida classificação “tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos”.<sup>153</sup> Distintamente do que invocação da imagem da “sucessão geracional” faz supor, leciona o autor, os direitos humanos não se “sucedem” ou “substituem” uns aos outros, “mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais.”<sup>154,155</sup>

Nesta linha, Paulo Bonavides defende que termo *dimensão* “substitui com vantagem lógica e qualitativa” o termo *geração*, “caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.”. Os direitos de primeira, segunda e terceira gerações “permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.”<sup>156</sup> Neste contexto, surge, a classificação dos direitos fundamentais em dimensões.

A classificação dos direitos fundamentais em dimensões defende o caráter cumulativo e complementar de todos os direitos caracterizados como tais, assim como defende a unidade e a indivisibilidade dos mesmos no contexto do direito constitucional, sob inspiração da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993). Esta posição também é adotada por Flávia Piovesan, para quem “a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo

---

<sup>152</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003, v.1, p. 43.

<sup>153</sup> *Idem, ibidem*, p. 43.

<sup>154</sup> *Idem, ibidem*, p. 43.

<sup>155</sup> Sobre as divergências doutrinárias a respeito das terminologias *geração* e *dimensão*, consultar também: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 563 e ss.

<sup>156</sup> BONAVIDES, **Curso...**, p. 571-572.

qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.”<sup>157</sup>

Desenvolvendo a teoria dimensional, Ingo Wolfgang Sarlet defende que os direitos de primeira dimensão apresentam-se como direitos *individuais* de cunho negativo, ou seja, aqueles que veiculam uma abstenção por parte dos poderes públicos. Dentre os direitos desta natureza, o autor cita o direito à igualdade formal e o direito de associação. Já os direitos de segunda dimensão caracterizam-se por outorgarem *ao indivíduo* “direitos a prestações sociais estatais”, o que revela “uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. Além das prestações positivas, tais direitos abrangem também as liberdades sociais, dentre elas a de sindicalização e de greve, bem como os direitos fundamentais aos trabalhadores (férias, descanso semanal remunerado, garantia de salário mínimo, etc), que também são direitos sociais em sentido amplo, que densificam o princípio da justiça social<sup>158</sup>, ensina o autor.

Afora os direitos de primeira e de segunda dimensões, para Sarlet, também há os direitos de terceira dimensão, que se desprendem “da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)”, passando a ter titularidade coletiva ou difusa; como exemplos destes últimos, Sarlet cita os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação e à utilização do patrimônio histórico e cultural, dentre outros.<sup>159,160</sup>

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o reconhecimento das dimensões dos direitos fundamentais revela um processo “essencialmente dinâmico e dialético, marcado

---

<sup>157</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 55.

<sup>158</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54 e p. 55.

<sup>159</sup> Assim como se discute na doutrina sobre a existência de direitos de quarta geração ou até quinta geração (Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 570 e p. 579), o autor também indaga sobre a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão e conclui que a possibilidade “ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas”.

<sup>160</sup> Também se refere aos direitos fundamentais de titularidade coletiva, de terceira e até mesmo de quarta gerações: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 127, p.131.

por avanços, retrocessos e contradições”, que demonstra “a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais”, que desprenderam em grande parte “de sua concepção inicial de inspiração jusnaturalista.”<sup>161</sup>

Por outro lado, Jairo Schäffer propõe uma *compreensão unitária dos direitos fundamentais*, que supere os padrões classificatórios consolidados na doutrina acima referidos. No entendimento deste autor, os direitos fundamentais são incidíveis em função da unidade constitucional.<sup>162</sup> Estruturalmente, não há diferenças entre direitos sociais (positivos ou prestacionais) e direitos de liberdade (negativos), dado a presença de “diferentes expectativas (positivas e negativas), em maior ou menor grau, em todos os direitos fundamentais”, ensina Schäffer.

O autor ainda destaca uma “interligação sistêmica e dialética entre todas as espécies de direitos fundamentais, implicando comprometimento recíproco dos direitos no que se refere à efetivação”, bem como o “caráter principiológico” dos direitos fundamentais, o que implica entendê-los como “mandados de otimização” condicionados, em sua eficácia, por possibilidades reais (reserva do possível) e jurídicas.<sup>163</sup>

Quanto à terminologia a ser usada, põe-se em evidência que, a Constituição Federal de 1988 referiu-se aos direitos fundamentais em diversos pontos de seu texto, utilizando-se, no entanto, de diferentes expressões: no art. 4º, II – direitos humanos; no art. 5º, §1º e Título II – direitos e garantias fundamentais; no art. 5º, § 2º – direitos e garantias; no art. 5º, LXXI – direitos e liberdades constitucionais; e, no art. 60, § 4º, inciso IV – direitos e garantias individuais.

A doutrina costuma distinguir o conteúdo das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, para considerar aqueles como os direitos reconhecidos e positivados constitucionalmente por dado Estado e estes os que têm fundamento no

---

<sup>161</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54-60.

<sup>162</sup> SCHÄFFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 70.

<sup>163</sup> *Idem, ibidem*, p. 70.

direito internacional.<sup>164,165</sup> Corroborando estas lições, Alexy afirma que, “direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo.”<sup>166</sup>

Perez Luño, após destacar a heterogeneidade nas terminologias utilizadas pela doutrina, ensina que há uma tendência em “reservar la denominación ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.”<sup>167,168</sup>

Neste estudo, optou-se pelo uso da expressão “direitos fundamentais” com base na generalização prescrita no Título II “Dos direitos e garantias fundamentais” que alberga tanto as expressões referidas no art. 5º, quanto no art. 60, § 4º, IV, da CF/88, assim como abarca os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, todos prescritos na Constituição.

Quanto à expressão “direitos humanos” constante do art. 4º, II, da CF/88, a escolha do constituinte justifica-se pelo fato de que no direito internacional, tradicionalmente, utiliza-se da mesma para se referir aos direitos, internamente, chamados de fundamentais. Assim, adotar-se-á a expressão “Direitos Fundamentais”, tal como

<sup>164</sup> Também neste sentido: COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 407.

<sup>165</sup> Em sentido um pouco diverso, Martin Kriele define os direitos fundamentais como *direitos positivados* e os direitos humanos como *direitos naturais*. “Onde os Direitos humanos estão institucionalizados nos Direitos fundamentais, há a diferença entre Direitos humanos e fundamentais na questão do aspecto: visto juridicamente, trata-se de Direitos fundamentais, visto filosoficamente, de Direitos humanos. Onde, ao contrário, não se logrou a institucionalização, os catálogos de Direitos humanos são exigências, idéias, esperanças, impulsos, tendências: depende, então, de se fazer dos Direitos humanos Direitos fundamentais.”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático**. Tradução da 6ª edição alemã por Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 183.

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jul./set., n. 217, 1999, p. 73.

<sup>167</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 33. Ainda sobre as divergências terminológicas, consultar: ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 56 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 36 e p. 41.

<sup>168</sup> Sobre as expressões utilizadas pela doutrina, consultar também: BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 56.

prescrita no Título II, da CF/88, em detrimento das expressões: “direitos humanos”, constante do art. 4º, II, “direitos e liberdades constitucionais”, presente no art. 5º, LXXI, e “direitos e garantias individuais”, prevista no art. 60, § 4º, IV, CF/88, uma vez que a primeira é mais genérica e abrange o sentido de todas as demais.

Certo é que dado instituto jurídico somente pode ser compreendido a partir da análise de sua natureza jurídica, isto é, da análise do regime jurídico que o constitui deonticamente. No âmbito dos direitos fundamentais, estes têm em si a característica da fundamentalidade constitucional, que aponta para a “especial *dignidade e protecção* dos direitos num sentido formal e num sentido material.”<sup>169</sup> Esta fundamentalidade integra a natureza jurídica dos referidos direitos e é classificada segundo os seus aspectos formal e material.

A fundamentalidade formal encontra-se ligada à rigidez de dado texto constitucional,<sup>170</sup> que fundamenta, por sua vez, a ideia da hierarquia das normas constitucionais em relação às demais normas de dado ordenamento jurídico. Neste sentido, Robert Alexy: “A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico.”<sup>171</sup>

O carácter rígido e formal é inerente a todas as normas constitucionais brasileiras, por força do art. 60, da CF/88. E como dispõe o referido artigo, a rigidez, por si só, não se configura em impeditivo para alterações e revogações de dado texto constitucional, mas apenas prescreve condições mais rigorosas para que sejam feitas.

Em função disso, para diferenciar os direitos fundamentais – e outras matérias referidas pelo art. 60, § 4º – das demais normas constitucionais, o constituinte

---

<sup>169</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.372. Destaques nossos.

<sup>170</sup> Sobre a rigidez constitucional, consultar: GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México: UNAM, 2001, p.188-189; HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 96.

<sup>171</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520.

originário criou uma norma especial para impedir os poderes constituídos de abolí-los, criando, assim, uma espécie de círculo protetor ao redor dos mesmos, o que a doutrina passou a denominar *cláusula pétrea*.

O constituinte originário proibiu a abolição das matérias contidas no § 4º, do art. 60, da CF/88, e, dentre estas se encontram os direitos fundamentais, conforme se demonstrará abaixo. Acerca da imutabilidade de parte das normas constitucionais, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello entende que:

a Constituição, quando veda que se altere determinado preceito, é porque o considera básico, consolidando o seu verdadeiro e próprio espírito”. Se quiséssemos fazer uma comparação, ensina o autor, “diríamos, que um dispositivo nestas condições se encontra em face da Constituição como a alma em relação ao corpo, como o espírito vivificador em relação à matéria.<sup>172</sup>

Quanto à fundamentalidade material, esta reside do fato de os direitos fundamentais serem integrantes da constituição material e conterem decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da Sociedade.<sup>173</sup>

Também neste sentido, encontra-se a lição de Canotilho: “A idéia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade.”<sup>174</sup> Segundo o referido autor português a noção de fundamentalidade material também pode fornecer suporte para a abertura da constituição a outros direitos, igualmente fundamentais, mas não constitucionalizados, “isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais”; também possibilita a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à

---

<sup>172</sup> MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: RT, 1934, p. 30.

<sup>173</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86.

<sup>174</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 373.

fundamentalidade formal e confere à constituição a abertura a novos direitos fundamentais.<sup>175</sup>

No mesmo caminho, o entendimento de Oscar Vilhena Vieira:

O reconhecimento expresso ou implícito pela Constituição de um direito fundamental tem como consequência colocá-lo no topo da hierarquia das escolhas públicas. Ou seja, o interesse ou valor por ele protegido deve prevalecer sobre outros interesses ou valores não protegidos como direitos fundamentais.<sup>176</sup>

Riccardo Guastini sumaria o acima exposto nos seguintes termos:

Se dicen ‘formalmente’ constitucionales todas (y sólo) las normas incluidas en un documento constitucional.”. “Se consideran materialmente constitucionales todas aquellas normas que, por un lado, disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y de otro, por ello mismo, versan sobre la organización de los poderes públicos.<sup>177</sup>

As Constituições Liberais<sup>178</sup> tradicionalmente prescreveram em seus textos apenas os direitos de primeira dimensão. Os direitos sociais classificados como de segunda dimensão, pela doutrina acima apontada, começaram a figurar, inicialmente, nas Constituições Mexicana (1917),<sup>179</sup> Alemã (1919)<sup>180</sup> e Espanhola (1931).<sup>181,182</sup>

---

<sup>175</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.373.

<sup>176</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47.

<sup>177</sup> GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México: UNAM, 2001, p. 222.

<sup>178</sup> No Brasil, as constituições de 1824 (Imperial) e de 1891(1ª República) tiveram caráter liberal. Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília; Senado Federal, 1990, p. 92 e 249.

<sup>179</sup> Segundo Ailton Pereira Pinto, a constitucionalização dos “direitos humanos sociais dos trabalhadores foi inaugurada no México”. Na Constituição Mexicana de 5 de fevereiro de 1917 – anterior à Revolução Russa de 1918 -, no Título Primeiro, Capítulo I – Seção “Das Garantias Individuais”, art. 5º, encontrava-se prescrito o contrato de trabalho e o princípio da irrenunciabilidade de direitos. PINTO, Ailton Pereira. **Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006, p. 70.

<sup>180</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca, na Constituição de Weimar, dentre outros direitos, o direito à proteção ao trabalho (art. 157), o direito à sindicalização (art. 159) e o direito à previdência social (art. 161). FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 49.

<sup>181</sup> A Constituição Espanhola de 1931, em seu art. 46, já prescrevia: “Artículo 46. El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República

A primeira Constituição a prescrever direitos sociais, no Brasil, foi a de 1934.<sup>183,184,185</sup> Esse documento constitucional marcou o instante da ruptura entre o Estado Liberal e o Estado Social, tornando-se um “marco divisório entre duas concepções inconciliáveis e reciprocamente irredutíveis de Estado. [Ele] Representa, dentro desse contexto, um momento de superação dialética de todos os obstáculos criados pelo exercício ortodoxo do liberalismo.”<sup>186</sup>

A Constituição de 1988, por sua vez, é pródiga em prescrever tanto direitos fundamentais de primeira, quanto de segunda e de terceira gerações (ou

asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores.”

<sup>182</sup> Floriano Corrêa Vaz da Silva também tece considerações acerca dos direitos sociais trabalhistas presentes em cada uma destas mencionadas constituições estrangeiras: Cf. SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1977, p. 44-62.

<sup>183</sup> A Constituição Brasileira de 1934, em seu art. 121, dispunha: “Art.121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho. § 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos.(...)”. Na doutrina, o assunto poderá ser consultado em: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1990, p. 324.

<sup>184</sup> Referindo-se à Constituição de 1934, Pinto Ferreira leciona que: “Os direitos sociais, econômicos e culturais foram introduzidos no texto constitucional, embora com eficácia reduzida, como normas programáticas, antes de que auto-executáveis ou não auto-executáveis. Mas revelaram na tendência do legislador a sua intenção social.” PINTO FERREIRA, Luiz. A Constituição brasileira de 1934 e seus reflexos na atualidade. *In Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 24, n.93, jan./mar., 1987, p.23.

<sup>185</sup> A evolução histórica dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro pode ser consultada em: LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

<sup>186</sup> STF, Mandado de Segurança n. 20936, Relator Ministro Carlos Madeira, Relator p/ Acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/1989, DJ 10-09-1992 p.14.714.

dimensões). O constituinte, todavia, do ponto de vista da técnica, não foi muito rigoroso; pois, inseriu na terminologia *direitos sociais*, tanto os direitos de exigir, do sujeito passivo, um fazer ou um dar, que doutrinariamente se enquadram como direitos a prestações ou direitos de segunda dimensão; bem como os direitos de exigir um não-fazer, que se encaixam nos típicos direitos de liberdade ou direitos de primeira dimensão.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o constituinte de 1988 prescreveu no conjunto de direitos sociais

posições que, a despeito de uma correlata dimensão (ou função) positiva ou prestacional, assumem a feição de típicos direitos de caráter negativo (defensivo), como dão conta, entre outros, os exemplos do direito de greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre os trabalhadores (direitos especiais de igualdade).<sup>187</sup>

O predicado *social*, para o autor, foi usado pelo constituinte para qualificar aqueles direitos que garantem bens jurídicos a segmentos sociais mais vulneráveis em face do poder estatal, do poder social e do poder econômico.<sup>188,189</sup>

A Constituição de 1988 não prescreve, como direitos sociais, apenas direitos de exigir uma abstenção ou um não fazer, mas também direitos que veiculam obrigações de fazer e de dar.

---

<sup>187</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.s). **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 220.

<sup>188</sup> *Idem, ibidem*, p.220.

<sup>189</sup> Segundo Gregorio Peces-Barba Martínez: “Los derechos económicos, sociales y culturales, pretenden igual que los restantes tipos de derechos fundamentales anteriores, favorecer en la organización de la vida social el protagonismo de la persona, pero no parten de la ficción, en que se basan los restantes derechos de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos, sino que intentan poner en manos de los desfavorecidos instrumentos para que, de hecho, en la realidad, puedan competir y convivir como personas con los que no tienen necesidad de esas ayudas.” “Consideran relevantes las diferencias y, por consiguiente, parten de la discriminación de hecho, económica, social o cultural, para proporcionar instrumentos en forma de derechos a quienes están en inferioridad de condiciones”. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**: escritos de filosofía jurídica y política. Madrid: Dykinson, 1999, p. 64.

Dentre os direitos fundamentais qualificados pela Constituição de 1988 como *sociais* estão os direitos fundamentais trabalhistas, que tradicionalmente foram chamados de *direitos sociais*, mas que, segundo Sarlet, “muitas vezes, veiculam direitos de liberdade e, na maioria das vezes, não tem como sujeito passivo o poder estatal, mas o poder social ou econômico.”<sup>190</sup>

Existe acirrada discussão doutrinária acerca da natureza jusfundamental dos direitos sociais e, neste contexto, também se discute a natureza dos direitos fundamentais trabalhistas. Este estudo adota a fundamentalidade material e formal de tais direitos, na esteira de doutrinadores de nomeado saber jurídico, como: Luiz Roberto Barroso,<sup>191</sup> Gilmar Ferreira Mendes,<sup>192</sup> Ingo Wolfgang Sarlet<sup>193</sup> e Paulo Bonavides,<sup>194,195</sup> mas também e especialmente em função do contido no Título II, no art. 5º, § 1º, no Capítulo II – Dos direitos sociais –, e nas prescrições contidas nas ordens econômica e social da CF/88.

O art. 6º trata, genericamente, dos direitos fundamentais sociais, na Constituição vigente. Encontram-se prescritos nesse dispositivo os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Para os fins deste estudo, retira-se dos referidos direitos sociais o direito ao trabalho – aí referido em sua acepção ampla – com o fito de recortá-lo e tomá-lo apenas em relação ao trabalho subordinado não-eventual, acepção mais restrita, consoante ao art. 7º, da CF/88, e, adequada ao presente trabalho.

---

<sup>190</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.s). **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p.219-220.

<sup>191</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 99, 101, 112 e 113.

<sup>192</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7.

<sup>193</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 77.

<sup>194</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 565.

<sup>195</sup> No mesmo sentido: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 218; KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002, p. 49.

O art. 7º, da CF/88 refere-se ao trabalho subordinado<sup>196</sup> não-eventual da iniciativa privada<sup>197,198,199</sup> e a natureza jurídica dos direitos nele prescritos será analisada nos itens abaixo.

## 2.2 A decomposição do art. 7º, da CF/88.

Destacando-se a expressão textual do art. 7º, *caput*, da CF/88, verifica-se que ela veicula o seguinte:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Preliminarmente, reforça-se que, o art. 7º, *caput* e seus incisos encontram-se sob o Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”, no Capítulo II “Dos Direitos Sociais”, da CF/88. Portanto, aos direitos contidos no art. 7º aplica-se o regime jurídico dos direitos fundamentais.

A posição geográfica de um dispositivo constitucional é importante para o intérprete. Mas, esta importância não é absoluta, pois, como apontado acima, uma norma jurídica constitucional – a exemplo de qualquer outra norma jurídica – é construída a partir de enunciados deônticos que se espriam por todo o texto da Constituição e sob a regência do princípio da unidade constitucional.

---

<sup>196</sup> Neste sentido: DELGADO, Mauricio Godinho. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. In CAIXETA, Sebastião *et al* (coord.s). **O MPT como promotor dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2006, p.190.

<sup>197</sup> Segundo Fabio Konder Comparato, o direito ao trabalho é “a pedra angular da construção de uma verdadeira sociedade democrática”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, 314.

<sup>198</sup> Maria Hemília Fonseca destaca que o direito ao trabalho não se confunde com liberdade de trabalho, uma vez que esta possui natureza negativa e aquele, natureza positiva (econômico-social). Cf. FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho**: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2006, p. 148.

<sup>199</sup> Note-se também que, grande parte dos direitos nele contidos é incorporada, por cláusula de remissão, ao art.39, § 3º, da CF/88; e, portanto, também incidem sobre as relações jurídicas administrativas existentes entre servidores ocupantes de cargo público e o poder público.

Assim, não obstante a transcrição do *caput* acima, para fins de análise, ora se pressupõe que, um enunciado, para gerar uma norma jurídica, poderá – e, na maioria das vezes, deverá – ser combinado e conjugado a outros enunciados constantes da Carta Maior.

Esta necessidade de combinação entre os enunciados constantes de dispositivos constitucionais para a geração de uma norma jurídica indica o teor de relevância da posição geográfica do art. 7º, no cenário constitucional. Não obstante esta posição ser importante para o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial da natureza jusfundamental dos direitos ali prescritos,<sup>200</sup> não afasta a necessidade de o referido dispositivo contar com o auxílio de outros dispositivos e enunciados constitucionais para a melhor explicitação de seu sentido deontico. Daí entender-se que, para o intérprete, a posição geográfica de um dispositivo constitucional, mesmo que veicule direitos fundamentais, é de importância relativa.

Ainda antes de se iniciar o estudo do *caput* do art. 7º, invoca-se a exortação de Canotilho quando, ao comentar a cláusula da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, assim considera: “Olhemos para os textos constitucionais”. Este deve ser o primeiro norte para o intérprete. Antes de invocar qualquer teoria ou posição doutrinária, é necessário que o intérprete coloque em destaque o texto constitucional que pretende analisar.

Considerando esta orientação, passar-se-á à análise da composição sintática e semântica do art. 7º, *caput*, da CF/88, e, conjugando o mesmo a outros dispositivos constitucionais, buscar-se-á formar normas jurídicas constitucionais.

Decompondo-se o *caput* do art. 7º, da CF/88, destacam-se as seguintes expressões lingüísticas: 1ª) “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”; 2ª) “São direitos (...) além de outros (...)”; 3ª) “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...) outros [direitos] que visem à melhoria de sua condição social”. Tais expressões serão estudadas separadamente nos tópicos seguintes.

---

<sup>200</sup> Esta facilidade, todavia, não afasta a afirmação anterior de que, para a identificação de uma proposição jurídica, outros dispositivos e/ou enunciados constitucionais poderão ser invocados pelo intérprete.

### 2.3 Os direitos fundamentais trabalhistas do art. 7º, *caput*, 1ª parte e incisos.

O art. 7º, *caput*, da CF/88, 1ª parte (São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais...) e seus incisos, veiculam direitos fundamentais do trabalhador subordinado não-eventual – urbano, rural e doméstico<sup>201</sup> - e do trabalhador avulso.<sup>202</sup>

O termo *trabalhador* não significa *todo e qualquer* trabalhador, mas aquele com vínculo de subordinação e não-eventualidade.<sup>203</sup> A leitura dos incisos do art. 7º confirma esta asserção. Neste sentido, também é o magistério de Hermano Queiroz Júnior, para quem “restou sedimentado o entendimento de que os direitos fundamentais sociais arrolados ao longo de todo o art. 7º da Constituição têm como titulares exclusivamente os trabalhadores subordinados, ou seja, os trabalhadores empregados, além dos avulsos, por expressa ressalva constitucional (art. 7º, inciso XXXIV, da CF), estando fora de seu espectro de proteção dos trabalhadores autônomos e outros subordinados, tais como os eventuais.”<sup>204</sup>

Considerando-se a teoria dimensional supra referida, os direitos fundamentais dos trabalhadores, decorrentes dos incisos do art. 7º, da CF/88, podem ser classificados tanto como de primeira quanto de segunda dimensões. Não se pretende, neste trabalho, analisar cada um destes direitos, mas é possível adiantar que apesar de os mesmos estarem sob o epíteto *direitos sociais*, têm titularidade e exercício individuais.<sup>205</sup>

Os direitos individuais têm contraposição semântica aos direitos de titularidade e exercício coletivos. Apesar de o Capítulo II, do Título II, da CF/88, referir-se a direitos sociais e, dentre eles, prescrever o art. 7º, os direitos fundamentais prescritos neste

<sup>201</sup> Nos termos do parágrafo único do art. 7º, da CF, são aplicáveis aos trabalhadores domésticos apenas os direitos trabalhistas contidos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV. Como se vê, não foi prescrito a tais trabalhadores o inciso XXVI, do referido artigo, que prescreve o reconhecimento de instrumentos coletivos de trabalho.

<sup>202</sup> O inciso XXXIV, do art. 7º, da CF, prescreve a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

<sup>203</sup> Neste sentido: SÚSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2010, p. 101.

<sup>204</sup> QUEIROZ JUNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006, p. 88.

<sup>205</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 188-189.

dispositivo são de titularidade e de exercício individuais. Para a justificativa do predicativo *social* imputado aos mesmos, poder-se-ia considerar que ela funda-se na tradição e, especialmente, na importância de seus efeitos fáticos para uma estruturação saudável da sociedade. Todavia, esta justificativa não transfere a titularidade dos mesmos à coletividade. Os efeitos destes direitos sociais sobre a sociedade são fáticos, e não, jurídicos. Os efeitos jurídicos alcançam apenas o titular do direito fundamental trabalhista.

Especificamente sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores, cita-se a lição de José Afonso da Silva:

Os direitos relativos aos trabalhadores são de duas ordens, fundamentalmente: (a) direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho – que são os direitos dos trabalhadores do art. 7º; e (b) direitos coletivos dos trabalhadores (arts. 9º-11) – que são aqueles que os trabalhadores exercem coletivamente ou no interesse de uma coletividade deles: o direito de associação profissional ou sindical, o direito de greve, o direito de substituição processual, o direito de participação e o direito de representação classista.<sup>206</sup>

Note-se que, também, o referido autor entende que os direitos prescritos no art. 7º são de titularidade e exercício individuais.

O *caput*, do art. 7º, 1ª parte (São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais), outorga direitos aos trabalhadores e confere fundamentalidade formal e material ao rol prescrito nos incisos que seguem. A 1ª parte do *caput*, do art. 7º, conjuga-se a cada um de seus incisos, em si e entre si, para criar direitos e correspondentes deveres.<sup>207</sup> E, de cada um dos incisos do art. 7º pode decorrer uma ou mais

---

<sup>206</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 288.

<sup>207</sup> Destacando a natureza jurídica dos direitos fundamentais Antonio Ojeda Avilés leciona que estes têm natureza de direitos subjetivos e são poderes de fazer ou não fazer nas mãos do próprio titular. Cf. AVILÉS, Antonio Ojeda. Direitos fundamentais do Trabalhador: tutela jurídica e cidadania na empresa. In CAIXETA, Sebastião et al (coord.s). **O MPT como promotor dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2006, p. 33.

proposições normativas, que prescrevem direitos e correspondentes obrigações.<sup>208,209</sup>

Buscando-se extrair e demonstrar o conteúdo da 1ª parte, do art. 7º, *caput*, por meio de alguns exemplos, conjuga-se o mesmo ao inciso VII que prescreve a “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”. E, de plano, constata-se que, só da conjugação de ambos não se consegue gerar um sentido normativo, pois, pelo fato de aqueles dispositivos não se referirem à jornada de trabalho, a norma jurídica ficaria incompleta.

Esta situação obriga o intérprete a conjugar as referidas disposições ao inciso XIII (duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho), do mesmo artigo, para descrever os seguintes enunciados jurídicos:

a) Todo trabalhador, com jornada de 44 horas semanais e 8 horas diárias, que for contratado mediante remuneração variável, tem direito ao piso salarial mínimo legal.<sup>210</sup>

b) Todo empregador que contratar trabalhador para jornada de 44 horas semanais e 8 horas diárias mediante remuneração variável não pode pagar a ele valor menor que o piso mínimo legal.<sup>211</sup>

---

<sup>208</sup> Em função de, dos dispositivos constitucionais que prescrevem direitos fundamentais também decorrerem obrigações correlatas, diz-se que os direitos fundamentais têm várias funções. Para designar estas várias funções dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, Ingo Sarlet usa a expressão “multifuncionalidade dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 172.

<sup>209</sup> Cristina Queiroz qualifica como: *necessário* o que é obrigatório, *impossível* o que é proibido e como *possível* o que é permitido. Cf. QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 133.

<sup>210</sup> Pondo-se em evidência o *dever*, ao invés do *direito*, um novo enunciado poderá ser assim escrito: “Todo empregador que contratar trabalhador, com jornada inferior a 44 horas semanais e 8 horas diárias, mediante remuneração variável, tem o dever de pagar a ele, no mínimo, o piso legal proporcional à duração”. Este enunciado decorre dos mesmos dispositivos dos quais decorreu o enunciado atributivo de direito fundamental, mas neste caso, ele tem natureza imperativa e prescritora de dever constitucional.

<sup>211</sup> Note-se que os enunciados podem ser escritos de forma diversa, mas com o mesmo sentido: “Ao empregador é proibido remunerar o trabalhador, contratado com remuneração variável e com jornada de 44 horas semanais e 8 horas diárias, com valor inferior ao que ele legalmente perceberia se a

c) Todo empregador que contratar trabalhador para jornada de 44 horas semanais e 8 horas diárias mediante remuneração variável poderá remunerá-lo com valor superior ao piso mínimo legal.<sup>212</sup>

Note-se que, das conjugações acima deflui a atribuição constitucional de direitos ao trabalhador e a imputação de correspondentes deveres ao empregador, passíveis de incidência imediata e direta sobre as relações jurídicas de trabalho a se criar ou já criadas.

Há outros dispositivos constantes dos incisos do art. 7º, da CF/88, que, além de ao empregador, também, impõem deveres ao legislador. O inciso IV, do art. 7º, obriga o legislador a criar um piso salarial mínimo.<sup>213,214</sup>

O constituinte criou um direito fundamental ao piso salarial mínimo correspondente à jornada de trabalho constitucionalmente fixada (inc. XIII), mas atribuiu ao legislador o dever de fixar o valor do referido piso. O dever correspondente ao direito em questão é, em primeiro lugar, à legislação criadora; e, em segundo lugar, que o valor seja compatível com os objetivos fixados no inciso IV; o descumprimento do primeiro

---

remuneração fosse fixa". Este enunciado tem natureza proibitiva, prescreve um dever jurídico de não fazer e decorre dos mesmos dispositivos dos quais decorreu o enunciado anterior.

<sup>212</sup> Este enunciado decorre dos mesmos dispositivos dos quais decorreram os enunciados anteriores, mas tem natureza permissiva positiva.

<sup>213</sup> Além deste inciso, os incisos XX, XXIII, XXVII, do art. 7º, também prescrevem deveres ao legislador. Os descumprimentos destes deveres, pelo legislador, autorizam a aplicação de norma constitucional prescrita no art.5º, LXXI: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;". Esta norma impõe ao Poder Judiciário a regulamentação específica para o exercício de direito fundamental, caso o dever de criá-la não tenha sido cumprido pelo legislador.

<sup>214</sup> O Supremo Tribunal Federal também reconheceu o dever de legislar, do Poder Legislativo, bem como o dever do Poder Judiciário em suprir o descumprimento daquele dever não cumprido pelo legislador. No Mandado de Injunção n. 712, cujo relator foi o Ministro Eros Grau, decidiu-se o seguinte: "Salvo a hipótese de --- como observei anteriormente, lembrando Fernando Pessoa --- transformarmos a Constituição em papel "pintado com tinta" e aplicá-la em "uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma", constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante.". De resto, continuou o Ministro Grau, "o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante. Note-se bem que não se trata de simples *poder*, mas de *dever-poder*, (...)". Decisão publicada no DJ 22/11/1996 p. 45.690.

dever gerará uma omissão legislativa total, já o descumprimento do segundo dever poderá gerar uma omissão legislativa parcial.<sup>215,216</sup>

O reconhecimento do dever constitucional de legislar foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção n. 20. Nesta oportunidade, o Ministro Celso de Mello observou que a omissão do aparelho de Estado:

... faz emergir, em favor do beneficiário do comando constitucional, o direito de exigir uma atividade estatal devida pelo Poder Público, em ordem a evitar que a abstenção voluntária do Estado frustre, a partir desse comportamento omissivo, a aplicabilidade e a efetividade do direito que lhe foi reconhecido pelo próprio texto da Lei Fundamental. O Poder Legislativo, nesse contexto, está vinculado institucionalmente à concretização da atividade governamental que lhe foi imposta pela Constituição, ainda que o efetivo desempenho dessa incumbência constitucional não esteja sujeito a prazos pré-fixados.<sup>217</sup>

Assim, o direito fundamental ao salário mínimo (inc. IV) só pode incidir e gerar obrigação de dar quando da complementação legislativa referida anteriormente. Daí dizer que este direito tem eficácia mediata e indireta, dependente de intervenção

---

<sup>215</sup> “A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo – definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família – configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração digna (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado – além de gerar a erosão da própria consciência constitucional – qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. Precedentes: *RTJ* 162/877-879, Rel. Min. Celso de Mello – *RTJ* 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello.” (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.442, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 3-11-2004, Plenário, *DJ* de 29-4-2005.) No mesmo sentido: STF, ADI 1.458-MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 23-5-1996, Plenário, *DJ* de 20-9-1996.

<sup>216</sup> Sobre a inconstitucionalidade por omissão parcial, consultar: PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 96.

<sup>217</sup> STF, Mandado de Injunção n. 20/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, publicado no *DJ* de 22-11-1996, p.45.690.

legislativa. Não obstante isso, desde a promulgação do inc. IV, o trabalhador tem o direito à legislação, este sim, com eficácia imediata e direta. O seu descumprimento, pelo legislador, faz gerar ao trabalhador um direito de ação injuncional, nos termos apontados acima.<sup>218</sup>

Pelos exemplos anteriores, reafirma-se que o intérprete, perante os dispositivos constitucionais, deverá combiná-los entre si, para encontrar os enunciados jurídicos e as normas jurídicas. Além disso, perante o texto (e seu contexto)<sup>219</sup> o intérprete poderá lançar mão de recursos lógicos que o auxiliem a retirar deste as normas jurídicas nele presentes.

Ainda no que se refere à natureza jurídica dos direitos fundamentais sociais, destaca-se que os direitos prescritos nos incisos do art. 7º, tal como demonstrado pelos exemplos acima, podem ter incidência imediata e direta, bem como mediata e indireta, na medida da eficácia impregnada nos textos que os prescrevem e nos termos do art. 5º, § 1º, da CF/88.<sup>220</sup>

Quanto à incidência do § 1º, do art. 5º, sobre os direitos fundamentais trabalhistas, destaque-se que o mesmo está topograficamente prescrito antes do art. 7º, mas esta circunstância não afasta a incidência e aplicabilidade do mesmo aos referidos direitos: a uma, porque o ordenamento jurídico é uno e as normas jurídicas são juízos cujos enunciados são pinçados em dispositivos geograficamente dispersos; a duas, os direitos sociais em questão estão sob o Título “Dos direitos e garantias

---

<sup>218</sup> Sobre o assunto, consultar: PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

<sup>219</sup> Segundo Alf Ross: “O contexto mostrará a referência com a qual a palavra tem sido usada em cada caso individual.” Para o referido autor, “O significado de uma expressão – e comisso o significado das palavras contidas na mesma – é determinado de modo mais preciso quando a expressão é considerada na conexão em que é formulada. Esta conexão pode ser lingüística (o contexto) ou não lingüística (a situação).” ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução e notas de Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2000, p. 141 e p. 143.

<sup>220</sup> Em função de os dispositivos contidos no art. 7º, da CF/88, veicularem direitos e garantias fundamentais, a eles aplicam-se os parágrafos 1º a 3º, do art. 5º, *in verbis*: “Art. 5º. (*omissis*): “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

fundamentais” e têm a mesma fundamentalidade material e formal dos direitos contidos no art. 5º; a três, não obstante o Capítulo II referir-se a direitos sociais, em sua maioria, estes são direitos de titularidade e exercício individuais – ou seja, não são direitos da sociedade, mas sim são direitos de pessoas, individualmente consideradas e só se refletem de forma indireta e fática sobre a sociedade; a quatro, o § 1º, do art. 5º, refere-se a direitos e garantias fundamentais, e como visto, nesta expressão estão contidos os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Mas, também é verdade que, por ser de natureza instrumental, o § 1º, art. 5º, tem sua eficácia aumentada ou diminuída, na medida em que o intérprete consiga retirar, de cada um dos dispositivos constitucionais, prescritores de direitos fundamentais, um enunciado jurídico com elementos suficientes à vinculação intersubjetiva do trabalhador: com o legislador, com o administrador, com os membros do Poder Judiciário ou com pessoas naturais e/ou jurídicas privadas; seja esta vinculação por meio de norma imperativa, de norma proibitiva ou permissiva.

Corroborar este entendimento a lição de José Afonso da Silva:

*A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo. A constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia*

ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos direitos fundamentais.<sup>221</sup>

Ainda sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e da previsão expressa a este respeito existente no art. 5º, § 1º, da CF/88, é importante não esquecer do alerta de Warat: “...se a ideologia dos intérpretes das normas continua inalterada, a transformação legislativa é uma ilusão e, rapidamente, os novos significantes voltarão a adquirir as velhas significações.”<sup>222,223</sup> No texto constitucional de 1969 não existia dispositivo constitucional com teor significativo similar ao constante do parágrafo em destaque. Há de se cuidar das interpretações e limitações impostas ao conteúdo do referido dispositivo, sob pena de, não obstante a sua prescrição textual, o intérprete exauri-lo de conteúdo e eficácia.

Além da localização sob o Título II, da CF/88, e, da aplicabilidade imediata, supra referida, colabora especialmente para a definição da natureza jurídica dos direitos contidos no art. 7º, caput, 1ª parte e incisos, da CF/88, o artigo 60, § 4º, IV, da CF/88, que prescreve, *in verbis*:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(omissis)

IV - os direitos e garantias individuais.<sup>224</sup>

Neste estudo, entende-se que os direitos prescritos no art. 7º, da CF/88 estão sob o albergue do inciso IV. É certo que, sob o ponto de vista textual, o enunciado

<sup>221</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180.

<sup>222</sup> WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1995, p.68.

<sup>223</sup> Segundo Joachim Andréas Krell: “Apesar do fato de a doutrina constitucional moderna no Brasil enfatizar que o Estado Social preconizado pela Carta de 1988 exige um novo entendimento das suas normas jurídicas, que seja orientado por *valores*, a maioria dos operadores (juízes, promotores, procuradores, administradores, advogados) ainda não passou a interpretar as normas constitucionais e ordinárias (civis e administrativas) ‘no espírito’ dos Direitos Fundamentais e seus valores subjacentes.” KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002, p.72.

<sup>224</sup> Sobre os limites do poder reformador, consultar: HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 85.

lingüístico do dispositivo constitucional transcrito aponta apenas para direitos individuais e garantias individuais. O que poderia sugerir a exclusão da proteção da cláusula de eternidade aos direitos sociais.<sup>225</sup> Todavia, esta sugestão parece equivocada, na medida em que, nos termos do Capítulo I, da CF, que qualifica os direitos segundo a titularidade dos mesmos, em sentido contrário aos direitos individuais estão os direitos coletivos.

Conforme já demonstrado, não obstante os direitos do art. 7º, da CF/88 serem chamados pelo constituinte de *direitos sociais*, tanto a titularidade quanto o exercício dos mesmos não são coletivos, mas individuais. Assim, considerando-se que a garantia de eternidade tenha por critério a titularidade, todos os direitos contidos no artigo em questão estão sob a sua proteção. A titularidade dos direitos prescritos no art. 7º é do indivíduo trabalhador e não da coletividade trabalhadora. Em outras palavras, todos os direitos trabalhistas do art. 7º são individuais, e, portanto, têm sobre si a incidência do inciso IV, do § 4º, do art. 60, da CF/88.<sup>226</sup>

Outro argumento que afasta uma interpretação restritiva do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 é que, especialmente em função da unidade constitucional, o sentido de uma norma constitucional deve ser construído a partir do cotejo de vários enunciados lingüísticos da mesma hierarquia.

Se a interpretação restritiva do inciso IV prevalecer, assevera Ingo Wolfgang Sarlet, não apenas os direitos sociais, mas também os direitos de nacionalidade, bem como os direitos políticos (com exceção do direito de voto, já previsto no elenco do inciso VI, do § 4º, do art. 60) estariam todos excluídos da proteção outorgada pela norma contida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição. “Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do art. 5º não seriam merecedores desta proteção”,<sup>227</sup> arremata o autor.

---

<sup>225</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 451.

<sup>226</sup> No mesmo sentido: PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. *In* PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (coord.s). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

<sup>227</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *In* LEITE, George Salomão; SARLET,

Sobre o assunto, são expressivas as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como dos direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das ‘cláusulas pétreas’ – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.<sup>228</sup>

Para este doutrinador, sendo os direitos sociais e políticos referências basilares de um Estado Social e Democrático de Direito, “sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das ‘cláusulas pétreas’.”<sup>229</sup>

Também advogando a natureza pétrea dos direitos prescritos no art. 7º, Arnaldo Süssekind, considera: “ao impedir que emendas à Carta Magna possam ‘abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), é evidente que essa proibição alcança os direitos relacionados no art. 7º (...).”<sup>230, 231</sup>

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence, acolhido pelo Tribunal Pleno, do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1675-1, também fundamentou no mesmo sentido: “os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição, se compreendem entre os direitos e garantias individuais”,

Ingo Wolfgang (coords.). **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 227.

<sup>228</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 427.

<sup>229</sup> O autor, todavia, pondera sobre o *risco de galvanização* da Constituição e leciona que “é preciso considerar que apenas uma efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, não se vislumbrando qualquer obstáculo à sua eventual adaptação às exigências de um mundo em constante transformação.” SARLET, **A eficácia...**, p. 429-430.

<sup>230</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2010, p. 95.

<sup>231</sup> No mesmo sentido, Hermano Queiroz Júnior: “os direitos fundamentais dos trabalhadores estão inseridos na cláusula pétrea instituída pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal”. QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006, p. 163

ressaltando, ainda, a inclusão dos mesmos no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, da CF/88.<sup>232</sup>

Nesta linha, também o magistério de Paulo Bonavides:

os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.<sup>233</sup>

É importante ressaltar, ainda, que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1946, o Supremo Tribunal Federal, em hipótese de controle de constitucionalidade, aplicou a técnica da *interpretação conforme* para reconhecer a impossibilidade de o constituinte reformador reduzir direito social previdenciário (salário-maternidade), nos moldes feitos pelo art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98.<sup>234</sup>

O contido no inciso IV, supra, confere às normas constitucionais do art. 7º, *caput*, 1ª parte e incisos, a natureza pétrea<sup>235,236</sup> e inabolível. Por conseqüência, também confere aos direitos nele contidos a mesma natureza – salvo nos casos previstos no próprio texto constitucional e sob a condição teleológica imposta pela parte final do *caput* do próprio art. 7º, da CF/88, cujo conteúdo será melhor explicitado em itens seguintes.

---

<sup>232</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.675 MC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/1997, DJ 19-09-2003.

<sup>233</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 657.

<sup>234</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1946, Relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003 p.00090.

<sup>235</sup> “A condição de ‘cláusula pétrea’, aliada ao postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo 1º, da CF), constitui justamente o elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.424.

<sup>236</sup> Igual posicionamento defende Ana Paula Taucedá Branco: “A regra insculpida no inciso IV do § 4º do art. 60 da Carta Republicana reconhece aos direitos fundamentais sociotrabalhistas o *status* de Cláusulas Pétreas...”. BRANCO, Ana Paula Taucedá. **A Colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 47.

Por fim, é de se indagar sobre o conteúdo semântico da palavra *abolir* presente na parte final do inciso IV, em epígrafe, bem como a distância entre a abolição e a alteração não abolidora,<sup>237</sup> de competência do constituinte derivado ou dentro do poder conformador do legislador.<sup>238</sup>

As normas jurídicas são veículos que transmitem dado conteúdo deôntico e podem ser criadas, alteradas e extintas. Sob o ponto de vista da técnica legislativa, diz-se que uma norma constitucional foi criada quando, após seguir o processo legislativo contido no art. 60, for promulgada. Ao ser promulgada a norma constitucional passa a veicular dado conteúdo. A abolição deste conteúdo se dá pela alteração ou pela extinção da norma constitucional que o veicula, procedimentos denominados, respectivamente, de derrogação e ab-rogação.

O intérprete poderia entender apressadamente que os direitos fundamentais trabalhistas previstos no art. 7º, possam ser validamente reduzidos, desde que esta redução não tenda (aproxime-se de) a aboli-los.

Esta conclusão seria possível se o constituinte originário não tivesse demonstrado o cuidado de prescrever apenas nos incisos VI, XIII e XIV as hipóteses de alteração redutora (mas não extintiva/abolidora de direitos). Se a permissão redutora não consta dos demais incisos do artigo 7º – uma vez que são vertidos em modais deônticos *obrigatório* ou *proibitivo* – sobre estes não estão permitidas emendas constitucionais para reduzi-los de maneira que tendam a extingui-los/aboli-los.

---

<sup>237</sup> Neste contexto, é importante destacar que a Emenda Constitucional n. 20/1998, publicada no D.O.U. de 16.12.1998, alterou a redação do inciso XIII, do art. 7º da CF/88, para reduzir o aspecto subjetivo do direito fundamental previdenciário prescrito neste dispositivo constitucional. Esta alteração suscita muita discussão doutrinária, todavia, salvo melhor juízo, o conteúdo da nova redação passa pelo crivo do princípio da proporcionalidade - dado que continuou beneficiando aqueles que recebem os menores salários -, e não aboliu o direito fundamental em questão - apesar de tê-lo limitado subjetivamente. Ademais a matéria ainda não passou pelo crivo do controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade.

<sup>238</sup> Sobre o assunto, consultar: BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 243 e ss.

## 2.4 Os direitos fundamentais dos trabalhadores prescritos como piso de direitos.

A expressão “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”, do *caput*, aliada aos incisos do art. 7º e conjugada ao inciso IV, do § 4º, do art. 60, da CF/88, prescreve um piso de direitos fundamentais trabalhistas. Por meio do *caput* e incisos do art. 7º, da Constituição, o constituinte prescreveu um conjunto de direitos fundamentais aos trabalhadores subordinados não-eventuais e avulsos e conferiu a estes a natureza pétrea, pela via do art. 60, § 4º, IV, proibindo-lhes a abolição.

Como já visto, os direitos fundamentais dos trabalhadores não podem ser abolidos por emenda constitucional, de reforma ou de revisão. A proteção aos direitos fundamentais encontra-se entre os limites materiais à reforma constitucional e esta circunstância tem por fim assegurar a permanência, na Constituição, de conteúdos considerados essenciais para a própria configuração de seu texto.<sup>239</sup>

Além da primeira parte, já destacada, também se depreende do *caput* do art. 7º, da CF/88, uma segunda expressão, que pode ser assim demonstrada: “São direitos dos trabalhadores (...) além de outros (...)”. Para melhor compreensão, este texto também pode ser enunciado nos seguintes moldes: “Os trabalhadores poderão ter outros direitos fundamentais, além dos prescritos nos incisos abaixo”. Com esta cláusula, o art. 7º abre a possibilidade de os sujeitos constitucionalmente legitimados ampliarem o rol de direitos nele prescritos.

A enumeração contida no art. 7º se encaixa naquela que Jorge Miranda classifica como aberta, ou seja, “sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos.”<sup>240</sup> O doutrinador português apelida tais cláusulas de *cláusula aberta* ou *cláusula de não-tipicidade* de direitos fundamentais. Segundo seu entendimento, os direitos econômicos, sociais e culturais “podem e devem ser crescentemente dilatados ou acrescentados para além dos que se encontrem declarados em certo

---

<sup>239</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 413.

<sup>240</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988 (Direitos Fundamentais, t. 4), p. 155.

momento histórico – precisamente à medida que a solidariedade, a promoção das pessoas, a consciência da necessidade de correcção de desigualdades vão crescendo e penetrando na vida jurídica.”<sup>241</sup>

E, no entendimento do autor português, “a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas do Estado. Depende também de comunidades, grupos, associações, da capacidade de organização dos próprios interessados e do empenho participativo que ponham na acção.”<sup>242</sup>

Nota-se, também, que, ao utilizar a expressão “...além de...” o constituinte reafirmou ao rol de direitos prescritos nos incisos do art. 7º a condição de mínimos,<sup>243</sup> a condição de patamar, de piso, a partir do qual outros direitos poderão ser criados.

Se conjugada ao inciso XXVI<sup>244</sup> do mesmo art. 7º e ao inciso I,<sup>245</sup> última parte, do art. 22, ambos da Constituição, a expressão “...além de ...”, também veicula duas normas de estrutura que permitem obrigar<sup>246</sup>. Estas normas permitem a criação de novos direitos trabalhistas, quer pelo legislador, quer pelos sujeitos coletivos sindicais.

Entretanto, estas normas de estrutura somente ficam completas se conjugadas à parte final do *caput* do art. 7º, ficando autorizada a criação de novos direitos para o fim de melhorar as condições sociais dos trabalhadores urbanos e rurais.

Tomando por referência a Constituição de 1969, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os direitos constitucionais dos trabalhadores podem ser ampliados:

---

<sup>241</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988 (Direitos Fundamentais, t. 4), p. 155.

<sup>242</sup> *Idem, ibidem*, p. 156.

<sup>243</sup> No mesmo sentido: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de direito constitucional do trabalho**. Salvador: Podivm, 2009, p. 82.

<sup>244</sup> CF/88, art. 7º, “XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;”.

<sup>245</sup> CF/88, art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito (...) do trabalho;”.

<sup>246</sup> Sobre as associações de modais deônticos, consultar: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 47; CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 364.

GARANTIA DE EMPREGO - AVANÇO PATRONAL NO CAMPO DO DIREITO DO TRABALHO - NATUREZA DAS NORMAS TRABALHISTAS, CONSIDERADAS A POSIÇÃO DO PRESTADOR DE SERVIÇOS E A DO TOMADOR. As normas trabalhistas encerram garantia mínima ao trabalhador. Corrigem desigualdade, não se constituindo, de regra, em óbice ao avanço patronal no campo do Direito do Trabalho. A regra inserta no inciso XIII do artigo 165 da Constituição Federal anterior não implica a impossibilidade de o tomador dos serviços ajustar a garantia do emprego, em que pese a opção pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. O que previsto na Carta visa a melhoria da condição social dos trabalhadores, não inibindo o legislador ordinário, nem o empregador, no que agem observadas as condições mínimas asseguradas ao empregado. Daí dizer-se que as normas trabalhistas são dispositivas no tocante a proteção do empregador e imperativas quanto a do empregado.<sup>247</sup>

O acórdão transcrito corrobora o entendimento de que novos direitos poderão ser criados em benefício do empregado, partindo-se do patamar fixado pela Constituição.

A norma de estrutura –...além de outros direitos...– prescrita na segunda parte do *caput* do art. 7º, da CF/88, possui a mesma natureza jurídica daquela prescrita no art. 5º, § 2º, da CF/88.

Este entendimento também é defendido por Ingo Wolfgang Sarlet, quando afirma que “verifica-se que a regra do art. 7º, cujos incisos especificam os direitos fundamentais dos trabalhadores, prevê expressamente, em seu *caput* (...), a abertura a outros direitos similares, inclusive sem restrição quanto à origem.”<sup>248</sup>

Segundo este autor, o rol dos direitos sociais dos trabalhadores “são – a exemplo do art. 5º, § 2º, da CF – meramente exemplificativos, de tal sorte que ambos podem ser perfeitamente qualificados de cláusulas especiais de abertura.”<sup>249,250</sup>

---

<sup>247</sup> STF, Agravo de Instrumento n. 137.471 AgR, Relator Ministro Marco Aurélio Melo, 2ª Turma, julgado em 17/09/1991, DJ 25-10-1991 p.15.031.

<sup>248</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 94.

<sup>249</sup> *Idem, ibidem*, p. 94.

Assim como no art. 5º, § 2º, da CF/88, a segunda parte do *caput* do art. 7º, também autoriza a asserção que há um conceito material de direitos fundamentais trabalhistas.<sup>251</sup>

Também defendendo a possibilidade de criação de novos direitos fundamentais trabalhistas, Arnaldo Süssekind assegura que,

a expressão 'além de outros que visem à melhoria de sua condição social', não só fundamenta a vigência de direitos não previstos no artigo em tela, como justifica a instituição de normas, seja por lei, seja por convenção ou acordo coletivo, seja, enfim, por laudo arbitral ou sentença normativa dos tribunais do trabalho.<sup>252</sup>

A autorização especial para a criação de novos direitos fundamentais trabalhistas, contida no art. 7º, não afasta a aplicação do art. 5º, § 2º,<sup>253</sup> da CF, no âmbito laboral. Até porque, este último dispositivo constitucional é mais amplo que aquele, uma vez que alberga também os direitos fundamentais advindos de tratados internacionais e os direitos implícitos àqueles já formalmente reconhecidos pelo texto constitucional.<sup>254,255</sup>

<sup>250</sup> Sobre a cláusula de abertura prescrita no §2º, do art. 5º, da CF/88, também consultar: Dobrowolski, Silvio. Direitos fundamentais: a cláusula de expansão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

<sup>251</sup> Segundo Sarlet, é por meio do direito positivo (art. 5º, § 2º) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto (materialmente fundamentais), assim como situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 87.

<sup>252</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2010, p. 102. Entende-se que, o autor, no caso, utilizou a expressão *vigência* no sentido de *criação*.

<sup>253</sup> CF/88, art. 5º “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

<sup>254</sup> Não obstante a relevância deste tema deixar-se-á de comentá-lo, dado que isso desbordará o objeto deste trabalho.

<sup>255</sup> Sobre o assunto, consultar: SARLET, **A eficácia...**, p. 139 e ss; PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48 e ss.

A segunda parte do *caput* do art. 7º tem natureza permissiva, mas não cria, de per si, direitos fundamentais trabalhistas. Para que estes novos direitos existam, precisarão ser criados pelo legislador ou pelos sujeitos coletivos trabalhistas.

## **2.5 O princípio constitucional da proteção constante da parte final do *caput* art. 7º, da CF/88.**

Em acréscimo às duas partes do *caput* do art. 7º, da CF/88, anteriormente analisadas, neste item será analisada a parte final do referido dispositivo.<sup>256</sup> Esta veicula o seguinte: “(...) outros [direitos] que visem à melhoria de sua [dos trabalhadores urbanos e rurais] condição social”. Este enunciado tem natureza imperativa e imputa um dever aos normatizadores dos direitos trabalhistas: buscar a melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais.<sup>257</sup>

O objetivo pretendido pela parte final do *caput* do art. 7º, instrumentaliza o princípio da justiça social constante do art. 170, *caput*, os objetivos fundamentais prescritos nos incisos do artigo 3º, da CF/88, e contribui para configurar o Estado Democrático e Social de Direito desenhado na Carta Maior. Esta conjugação de dispositivos constitucionais segue na esteira da orientação de Eros Grau: “A interpretação do direito é a interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.”<sup>258</sup>

Naturalmente que, a palavra *direito*<sup>259</sup>, em regra, já determina algo positivo e vantajoso em favor do trabalhador. Com isso, parece que o objetivo pretendido pela parte final do *caput* torna-se redundante se confrontado com o sentido da palavra “direito”.

---

<sup>256</sup> CF/88, Art. 7º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”

<sup>257</sup> Ivani Contini Bramante classifica a parte final do *caput* do art. 7º, como o princípio da melhoria das condições de trabalho ou da negociação *in mellius*. Cf. BRAMANTE, Ivani Contini. Negociação coletiva e direitos fundamentais nas relações de trabalho. In CAIXETA, Sebastião *et al* (coord.s). **O MPT como promotor dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2006, p.200.

<sup>258</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.40.

<sup>259</sup> Aqui entendido como a descrição hipotética de uma relação intersubjetiva atributiva de vantagem, e não com um conjunto de normas jurídicas vigentes em dado espaço e tempo.

Se todo direito é algo vantajoso, então parece ser despidiendo reafirmar que para ser criado um novo direito ao trabalhador este está condicionado a melhorar a condição social do mesmo. Todo direito, em tese, já tem implícito em si uma melhoria. Mas, isso não é totalmente verdade se for considerado que outros dispositivos constitucionais prescrevem a possibilidade de redução de direitos.<sup>260</sup> Ora, reduzir direitos é criar direitos juridicamente novos, mas, a partir de então, menores (subjativa ou objetivamente).

Assim, seja no caso de criação de direito efetivamente novo, ou no caso de recriação de direito já existente, o legislador e os sujeitos coletivos (sindicatos) somente poderão fazê-los se melhorarem a condição social do trabalhador.

A conjugação da 2ª e última partes do *caput*,<sup>261</sup> do art. 7º, gera uma dupla garantia constitucional: a primeira, pela conjugação com o art. 60, § 4º, IV, reforça os direitos fundamentais prescritos nos incisos do art. 7º e impede que os mesmos sejam reduzidos além das hipóteses permitidas expressamente pela Constituição; a segunda, impõe ao legislador e aos sujeitos coletivos sindicais um dever-objetivo, qual seja: a perseguição à melhoria da condição social do trabalhador, quando do exercício do poder de normatizar. Este norte constitucional informa toda a produção normativa trabalhista, irradiando seus efeitos para vincular os atores que detém o poder normativo laboral. Sob o ponto de vista dos sujeitos coletivos, este dever-objetivo constitui um dos aspectos da função que os mesmos possuem.

A referida finalidade constitucional também cria uma peculiar situação para a resolução de eventual conflito aparente entre normas trabalhistas. Em obediência à parte final do art. 7º, *caput*, o intérprete, frente a normas antinômicas e de diferentes graus hierárquicos, aplicará a norma que for mais benéfica ao trabalhador.

A respeito dessa peculiaridade, cita-se a lição de Luiz Miguel Camps Ruiz:

---

<sup>260</sup> Estas possibilidades serão analisadas na seção V deste estudo e constam dos incisos VI, XIII e XIV, do art. 7º, da CF/88.

<sup>261</sup> CF/88, art. 7º “(...) além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”.

cuando las normas laborales establecen reglas mínimas, otras normas laborales, de menor rango, pueden alterarlas en sentido más favorable para los trabajadores, sin que ello suponga concurrencia conflictiva con la de rango superior. La aplicación de la norma más favorable no supone por ello un quebranto del principio de jerarquía normativa. Puede ocurrir pues que, de entre dos o más normas laborales vigentes que incidan sobre un mismo supuesto de hecho, deba aplicarse aquélla que conceda más derecho al trabajador, con independencia de su rango.<sup>262</sup>

Neste estudo, entende-se, porém, que, face à 2ª e última partes do art. 7º, *caput*, da CF/88, o critério hierarquia, aliado ao critério *maior proteção à relação de trabalho*, é aplicável à resolução das antinomias entre normas trabalhistas de diferentes fontes e hierarquias. Ao autorizar a criação de outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador, o constituinte trouxe o princípio protetor – ou da norma mais benéfica - para o interior da Constituição de 1988.

Assim, ao fazer incidir sobre dado caso concreto a norma jurídica inferior (legal, jurisdicional, convencional ou regulamentar) que melhor cumprir o objetivo previsto na parte final do *caput* do art. 7º, o aplicador a fará incidir em função do permissivo constitucional e não por força exclusiva desta norma inferior.

A parte final do *caput* do art. 7º veicula um princípio constitucional. Segundo Humberto Ávila, “os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido.”<sup>263</sup> E o elemento constitutivo do fim, ensina o autor, “é a fixação de um conteúdo como pretendido.”<sup>264</sup>

Sobre a possibilidade de as normas jurídicas prescreverem finalidades, Eros Grau se posiciona: “A contemplação, no sistema jurídico, de normas-objetivos importa a introdução, na sua ‘positividade’, de fins aos quais ele – o sistema – está voltado. A

---

<sup>262</sup> RUIZ, Luis Miguel Camps *et al.* **Derecho del trabajo**: fuentes y relaciones colectivas. 7. ed. Valência: Tirant lo blanch, 2005 (t.1), p. 102-103.

<sup>263</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 79.

<sup>264</sup> *Idem, ibidem*, p. 79.

pesquisa dos fins da norma, desenrolada no contexto funcional, torna-se mais objetiva; a metodologia teleológica repousa em terreno firme.”<sup>265</sup>

Para delimitação do conteúdo da finalidade prescrita no art. 7º, *caput*, parte final, adota-se a lição de Ávila:

O início da progressiva delimitação do fim se faz pela construção das relações entre as próprias normas constitucionais, de modo a estruturar uma cadeia de fundamentação, centrada nos princípios aglutinadores. A leitura da Constituição Federal, com a percepção voltada para a delimitação dos fins, é imprescindível.<sup>266</sup>

Segundo o autor, isso significa “(a) ler a Constituição Federal com atenção específica aos dispositivos relacionados ao princípio objeto de análise; (b) relacionar os dispositivos em função dos princípios fundamentais; (c) tentar diminuir a vagueza dos fins por meio da análise das normas constitucionais que possam, de forma direta ou indireta, restringir o âmbito de aplicação do princípio”.<sup>267</sup>

Em vista do exposto, é a partir das próprias normas constitucionais, do conjunto de valores prescritos na Constituição e da análise dos termos e expressões lingüísticas contidas na parte final do *caput* do art. 7º, da CF/88, que o objetivo ali prescrito de forma vaga será compreendido.

### **2.5.1 A melhoria da condição social do trabalhador, como finalidade constitucional.**

Do art. 7º, *caput*, parte final, destaca-se para análise a expressão “condição social”. Qual o conteúdo semântico desta expressão, em linguagem comum, posta no texto constitucional como um objetivo do constituinte?

---

<sup>265</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.41.

<sup>266</sup> ÁVILA, **Teoria...**, p. 92.

<sup>267</sup> *Idem, ibidem*, p. 92.

A expressão em epígrafe é vaga. E isso porque, como já referido anteriormente, a linguagem natural-comum contém palavras vagas e pelo trabalho do legislador estas são inseridas em normas jurídicas.<sup>268</sup> Cumpre delimitar o conteúdo semântico da referida expressão, considerando para tanto, o texto constitucional e seu contexto.

A relação jurídica empregatícia possui grande relevância para o empregado, em si mesmo, para a estruturação das famílias e para a construção do corpo social. Por isso, o constituinte prescreveu como um dos princípios fundantes da ordem jurídica brasileira, o valor social do trabalho humano, que, por sua vez, quer significar que os efeitos do trabalho atingem não só o sujeito trabalhador e seu entorno imediato, mas também o restante da sociedade.

Após a prescrição contida no art. 1º, IV, 1ª parte (valor social do trabalho) o constituinte seguiu considerando o referido valor para a prescrição de outros dispositivos constitucionais, dentre eles, os contidos no art. 7º, da Constituição.

O contexto fático no qual se insere o trabalhador subordinado foi considerado pelo constituinte para a elaboração dos direitos previstos nos incisos do art. 7º. O constituinte atribuiu ao trabalhador o direito ao trabalho e a proibição de discriminação nas condições ao acesso e à permanência neste e, na mesma linha, prescreveu a garantia de emprego; também lhe prescreveu o direito a condições de salubridade ambiental com vistas a preservar-lhe a saúde e a vida; conferiu-lhe o direito à duração da jornada de trabalho e o direito ao repouso para lhe garantir a reposição de energias, assim como lhe permitir cuidar e conviver com os filhos, e, preservar e fortalecer os vínculos familiares e pessoais. Também por isso, o constituinte conferiu proteção aos filhos do trabalhador por meio de licença maternidade-paternidade e de assistência gratuita aos filhos menores de 5 (cinco) anos, dentre outros direitos.

---

<sup>268</sup> Sobre a vagueza das palavras, consultar: CARRIÓ, Genaro R.. **Algunas palabras sobre las palabras de la ley**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1971, p. 24; CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 32; WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. versão, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 76.

Percebe-se que, ao prescrever os direitos contidos no art. 7º, da CF/88, o constituinte considerou o contexto fático-social do trabalhador. Portanto, especificamente em relação ao art. 7º, *caput*, parte final, da CF/88, a *condição social* a que se refere o constituinte é o conjunto de relações pré-jurídicas ou jurídicas (porque já jurisdicizadas em outra área do direito) no qual se insere o trabalhador. O constituinte identificou na interação do trabalhador com a sua família, com o seu entorno social e com toda a sociedade a importância do resultado do trabalho para a estruturação das famílias, para a circulação de riquezas e para o desenvolvimento da sociedade.

Ciente de que a relação de trabalho produz efeitos imediatos sobre o trabalhador e efeitos mediatos sobre a família deste e demais membros da sociedade, o constituinte usou a expressão “condição social” do trabalhador para direcionar o comportamento legiferante dos sujeitos detentores do poder normativo à criação de direitos diretos ao trabalhador. E, como visto, esta condição social foi especialmente considerada pelo próprio constituinte na elaboração e prescrição dos direitos contidos nos incisos do art. 7º, da Constituição.

A condição social de que trata o dispositivo em tela é aquela imediatamente referida ao trabalho e seus reflexos econômicos, mas também mediatamente referida ao entorno deste, ao contexto social próximo da pessoa trabalhadora, delimitado especialmente pelas relações familiares desta.

### **2.5.2 A aplicação do princípio protetor trabalhista.**

O trabalho considerado pelo constituinte para a redação do art. 7º, da CF/88, tem natureza intersubjetiva - e, portanto, relacional. Ele não é o trabalho em si mesmo, ou seja, a energia humana posta em relação com os elementos naturais, mas o produto desta energia em relação aos interesses e objetivos do empregador.

Segundo Ihering, “a vontade, tanto quanto a natureza, necessita da causa eficiente”. Na natureza, a causa é mecânica; já na vontade, a causa é a finalidade.<sup>269</sup> A finalidade que motivou a vontade do constituinte, na inclusão do art. 7º no capítulo dos direitos fundamentais, foi a de proteger o trabalhador frente ao empregador em função da importância que o vínculo trabalhista possui para o próprio trabalhador,<sup>270</sup> para sua família e para a sociedade. Proteção esta que é inerente e está juridicizada em cada um dos incisos do referido artigo e se clarifica expressamente na parte final deste.<sup>271</sup>

Os limites e o fundamento desta proteção ao trabalho subordinado também decorrem do art. 3º, da CF, que prescreve como objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os verbos utilizados pelo constituinte na fixação dos objetivos fundamentais constantes do art. 3º impõem comportamentos positivos e de ação. Em uma sociedade complexa e desigual, tais objetivos pressupõem a proteção e a desigualação entre os desiguais, em busca da maior aproximação de todos os brasileiros a um patamar de dignidade que cumpra com os referidos objetivos fundamentais.

Na mesma linha, o art. 170, da CF/88, fixa a justiça social como diretriz para a ordem econômica. A noção de justiça social condiciona ao equilíbrio os três pólos da economia: empresa/empregador – empregado – consumidor.<sup>272</sup> Considerando a

---

<sup>269</sup> IHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Tradução de José Antonio Faria Correa, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, v.1, p.1.

<sup>270</sup> Aqui se deixa de lado, propositadamente, a análise da importância do vínculo para o empregador porque o assunto desbordaria os limites do direito do trabalho e passaria para o direito econômico.

<sup>271</sup> Segundo Arnaldo Süssekind, “o princípio protetor, ou da proteção do trabalhador, erige-se como o mais importante e fundamental para a construção, interpretação e aplicação do Direito do Trabalho”. SÜSSEKIND, Arnaldo. Os princípios informadores do direito material do trabalho. In PAIXÃO, Cristiano *et al* (coord.s). **Os novos horizontes do direito do trabalho**. Homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira, São Paulo: LTr, 2005, p. 54.

<sup>272</sup> A relação entre consumidor e empresa-fornecedora não será abordada, face aos limites deste estudo.

superioridade fática do poder econômico e a subordinação do trabalhador ao mesmo, assim como a importância da relação de trabalho para o desenvolvimento e equilíbrio do corpo social, ao elaborar o art. 7º, o constituinte procurou criar um equilíbrio jurídico entre os sujeitos empregador x empregado; e assim o fez por meio de comportamentos positivos equalizadores, dentre os quais a atribuição imperativa de direitos e de deveres, bem como a desigualação entre o pólo forte (empresa/empregador) e o pólo presumidamente débil (trabalhador).

Daí dizer que a proteção à relação de trabalho subordinado, que depreende do conjunto e de cada um dos incisos do art. 7º, não é filantrópica, mas racional,<sup>273</sup> na medida em que, por meio dela, busca-se a harmonia jurídica entre o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa.

O art. 7º, em seu conjunto de incisos, instrumentaliza os objetivos prescritos no art. 3º, da CF e, por consequência, realiza a finalidade da ordem econômica: “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). E no mesmo sentido, a parte final, do *caput*, do art. 7º, para não negar a própria razão dos direitos prescritos em seus incisos, impõe a melhoria da condição social do trabalhador como finalidade contínua a ser perseguida no exercício do poder normativo trabalhista. Ou seja, esta finalidade que já foi jurisdicizada pelo próprio constituinte originário na elaboração dos incisos do art. 7º, também deve ser pretendida e implementada pelos sujeitos normativos trabalhistas.

A parte final do *caput* do art. 7º, da Constituição, conjugado ao art. 60, § 4º, IV, prescreve o princípio constitucional protetor trabalhista.<sup>274</sup> Este princípio impede a extinção e a renúncia de direitos fundamentais do trabalhador, inclusive pela vontade do próprio titular, e, condiciona a criação/alteração de direitos trabalhistas à melhoria da condição social do mesmo.<sup>275,276</sup>

---

<sup>273</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 234.

<sup>274</sup> No mesmo sentido: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de direito constitucional do trabalho**: uma abordagem à luz dos direitos fundamentais. Salvador: Podivm, 2009, p. 81.

<sup>275</sup> Neste sentido, o entendimento de Amauri Mascaro do Nascimento: “O princípio protetor é uma das sustentações do Direito do Trabalho. Não pode ser afastado. Faz parte da história do Direito do Trabalho como o seu principal objetivo. Nasceu exatamente para promover a igualdade jurídica diante da desigualdade real entre as partes do contrato de trabalho.” NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A

Da lição de Plá Rodriguez, depreende-se que princípio de proteção é o critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, “pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.”<sup>277</sup> E continua o autor:

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.<sup>278</sup>

Apesar de aparentemente contrária ao anteriormente exposto, a lição do autor uruguaio, em essência, confirma que o objetivo pretendido pela proteção à relação de trabalho subordinado é a harmonização entre valores antagônicos, com vista ao alcance da igualdade entre as partes.

Segundo Fernando Hoffmann,

o princípio da proteção pode ser conceituado como a diretriz mandamental, reitora e nuclear que inspira, informa e fundamenta o Direito do Trabalho e que tem como finalidade compensar as desigualdades econômica e jurídica existentes na relação entre capital e trabalho, mediante a criação de outras desigualdades de natureza jurídica e segundo a dignidade do trabalhador.<sup>279</sup>

Sob pena de ruírem os objetivos da proteção já mencionada, desta decorrem os princípios da indisponibilidade e da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais

---

competência secundária para legislar sobre direito do trabalho. *In Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano 24, n. 32, Rio de Janeiro, 2008, p. 182.

<sup>276</sup> Em sede infraconstitucional, a proteção do trabalhador também decorre dos art.s 9º, 444 e 468, da Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>277</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 28.

<sup>278</sup> *Idem, ibidem*, p. 28.

<sup>279</sup> HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003, p. 61.

trabalhistas.<sup>280</sup> Neste sentido tem-se a lição de Sússekind: “O princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade.”<sup>281</sup> Conforme o entendimento deste autor, do princípio da proteção decorre o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Vidal Serrano Nunes Junior também destaca a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais. Para este autor, “a aceitação da renúncia dos mesmos [direitos fundamentais] consistiria em negação da sua fundamentalidade e, por via de consequência, na sua desconstituição enquanto categoria jurídica.”<sup>282</sup>

Analisando a possibilidade ou não de os direitos fundamentais trabalhistas serem mitigados por meio da flexibilização normativa, Oscar Ermida Uriarte leciona:

A importância atual da questão é que os direitos humanos, vistos como fundamentais enquanto essenciais à personalidade humana e presentes na Constituição, operam como um limite de ordem pública; são indisponíveis, encontram-se fora da esfera de disponibilidade dos poderes públicos e, por isso, são insuscetíveis de flexibilização.”<sup>283</sup>

Segundo este especialista da Organização Internacional do Trabalho os direitos humanos, “reconhecidos como constitucionais e universais, estão supra-ordenados

---

<sup>280</sup> Durante a pesquisa feita para este item, percebeu-se que, por vezes, os termos irrenunciabilidade e indisponibilidade são tratados como sinônimos, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. Aqui se entende que o primeiro quer significar o ato de disposição de vontade pelo titular do direito, enquanto o segundo quer significar a impossibilidade de extinção do direito, pela normativa; mas manter-se-á a terminologia utilizada nos textos transcritos, em respeito aos seus autores, assim como porque se a comunicação alcançou seu objetivo.

<sup>281</sup> SÚSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 75; SÚSSEKIND, Arnaldo. Os princípios informadores do direito material do trabalho. In PAIXÃO, Cristiano *et al* (coord.s). **Os novos horizontes do direito do trabalho**. Homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira, São Paulo: LTr, 2005, p. 55.

<sup>282</sup> SERRANO JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 39.

<sup>283</sup> URIARTE, Oscar Ermida. Palestra proferida no **Fórum internacional sobre direitos humanos e direitos sociais**, Brasília, Tribunal Superior do Trabalho, 2004. Disponível em <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIAS.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=3843&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=ermida](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=3843&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=ermida)>. Acesso em 27/07/2010.

face à lei ordinária”; são intangíveis, inalcançáveis pelo legislador nacional e, portanto, impassíveis de flexibilização.<sup>284</sup>

Além do legislador estatal, também os sujeitos coletivos trabalhistas não podem reduzir ou extinguir direitos fundamentais trabalhistas, sem que tal iniciativa tenha por fim cumprir com a parte final do *caput* do art. 7º, da CF/88 e nos limites permitidos pelo constituinte. Assim, o princípio protetor tem aplicabilidade igualmente no exercício do poder normativo.<sup>285</sup> Os direitos fundamentais trabalhistas são indisponíveis aos titulares do poder normativo e também são irrenunciáveis por ato de vontade do trabalhador.

O Tribunal Superior do Trabalho – 5ª Turma – nos Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. 18600-68.2003.5.17.0001, frente ao descumprimento, pelo sindicato, da finalidade protetiva supra referida, entendeu que os direitos trabalhistas estavam sendo renunciados pelo sindicato laboral. Assim, para a solução da lide, aplicou o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, no exercício do poder normativo coletivo:

(...) QUITAÇÃO DAS HORAS EXTRAS POR CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA. Requerem as reclamadas que seja reconhecida aplicabilidade da cláusula 6ª da convenção coletiva de fls. 205, firmada em junho de 2002, que deu plena quitação dos haveres trabalhistas relativos à jornada extraordinária. Não procede sua pretensão. Mantém-se a sentença. Com efeito, a cláusula não configura a hipótese de uma transação realizada pelo sindicatos da categoria do reclamante, constitui, sim, renúncia do Sindicato a direito de seus representados, o que extrapola os limites legais atribuído aos órgãos representantes dos empregados. De se notar, outrossim, que não há, no tocante às horas extras, registro de qualquer contrapartida por parte da categoria econômica, não podendo

---

<sup>284</sup> Segundo Oscar Ermida Uriarte, “a flexibilização se produz de múltiplas formas, duas das quais se destacam: diminuindo ou eliminando direitos ou benefícios trabalhistas, ou então, modificando a relação entre as fontes, mediante a prescindência dos preceitos legais pela negociação coletiva ou o acordo coletivo pelos indivíduos (*rectius*: em geral, a vontade unilateral do empregador). Esta segunda modalidade flexibilizadora – ‘a prescindibilidade’ de normas heterônomas por normas autônomas ou de normas coletivas por acordos ou atos individuais – é em última instância, um meio de chegar à primeira: a diminuição ou eliminação de direitos ou benefícios trabalhistas”. URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002, p. 9.

<sup>285</sup> Também nesta linha de entendimento: HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003, p.77.

prevalecer instrumento normativo firmado nesses moldes. Desta forma, perfeita a sentença ao afirmar que o sindicato não tem legitimidade para renunciar o direito do autor de receber horas extras. Logo, nega-se provimento ao apelo patronal. As reclamadas amparam suas alegações na suposta violação dos artigos 7º, XIII e XXVI, e 8º, III, da CF/88. Alegam, também, que pela quitação dada diante da cláusula 6ª. da convenção coletiva de trabalho o recorrido não faz jus a percepção de tais valores. O recurso não merece conhecimento. O princípio norteador da indisponibilidade dos direitos trabalhistas é a proteção ao hipossuficiente, que objetiva equilibrar a relação empregado-empregador, conferindo àqueles direitos que não podem ser abdicados. Nesse contexto, o Estado passou a editar normas protetoras, impondo deveres aos empregadores, surgindo daí o princípio da irrenunciabilidade aos direitos trabalhistas (aos trabalhadores não é permitido renunciar os direitos que lhe foram concedidos por normas positivas). A flexibilização constitui exceção ao princípio da irrenunciabilidade. Entretanto, há de ter interpretação estrita, não podendo se estender além das hipóteses previstas. (...) Nesse passo, é nulo o acordo coletivo (art. 9º da CLT), uma vez que o art. 7º, XIII, da Constituição Federal só permite a redução da jornada e não a supressão de jornada efetivamente prestada. O direito ao pagamento de horas extras não é passível de renúncia pela via do acordo coletivo.<sup>286</sup>

No Recurso de Revista nº 41400-11.2007.5.03.0108, a 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho também aplicou o princípio da proteção e da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, considerando:

À luz dos princípios informadores do Direito do Trabalho, sobretudo o tutelar e o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, que não conferem legitimidade aos procedimentos prejudiciais ao empregado, e tendo-se em conta também a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional consagrada no art. 5º, inciso XXXV, da CF, entende-se que a quitação concedida pelo empregado perante a comissão de conciliação prévia, mesmo que por cláusula expressa conferindo eficácia liberatória geral ao ato, abrange tão-somente a matéria e as questões que foram objeto da demanda submetida ao órgão conciliador, não impedindo que o obreiro pleiteie judicialmente outros direitos que entenda devidos(...). Em suma: ajustes feitos no sentido de preconizar o despojamento de direitos

---

<sup>286</sup> Esta decisão foi publicada no DEJT - 18/06/2010 – destaques nossos.

assegurados por lei não produzem quaisquer efeitos, considerando também destituída de validade e eficácia a aquiescência manifestada pelo empregado nesse sentido, ainda que, objetivamente, não tenha havido vícios na manifestação volitiva. Nesse panorama, a quitação dada pelo empregado perante a Comissão de Conciliação Prévia não tem o alcance pretendido pelo Reclamado (quitação plena e irrestrita), tendo em vista os princípios da irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas. O entendimento acerca da matéria, ademais, já está consagrado pela jurisprudência, tanto pela Súmula 330/TST quanto pela OJ/270/SBDI-1/TST. Efeitos absolutos e irrestritos ao documento rescisório extrajudicial atentam não só contra a regra e princípio da indisponibilidade de direitos como também do amplo acesso à jurisdição.<sup>287</sup>

Assim decidiu, no Recurso de Revista n. 84400-33.2006.5.10.0001, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho :

RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO-RECLAMANTE - FGTS - LIBERAÇÃO DOS DEPÓSITOS EFETUADOS NAS CONTAS VINCULADAS DOS TRABALHADORES – CULPA RECÍPROCA E INDENIZAÇÃO DE 20% FIXADOS EM CLÁUSULA COLETIVA DE PRODUÇÃO AUTÔNOMA. Não tem validade a cláusula coletiva que reduz de 40% para 20% a indenização incidente sobre os depósitos efetuados a título de FGTS na conta vinculada do trabalhador contratado por empresa fornecedora de mão-de-obra que vem a ser sucedida por outra, na prestação do mesmo serviço, mediante processo licitatório, estabelecendo, ainda, que a modalidade da ruptura contratual dessa forma operada deve ser qualificada como culpa recíproca e, como tal, produzir os mesmos efeitos. Além de ser irrenunciável o direito a cujo respeito se controverte, a sistemática legal vigente (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90) atribui à Justiça do Trabalho a tarefa de aferir a ocorrência da culpa recíproca na extinção do contrato de trabalho. Isso porque a caracterização do instituto é ato intelectual eminentemente técnico, no qual se insere a verificação da prática efetiva simultânea, por empregado e empregador, das infrações capituladas nos arts. 482 e 483 da CLT, a partir da valoração da prova produzida. Dessa forma, considerando inválida a cláusula convencional que elegeu a rescisão contratual por culpa recíproca, em descompasso

---

<sup>287</sup> Decisão publicada no DEJT - 09/04/2010 – destaques nossos.

com a realidade dos fatos, não restou configurada a hipótese legal para a liberação dos depósitos do FGTS. Recurso de revista não conhecido.

O Ministro Relator, na hipótese, considerou:

(...) Resulta daí ser totalmente impróprio o tratamento distinto e a disciplinação da matéria em termos contrários aos da lei, mediante negociação coletiva, subvertendo-se e alterando-se a qualificação de institutos jurídicos e de conceitos eminentemente técnicos e reduzindo-se vantagem pecuniária (o valor da indenização sobre o FGTS de 40% para 20%) que constitui direito indisponível do trabalhador. A despeito do reconhecimento constitucional da validade dos instrumentos normativos de produção autônoma ou heterônoma, isso não confere ampla e irrestrita liberdade às partes celebrantes para a flexibilização de direitos. Haja vista, sob essa óptica, a diretriz inequívoca da Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1. O verbete é emblemático na fixação de limites ao poder negocial conferido às entidades sindicais.<sup>288</sup> <sup>289</sup>

A 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista nº 784901/2001, proferiu julgado nos seguintes termos:

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ELASTECIMENTO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Não é regular o acordo coletivo que estipula uma jornada para trabalho em turnos ininterruptos de revezamento superior àquela constitucionalmente estabelecida, sem criar, em contrapartida, qualquer benefício para os trabalhadores, pois nesse quadro, não pode ser considerado fruto de uma verdadeira negociação coletiva, aproximando-se mais de uma renúncia de direitos para a qual não está o sindicato autorizado. Exegese da Súmula 423 do TST ao aludir a regular acordo coletivo. Recurso não conhecido.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> Decisão publicada no DEJT - 09/04/2010 – destaques nossos.

<sup>289</sup> Por oportuno, cita-se: "Acordo coletivo de trabalho: o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal não elide a declaração de nulidade de cláusula de acordo coletivo de trabalho à luz da legislação ordinária." (STF, Agravo de Instrumento n. 617.006-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-3-2007, Plenário, *DJ* de 23-3-2007.) No mesmo sentido: STF, Agravo de Instrumento n. 657.925-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-8-2007, 1ª Turma, *DJ* de 14-9-2007.

<sup>290</sup> Decisão publicada no DJ - 02/02/2007 – destaques nossos.

O Ministro Relator José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, em seu voto, considerou:

A jornada constitucional de empregado que trabalha em regime de turnos ininterruptos de revezamento é de seis horas. A elevação dessa jornada só é possível através de negociação coletiva, que pressupõe assim o mínimo de comutatividade. Logo, acordo coletivo que simplesmente eleva a jornada para oito horas, mas sem a respectiva contraprestação, não preenche o requisito previsto na segunda parte do inciso XIV do art. 7º da Lei Fundamental. Devidas assim como extraordinárias, as horas excedentes de seis, sem prejuízo da expedição de ofício para a PRT, para que tome, se for o caso, as providências cabíveis (fl. 327).<sup>291</sup>

Já no Recurso de Revista n.159/2006-271-06-00, a 3ª Turma, do Tribunal Superior do Trabalho, decidiu o seguinte:

Recurso de Revista. Descabimento 1. Horas *in itinere*.. Negociação Coletiva. Cláusula que limita o merecimento do título às horas posteriores à segunda do trajeto. Supressão de direito. Invalidez.. (...). Recurso de revista não conhecido.

O Ministro Relator, neste recurso, teceu as seguintes considerações em seu voto:

Não há dúvidas de que o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal chancela a relevância que o Direito do Trabalho empresta à negociação coletiva. A validade e eficácia destas cláusulas está condicionada à sua contenção dentro de fronteiras estabelecidas. (...) Não há como se legitimar, pela via da negociação coletiva, a supressão de direito definido em norma imperativa e de ordem pública. Além de, em tal caso, estar-se negando a vigência, eficácia e efetividade de norma instituída pelo Poder Legislativo, competente para tanto, ofender-se-ia o limite constitucionalmente oferecido pelo art. 7º, VI, da Carta Magna, que, admitindo a redução de salário, não tolerará a sua supressão. (...).<sup>292</sup>

---

<sup>291</sup> Decisão publicada no DJ - 02/02/2007 – destaques nossos.

<sup>292</sup> Decisão publicada no DJ - 09/05/2008.

No ROAA - 1400-75.2008.5.17.0000, a Seção de Dissídios Coletivos, do Tribunal Superior do Trabalho, decidiu o seguinte:

Ação Anulatória. Recurso Ordinário. Parágrafo 5º da Cláusula 5ª da CCT 2007/2008. Nulidade. Contratação por valor inferior ao salário profissional ou ao piso salarial da categoria. Engenheiros, agrônomos, geógrafos e tecnólogos. (...). Recurso ordinário a que se nega provimento.<sup>293</sup>

No julgado acima, a Ministra Relatora Kátia Magalhães Arruda, em seu voto, assim fundamentou:

...entendo que as normas coletivas (autônomas), conquanto possam prevalecer sobre a norma heterônoma, não podem transacionar parcelas de indisponibilidade absoluta, como no presente caso. Com efeito, o salário profissional estabelecido em lei para as categorias supra referidas assegura patamar de cidadania a esses profissionais, revelando-se verdadeiro ato de renúncia a direito irrenunciável, a concretização do previsto no parágrafo quinto da cláusula quinta da CCT 2007/2008. Além disso, tal dispositivo fere os incisos V (piso proporcional à extensão e à complexidade do trabalho) e XXXII (proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos) do artigo 7º da Constituição da República, sendo que sua implementação dará ensejo a imensuráveis abusos, como as contratações sucessivas de profissionais recém-formados, com o único objetivo de redução de custos das empresas, violando o princípio fundamental de valorização social do trabalho (art. 1º, IV, da CF) (fls. 177/178). No recurso, alega o recorrente que a cláusula não desrespeita os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, tampouco a legislação específica mas pretendeu incentivar a abertura do mercado ao recém-formado, assegurando a melhoria de sua condição social, conforme o caput do art. 7º da CF. À análise. Os engenheiros, arquitetos, geólogos, geógrafos, agrônomos e tecnólogos, diante das peculiaridades de suas atividades, possuem leis próprias (Lei 4.950-A/1966, Lei 4.076/1962) regulando as relações de trabalho e estabelecendo piso salarial. Considerando essa proteção legal, não tem amparo a redução do piso salarial estipulado na cláusula anulada. A cláusula atenta contra essa disposição mínima. Ressalte-se que a cláusula debatida não prevê redução salarial negociada, mas estabelece valor

---

<sup>293</sup> Decisão publicada no DEJT - 30/04/2010.

inferior ao mínimo previsto para a categoria. Caso prevalecesse a cláusula, as partes estariam transacionando sobre direitos dos que ainda vão ser admitidos, que já se encontram em situação de inferioridade salarial e normativa. O piso da categoria, estabelecido em lei, já representa o mínimo a receber, logo estabelecer percentual 50% a 70% inferior a esse piso desestruturará a própria base salarial para os trabalhadores abrangidos pela convenção.(...).

Do exposto, verifica-se que a parte final do *caput* do art. 7º, aliado ao art. 60, § 4º, IV, prescreve o princípio constitucional protetor trabalhista – do qual decorrem também os princípios da indisponibilidade e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas – que impõe ao legislador e aos sujeitos coletivos trabalhistas, a finalidade de buscar a melhoria da condição social do trabalhador quando do exercício de sua produção normativa.

### 3 VINCULAÇÃO DO EMPREGADOR E DOS SINDICATOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR.

#### 3.1 Considerações iniciais.

Nas seções anteriores, abordou-se a Constituição como fundamento positivo do ordenamento jurídico, a configuração do Estado Democrático e Social de Direito, o papel dos direitos fundamentais sociais como importante elemento caracterizador deste formato estatal.

Neste contexto, tratou-se especialmente da natureza jurídica dos direitos fundamentais trabalhistas, da condição de patamar dos direitos prescritos nos incisos do art. 7º, da Constituição, dos efeitos e da aplicação destes, e, ainda, da autorização constitucional para a criação de novos direitos trabalhistas, com vistas à melhoria das condições sociais dos trabalhadores. Por fim, analisou-se que tal finalidade protetiva vincula os sujeitos constitucionalmente autorizados à produção normativa trabalhista.

Neste capítulo, pretende-se demonstrar que tanto os empregadores quanto os sindicatos laboral e patronal vinculam-se ao cumprimento e ao respeito aos direitos fundamentais trabalhistas prescritos na Constituição.

É necessário recordar que, no final do século XVIII, no campo dos direitos fundamentais, o inimigo a vencer era o Estado e seu aparato, historicamente decorrentes do absolutismo. O Estado constitucional distinguiu-se do Estado absoluto pela divisão de poderes, pela vinculação do poder estatal a um Direito – e, sob o controle judicial - e dentro deste a prescrição de direitos fundamentais indisponíveis.<sup>294</sup>

---

<sup>294</sup> KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Tradução da 6ª edição alemã por Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 170.

O constitucionalismo inicial buscou fixar, por meio de direitos fundamentais, limites à ação estatal. Por meio deles buscava-se proteger o indivíduo frente ao poder do Estado. As primeiras declarações de direitos enfatizaram os direitos de liberdade, especialmente porque estes delimitavam esferas, aos indivíduos, bloqueadoras da ação estatal. As razões e as peculiaridades deste modelo são chamadas pela doutrina de *teoria liberal* dos direitos.

Para a teoria liberal, os direitos fundamentais eram os direitos de liberdade do indivíduo face ao Estado. O indivíduo dispunha de um espaço no qual, o Estado, entendido como a maior ameaça para os direitos, não pudesse se imiscuir.<sup>295</sup> Segundo Miguel Carbonell, este espaço, na visão liberal, constitui-se em “un ámbito vital anterior al Estado, no constituido por ninguna norma jurídica; el ordenamiento lo único que puede hacer es reconocer los alcances de esa esfera preexistente. Los derechos de libertad se entienden también como normas que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que puede y lo que no pueden hacer.”<sup>296</sup>

Para Carl Schmitt, na linha liberal, o conteúdo da expressão *direitos fundamentais* se refere àqueles direitos “anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege con dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *Libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa.”<sup>297</sup> E, assim resume o referido autor: “Los derechos fundamentales en sentido propio son,

---

<sup>295</sup> Segundo Rafael Naranjo de la Cruz, na teoria liberal, “la libertad no aparece calificada por ningún objetivo o fin. La determinación de su uso, motivaciones y los fines que se persigan con él corresponde únicamente al titular del derecho, dentro de los límites de compatibilidad fijados de forma general, por lo que no pueden ser utilizados estos parámetros para su valoración jurídica.” CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: CEPC, 2000, p. 248

<sup>296</sup> CARBONELL, Miguel. ¿Se pueden hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares? In RAMÍREZ, Sergio Garcia (coord). **Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal**. México: UNAM, 2007, (t.1), p. 202.

<sup>297</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927, p. 189.

esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado.”<sup>298</sup>

Este modelo liberal foi essencial para a defesa dos indivíduos frente ao formato absoluto do Estado.<sup>299</sup> Mas, como a dinamicidade da história muda a percepção e a avaliação de bem e de mal,<sup>300</sup> a concepção liberal de direitos fundamentais passou a ser insuficiente e, como já referido em tópicos anteriores, as Constituições passaram a prescrever, além das esferas de liberdade que geram ao Estado deveres de abstenção, deveres de prestação.

Com a evolução para o constitucionalismo social, as Constituições começaram a inserir em seus catálogos *direitos fundamentais sociais*. Estes garantem não apenas a abstenção do Estado, num âmbito de liberdade delimitado, mas também impõem obrigações de fazer e não fazer, conforme já visto.

Além disso, sendo o direito positivo um produto cultural, que prescreve e conduz as condutas intersubjetivas, ele reflete o evoluir histórico. Até em função do constitucionalismo liberal, o poder social e o poder econômico muito se expandiram, atingindo intensamente os direitos dos indivíduos, razão pela qual o Estado deixou de ser considerado a única ameaça aos indivíduos.<sup>301</sup>

Neste sentido, Juan María Bilbao Ubillos, destacando o forte lastro histórico dos direitos fundamentais, considera que estes direitos experimentaram e seguem

---

<sup>298</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927, p. 189-190. Destaques no original.

<sup>299</sup> Os fundamentos históricos da transição entre o absolutismo e o estado constitucional podem ser consultados em: KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Tradução da 6ª edição alemã por Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 133 e ss.

<sup>300</sup> CARDOSO, Fernando Henrique. O poder revela muito mais do que cria ou deforma. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110221/not\\_imp682207,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110221/not_imp682207,0.php)>. Acesso em: 21/02/2011.

<sup>301</sup> Corroborar esta asserção a análise lapidar de Márcio Pochmann, Presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, ao afirmar que o mundo está vivendo uma fase em que “não são mais os países que têm empresas, mas empresas que têm países, diante da dimensão das corporações com um faturamento, em grande parte das vezes, superior ao PIB [Produto Interno Bruto] dos países nacionais”. In Revista Instituto Humanitas Unisinos, n. 322, ano X, p. 16. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/uploads/publicacoes/edicoes/1276603953.4025pdf.pdf>>. Acesso em 06/01/11.

experimentando “profundas transformaciones porque la realidad socio-política en la que se insertan cambia.”<sup>302</sup>

Para o referido autor, poucas categorias jurídicas

se muestran tan permeables a la evolución de los estándares culturales como la de los derechos fundamentales. Se esto es así, no se entiende por qué hay que mantener a toda costa la fidelidad a una determinada concepción inmutable de estos derechos que tuvo sentido en un determinado momento, pero que resulta hoy desfasada, anacrónica.<sup>303</sup>

É neste contexto que, os direitos fundamentais sociais trabalhistas prescritos na Constituição Federal de 1988, além do Estado também vinculam particulares, ocorrendo aí o que a doutrina chama de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.<sup>304</sup> Neste capítulo, procurar-se-á demonstrar mais detalhadamente esta possibilidade de vinculação de particulares ao cumprimento dos direitos fundamentais prescritos no art. 7º, da Constituição de 1988.

As doutrinas nacional e alienígena dividem-se a respeito da vinculabilidade dos particulares aos direitos fundamentais. Das discussões relativas à eficácia e vinculação ao cumprimento destes direitos destacam-se: os questionamentos relativos à forma de vinculação – se imediata ou se mediata, se direta ou se indireta –, bem como a diversidade de fundamentos utilizados num e noutro sentidos.

De um lado, alguns autores advogam a aplicabilidade imediata e direta dos preceitos constitucionais de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares; de outro, há autores que só admitem a aplicabilidade mediata e indireta dos direitos fundamentais às referidas relações, por intermédio de um regramento formulado pelo direito privado.

---

<sup>302</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 302.

<sup>303</sup> *Idem, ibidem*, p. 302.

<sup>304</sup> Juan María Bilbao Ubillos considera inadequada a expressão “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, pois, segundo o autor, a relação entre uma pessoa ou uma entidade que exerce uma autoridade privada e quem está submetido a ela não é precisamente horizontal. *Idem, ibidem*, p. 304.

Não obstante o brilhantismo da doutrina estrangeira exposta abaixo, neste estudo, entende-se que o tema deva ser avaliado a partir das normas jurídicas prescritas em cada Constituição e, no caso concreto, as normas que estão sob análise são as da Constituição Brasileira de 1988.

Na doutrina estrangeira, Günther Dürig admite apenas a influência “mediata dos direitos fundamentais sobre o direito privado”<sup>305</sup> e a vinculação somente “após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais.”<sup>306</sup>

No entendimento do citado autor alemão, traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais seriam, primariamente, direitos de defesa da liberdade contra o poder do Estado e não justificava que eles vinculassem também os particulares. Submeter a actividade dos sujeitos privados aos mesmos vínculos que limitam a acção do Estado significaria transformar os direitos em deveres, invertendo o seu sentido.<sup>307</sup>

Por outro lado, Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner entendem que, em função do princípio da unidade do ordenamento jurídico e da força normativa da Constituição,<sup>308</sup> “não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.”<sup>309,310</sup> Para Nipperdey, o perigo

---

<sup>305</sup> DÜRIG, Günther. *Apud* CANARIS, Claus – Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009 (reimpr. 2003), p. 28.

<sup>306</sup> DÜRIG, Günther. Anmerkungen...*Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 400.

<sup>307</sup> DÜRIG, Günther. Anmerkungen zu art.1 abs. 1 bis 3 GG. *In* Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (org). Grundgesetz-Kimmentar, München: C.H.Bech, 1994. *Apud* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 277-278; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 251.

<sup>308</sup> Sobre a força normativa das normas constitucionais, consultar também: HESSE, Honrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

<sup>309</sup> LEISNER, Walter e NIPPERDEY, Hans Carl. *Apud* SARLET, **A eficácia...**, p. 400.

<sup>310</sup> Cf. tb: LEISNER, Walter. Grundrechte und privatrecht, 1960, p. 300 e ss. *Apud* VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos, liberdades e garantias..., p. 274; VIEIRA DE ANDRADE, **Os Direitos...**, p. 245.

aos direitos fundamentais dos cidadãos na sociedade do século XX não vem apenas do Estado, ‘mas também dos grupos sociais, que detêm na sociedade de massas uma parcela cada vez maior do poder social e econômico, um poder real que se impõe aos indivíduos de várias maneiras e que é capaz de afetar intensamente zonas e aspectos relevantes da sua vida e da sua personalidade”,<sup>311</sup> sendo que alguns direitos fundamentais – embora não aqueles que só tenham sentido perante o Estado – devem ser diretamente aplicáveis nas relações entre privados.

Jean Rivero afirma que “os preceitos constitucionais valem igualmente para as relações entre particulares, dado que também os indivíduos poderosos e os grupos privados podem afetar as liberdades.”<sup>312</sup>

Vieira de Andrade assevera que os direitos fundamentais se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, inclusive, privada. Para o autor, os particulares poderão, assim, de acordo com a *natureza específica*, a *razão de ser* e a *intensidade* do poder exercido,

invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade de atos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indenização dos danos causados.<sup>313</sup>

Porém, Vieira de Andrade ressalta que, “nas relações entre ‘iguais’, os particulares não devem ser considerados *sujeitos passivos* dos direitos fundamentais, enquanto *direitos subjectivos*, com os *deveres típicos* correspondentes”; os direitos fundamentais

---

<sup>311</sup> NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und privatrecht, in Festschrift für E. Molitor zum 75. Geb., 1962, p. 17 e ss. *Apud* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 274.

<sup>312</sup> RIVERO, Jean. Les libertés publiques, Paris, 1973, v.1, p.164-166. *Apud* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, p. 277, nota 8.

<sup>313</sup> VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos, liberdades e garantias..., p. 288.

têm de valer nas relações privadas, tanto mais intensamente quanto mais íntima for a sua ligação ao valor-mãe da dignidade da pessoa humana. A autonomia do direito privado não significa independência em relação à Constituição que tem hoje como tarefa fundamental a garantia da unidade do ordenamento jurídico. Assim, os preceitos relativo aos direitos fundamentais determinam a invalidade, por inconstitucionalidade, das normas legais de direito privado que os infringam ou contrariem.<sup>314</sup>

Para Rafael Naranjo de la Cruz, os direitos fundamentais são imediatamente eficazes, no âmbito das relações privadas, “na medida em que assim de depreenda de seu próprio significado.”<sup>315</sup> A aplicação das normas constitucionais, aí incluídas aquelas que prescrevem direitos fundamentais, “deve alcançar toda a extensão que se possa deduzir do próprio texto constitucional.”<sup>316</sup> Portanto, não se pode falar da existência de um valor de máxima importância no Direito privado – a autonomia privada – que deva ser protegida frente a outros valores que constem no texto constitucional, leciona o referido autor.<sup>317</sup> Na atualidade, no que diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, “la regulación de Derecho privado debe estar plenamente sometida a la Constitución”,<sup>318</sup> afirma o doutrinador.<sup>319, 320</sup>

Na doutrina nacional, Ingo Wolfgang Sarlet, à luz do direito constitucional brasileiro vigente, entende que não há “soluções uniformes” para o tema vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Para este autor, a eficácia direta ou indireta

---

<sup>314</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 291.

<sup>315</sup> CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: CEPC, 2000, p. 247;

<sup>316</sup> *Idem, ibidem*, p. 247;

<sup>317</sup> *Idem, ibidem*, p. 242;

<sup>318</sup> *Idem, ibidem*, p. 247;

<sup>319</sup> Também admitindo a aplicação e vinculação de particulares aos direitos fundamentais: ESTRADA, Alexei Julio. La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales: una presentación del caso colombiano. CARBONELL, Miguel (coord.) **Derechos fundamentales y Estado**. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002, p. 267.

<sup>320</sup> “Puede decirse, con carácter general, que el reconocimiento de la eficacia inmediata entre particulares es una especie de cláusula de cierre del sistema de protección de los derechos fundamentales.” UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: CEPC, 1997, p. 328.

deve ser aferida à luz do caso concreto. A aplicação indireta dar-se-á quando o texto constitucional que prescreve direitos fundamentais precisar ser mediado por normas jurídicas infraconstitucionais; também haverá a aplicação indireta da Constituição quando o legislador infraconstitucional estabelecer cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devam ser preenchidos por valores constitucionais, “de modo especial os contidos nas normas de direitos fundamentais.”<sup>321</sup>

Quanto à aplicação direta, assevera o autor, dar-se-á “quando inexistir lei ordinária concretizadora, não houver cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou mesmo quando o seu campo de aplicação for mais restrito do que o das normas constitucionais.”<sup>322</sup>

Com fundamento no direito constitucional positivo brasileiro, Sarlet inclina-se para o reconhecimento da “vinculação direta (imediata) *prima facie* também aos particulares aos direitos fundamentais”; todavia, esclarece que o modo de aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares “não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas.”<sup>323</sup>

Quanto aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais, afirma Sarlet:

Estado e particulares, se encontram a estes vinculados por um dever geral de respeito, situação que costuma ser identificada com uma eficácia externa dos direitos fundamentais, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, na qual está em jogo determinado direito fundamental.<sup>324</sup>

Sarlet separa a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada em casos de: relações jurídicas “que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores do poder social”; e, relações jurídicas entre os particulares em geral, em situação de

---

<sup>321</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 401.

<sup>322</sup> *Idem, ibidem*, p. 401.

<sup>323</sup> *Idem, ibidem*, p. 404.

<sup>324</sup> *Idem, ibidem*, p. 402.

igualdade, “já que situados fora das relações de poder.”<sup>325</sup> Na primeira hipótese, ocorre a eficácia vinculante dos direitos fundamentais à esfera privada, dado que se caracteriza em “relações desiguais de poder, similares às que se estabelecem entre os particulares e os poderes públicos.”<sup>326</sup>

Já em situações entre particulares em condições de relativa igualdade, leciona o autor, deverá “prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal.”<sup>327</sup> Na esfera da autonomia privada, o princípio da dignidade da pessoa humana protege a pessoa contra si mesma, de tal sorte que, “a dignidade da pessoa assume a condição de limite material à renúncia e auto-limitação de direitos fundamentais.”<sup>328</sup>

No entendimento deste autor, nas hipóteses de conflito entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada impõe-se uma “análise tópico-sistemática” baseada nas “circunstâncias específicas do caso concreto”, que busque

uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.<sup>329,330</sup>

Acerca do assunto, Daniel Sarmento assevera que a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais sempre ocorrerá e “independentemente da

<sup>325</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 401.

<sup>326</sup> *Idem, ibidem*, p. 402.

<sup>327</sup> *Idem, ibidem*, p. 402.

<sup>328</sup> *Idem, ibidem*, p. 402.

<sup>329</sup> *Idem, ibidem*, p. 404.

<sup>330</sup> No entendimento de Ricardo Nakahira: “A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas não está a imiscuir-se na autonomia privada, mas a reforçá-la, pois somente com a equalização das forças dos particulares, através daqueles direitos, é que se poderá pensar na livre escolha de atuação privada. Isso é observável, principalmente, nas relações trabalhistas e consumeristas.” NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p.150.

existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas.<sup>331</sup>

Os grandes grupos empresariais, empregadores, associações, sindicatos congêneres estão vinculados ao cumprimento e respeito aos direitos fundamentais, assevera Sarmiento, e além destes, “também o cidadão comum, nas relações paritárias que mantiver com outras pessoas. A questão da desigualdade material torna-se relevante apenas no momento em que se tiver de ponderar o direito em questão com a autonomia privada.”<sup>332</sup>

Segundo Sarmiento,

os direitos fundamentais não se dirigem apenas contra o Estado”, eles vinculam também os particulares. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ensina o autor, é direta e imediata. A própria Constituição incide para gerar relações jurídicas privadas, independentemente de mediações legislativas, o que pode gerar obrigações positivas ou negativas para os indivíduos e não só para os poderes públicos.<sup>333</sup>

Wilson Steinmetz, na mesma linha, também defende a vinculação dos particulares a direitos fundamentais e não como mera faculdade constitucional, mas como uma “imposição (exigência) básica da CF”; para tanto, o autor funda-se no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na condição dos direitos fundamentais como princípios objetivos, no princípio da dignidade humana, no princípio constitucional da solidariedade e no princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais.<sup>334</sup>

---

<sup>331</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 289.

<sup>332</sup> *Idem, ibidem*, p. 289.

<sup>333</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n.9, jan./mar., 2009, p. 130.

<sup>334</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 103.

Entende-se, neste estudo, que é pela análise dos vários dispositivos constitucionais que tratam dos direitos fundamentais que se poderá afirmar, ou não, a aplicabilidade direta e imediata ou indireta e mediata destes, quer às relações jurídicas estabelecidas entre particulares, quer às relações jurídicas entre estes e o Estado.<sup>335</sup> O *quantum* de vinculabilidade dependerá sempre da configuração do produto constitucional apresentado por cada constituinte em cada tempo e lugar.

Em função do limitado objeto deste estudo, para fins de se demonstrar a capacidade de vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, não se analisará cada um dos direitos fundamentais prescritos na Constituição, mas apenas alguns dos vários direitos sociais fundamentais trabalhistas prescritos no texto constitucional de 1988. Desta delimitação decorre uma segunda circunscrição, a de que, neste caso, os particulares resumem-se aos sindicatos e aos empregadores.

### **3.2 A vinculação mediata dos direitos fundamentais trabalhistas.**

Das várias espécies de direitos sociais prescritos pelo Texto Constitucional de 1988, destacam-se os direitos fundamentais trabalhistas elencados no art. 7º, já referidos em seções anteriores. No inciso I, do referido artigo está prescrito, *in verbis*:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...):

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, *que preverá* indenização compensatória, dentre outros direitos;<sup>336</sup>

Decorre do dispositivo acima que:

Todo trabalhador, urbano ou rural, tem direito a proteção – por meio de indenização compensatória e outros direitos - contra despedida arbitrária

---

<sup>335</sup> No âmbito dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos, também reconheceu a eficácia dos mesmos em relação a particulares em várias oportunidades, tanto em sentenças (Caso Velásquez Rodríguez, § 173) quanto em opiniões consultivas (Opinião Consultiva n.18/03, §§ 140 e 147 e Opinião Consultiva n. 4/84).

<sup>336</sup> Destaques nossos.

ou sem justa causa, nos termos a ser determinados pelo legislador complementar.

O texto constitucional prescreveu um direito ao trabalhador, mas conferiu a conformação deste ao legislador complementar. Por ter fixado a reserva de lei complementar para a regulação da matéria, é certo que o constituinte proibiu a utilização de lei ordinária para tal fim.

Ao dever constitucional à prestação legislativa corresponde um direito fundamental à legislação,<sup>337</sup> cujo destinatário também é o sujeito titular do primeiro. Este último é o chamado direito fundamental à prestação legislativa, decorrente da ordem expressa do constituinte para legislar. Implícito neste dever de legislar está o chamado dever de proteção.

Em relação ao direito fundamental trabalhista prescrito no inciso I, do art. 7º, a vinculação do empregador ao seu cumprimento depende da intervenção legislativa.

---

<sup>337</sup> A este respeito, cita-se a decisão prolatada na ADI 3682/MT, pelo Tribunal Pleno, com a relatoria do Ministro Gilmar Mendes: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO *DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.”( Tribunal Pleno, DJ 06-09-2007 p. 00037).*

Portanto, dada a ausência de elementos capazes de gerar um efeito na relação jurídica trabalhista existente entre o empregador e o empregado, diz-se que o direito fundamental à indenização não pode incidir direta e imediatamente sobre a relação existente entre empregado e empregador; esta incidência somente ocorrerá a partir do momento em que seu conteúdo for *completado* pelo legislador infraconstitucional. Todavia, quanto ao direito fundamental à legislação estatal, este tem incidência e eficácia imediatas.

A competência do legislador para *completar* os direitos fundamentais trabalhistas (assim como outros direitos fundamentais) é limitada pelo próprio texto constitucional. Ou seja, a Constituição, ao atribuir esse poder, estabelece também os limites dentro dos quais pode ser exercido.<sup>338</sup> Para Bobbio, a “compreensão desses limites é importante, pois eles circunscrevem o âmbito em que a norma inferior é legitimamente emanada: uma norma inferior que exceda os limites materiais, ou seja, que regule a matéria diferente das que lhe foram atribuídas, ou regule de maneira diferente da que lhe foi prescrita, ou exceda os limites formais, ou seja, não siga o processo estabelecido, é passível de ser declarada ilegítima e de ser expulsa do sistema.”<sup>339</sup>

No caso em tela, o legislador complementar poderá utilizar como parâmetro as demais normas constitucionais, especialmente a contida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, “a”, bem como pelo princípio da proporcionalidade.<sup>340</sup> A conjugação das normas constitucionais orienta e também proíbe o legislador de criar, no caso acima, uma indenização tão ínfima que desvirtue a relação entre esta e o valor do emprego, para a vida do trabalhador. A necessidade de o legislador buscar parâmetros no próprio texto constitucional também decorre do princípio da unidade e da coerência constitucional.

---

<sup>338</sup> Sobre o embate entre as teorias interna e externa, que tratam da possibilidade de o poder legislativo imprimir restrições aos direitos fundamentais, subvertendo a hierarquia das fontes e mitigando o caráter pétreo das matérias prescritas no art. 60, § 4º, IV, da CF/88, consultar: BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 243 e ss.

<sup>339</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 204.

<sup>340</sup> Cf. BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

Em certa medida, outro dispositivo prescriptor de direito fundamental trabalhista que também depende de intermediação legislativa é o prescrito no inciso XXI, do art. 7º:

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

Deste dispositivo constitucional decorrem as seguintes normas constitucionais:

Dado o término unilateral de uma relação jurídica de trabalho, o trabalhador tem direito a aviso prévio de, no mínimo, 30 dias;<sup>341</sup>

O trabalhador tem direito a uma prestação legislativa infraconstitucional que prescreva o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, superior a 30 dias;

O legislador fica proibido de criar aviso prévio ao trabalhador com duração menor que 30 dias;

O legislador tem o dever constitucional de criar regime jurídico de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e superior a 30 dias;

A primeira norma exposta tem eficácia imediata e vinculante ao empregado, ou seja, dada a existência de relação jurídica de trabalho subordinado e não-eventual o término desta, quando partir de vontade unilateral, deverá ser avisado com antecedência mínima de 30 dias. A norma constitucional em tela prescreve os elementos básicos para a produção de efeitos, imediata e diretamente. O sujeito ativo do direito está descrito expressamente no *caput* do art. 7º, 1ª parte (empregado e avulso), já o sujeito passivo tem previsão constitucional implícita (empregador e OGMO<sup>342</sup>). Quanto ao objeto do direito, o próprio constituinte fixou os parâmetros temporais para o aviso do término da relação de emprego.

---

<sup>341</sup> Em sede infra-constitucional, o legislador também obrigou o trabalhador a dar prévio aviso ao empregador. Todavia, este direito patronal não decorre do dispositivo constitucional sob análise.

<sup>342</sup> Órgão gestor de mão-de-obra, no caso da contratação de trabalhador avulso. Neste capítulo, sempre que houver referência ao empregador, como partícipe de uma relação jurídica de trabalho, deverá ser entendido que os seus deveres, prescritos no art. 7º, também são extensíveis ao OGMO, na condição de gestor do trabalhador avulso.

A segunda norma acima descrita veicula o direito fundamental ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço do trabalhador. Note-se que praticamente todos os elementos do direito ao aviso constam do texto constitucional, salvo a sua dimensão temporal. Esta falta condiciona a vinculabilidade do direito em epígrafe ao cumprimento do dever do legislador de mediá-lo normativamente – descrito na terceira norma - a partir dos parâmetros fixados pela 1ª parte do inciso constitucional em questão.

Se conjugado o referido enunciado constitucional ao inciso XXVI, do art. 7º, gera-se: uma norma constitucional de estrutura que também proíbe os sujeitos coletivos trabalhistas de criarem aviso prévio inferior a 30 dias; e, outra norma de igual natureza que os permite criar o aviso proporcional ao tempo de serviço com duração superior à referida.

Outros incisos do art. 7º, da CF/88 também são dependentes de legislação infra-constitucional ou de normatização convencional, dentre eles, o inc. XIX (licença-paternidade, nos termos fixados em lei), o inc. XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei) e o inc. XXIII (adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei).

O descumprimento do dever constitucional de legislar, pelo legislador, garante ao titular do direito fundamental prestacional material uma solução normativa injuncional a ser dada pelo Poder Judiciário.<sup>343</sup>

---

<sup>343</sup> Também se referindo ao dever constitucional de legislar e ao correspondente direito à legislação, frente a normas constitucionais de eficácia contida que tratam de direitos fundamentais, cita-se a seguinte decisão do Tribunal Pleno do STF: “MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, § 3º) - INJUSTIFICÁVEL OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL - FIXAÇÃO DE PRAZO PARA LEGISLAR - DESCABIMENTO, NO CASO - WRIT PARCIALMENTE DEFERIDO. A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA). – (...)\_DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatário - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Relator Ministro Celso de Mello). - A inércia estatal em adimplir as

Quando há a necessidade de intervenção conformadora do legislador para implementar um direito fundamental prescrito na Constituição, diz-se que este possui vinculação mediata, em relação ao titular do direito prescrito. Ou seja, o referido direito vincula imediatamente o legislador e mediadamente o titular do direito fundamental material.

Mas, há direitos fundamentais prescritos no art. 7º, da CF, que não demandam a ação conformadora do legislador. Neste caso, diz-se que tais direitos possuem eficácia imediata em relação aos seus destinatários.

### **3.3 Da vinculação imediata dos direitos fundamentais trabalhistas.**

Os direitos fundamentais, como visto anteriormente, são veiculados por dispositivos constitucionais prescritivos cujos enunciados, sob o ponto de vista formal, podem

---

imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE. - O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional. Precedentes. MANDADO DE INJUNÇÃO E TAXA DE JUROS REAIS. - O estado de inércia legiferante do Congresso Nacional justifica a utilização do mandado de injunção, desde que resulte inviabilizado - ante a ocorrência de situação de lacuna técnica - o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais (CF, art. 5º, LXXI), de que seja titular a parte impetrante. - A regra inscrita no art. 192, § 3º, da Constituição, por não se revestir de suficiente densidade normativa, reclama, para efeito de sua integral aplicabilidade, a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, cuja prolongada inércia - sobre transgredir, gravemente, o direito dos devedores à prestação legislativa prevista na Lei Fundamental - também configura injustificável e inconstitucional situação de mora imputável ao Poder Legislativo da União. Precedentes. Deferimento, em parte, do writ injuncional, nos termos constantes do voto do Relator." MI 542/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, publicada no DJ 28-06-2002. Ainda, no mesmo sentido, há as decisões: STF, Mandado de Injunção n. 472/DF, Tribunal Pleno, publicada no DJ 02-03-2001 e STF, Mandado de Injunção n. 470/RJ, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/1995 e publicado no DJ 29-06-2001, p. 00035.

gerar normas constitucionais com modais deônticos diversos: imperativos, proibitivos ou permissivos.<sup>344</sup>

Muitas vezes, em um dispositivo constitucional encontram-se duas ou mais normas constitucionais. Estas normas também poderão ter destinatários diversos e eficácias diversas, não obstante decorrerem de único dispositivo constitucional. Do mesmo modo, um dado dispositivo poderá ter por destinatários tanto o legislador quanto uma entidade sindical, ou tanto esta quanto um empregador, tanto o legislador quanto o juiz, tanto o legislador quanto o administrador público,<sup>345</sup> etc.

Quando o vínculo intersubjetivo gerado pela norma constitucional ocorrer com o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, a vinculação se dará com o Poder Público. Já quando o vínculo intersubjetivo se der com uma entidade sindical ou com o empregador, dir-se-á que este se deu com as pessoas privadas.

Para Luis Roberto Barroso: “todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criados direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como conseqüência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.”<sup>346</sup>

Juan María Bilbao Ubillos entende o seguinte:

---

<sup>344</sup> Ressalte-se que, não obstante serem irreduzíveis, tais modais, conjugados com o conectivo negador, são interdefiníveis, ou seja, poderão tomar a forma de *obrigar permitir*, *obrigar proibir*, *proibir obrigar*, *proibir permitir*, etc.

<sup>345</sup> “Se a norma jurídica é um imperativo e por ‘imperativo’ se entende uma proposição cuja função é a determinar o comportamento alheio, não há dúvida de que a norma jurídica se dirige a alguém, Mas a quem?”. Bobbio considera que “a alguém a norma deve se dirigir, para que seja uma norma, um imperativo, isto é, uma proposição cujo efeito é a modificação do comportamento alheio”. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: Edipro, 2001. p. 120.

<sup>346</sup> BARROSO, Luis Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.s). **Constituição e Democracia**: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 446.

Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público. Y esto no es retórica, como insinúan algunos. No sólo son temibles por su capacidad para imponer su propia voluntad en el marco de una concreta relación jurídica, sino que pueden resultar incluso más peligrosos que los públicos, ya que gozan en ocasiones de una relativa impunidad, que se ve favorecida por las dificultades existentes para articular un sistema incisivo de control (basta pensar en la problemática fiscalización de la actividad interna de los partidos políticos o de los sindicatos).<sup>347</sup>

Já Eduardo Cifuentes Muñoz afirma que, “la incidencia de los derechos en la esfera de los particulares contribuía a actualizar su significado práctico y a imprimirle a la libertad el sentido que le es propio en un Estado social de derecho.”<sup>348</sup>

Para Pedro de Vega García,

la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, no deberá reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos procedentes de la acción de los poderes públicos, sino que habrá que tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad.<sup>349</sup>

No mismo sentido, Miguel Carbonell destaca o caso no qual Corte Mexicana

reconoció la vinculación de los grupos sociales a los derechos fundamentales, sobre todo cuando se trata de grupos sociales que son vehículos necesarios para el ejercicio de un derecho fundamental (los

---

<sup>347</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: CEPC, 1997, p. 243.

<sup>348</sup> MUÑOZ, Eduardo Cifuentes. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Mexico: UNAM, 1998, p. 12

<sup>349</sup> GARCÍA, Pedro de Vega. La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*). In CARBONELL, Miguel (coord). **Derechos fundamentales y Estado: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. México: UNAM, 2002, nota 11, p. 697.

sindicatos, en este sentido, tienen la función de permitir el ejercicio de la libertad sindical y de los derechos que son inherentes a tal libertad).<sup>350</sup> E continua o autor: “Es importante que los jueces pongan especial énfasis en hacer que las organizaciones que pueden imponer su voluntad sobre otros particulares o que son ele instrumento idóneo (o incluso único) para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, sean responsables por su eventual violación.”<sup>351</sup>

Em relação aos direitos fundamentais trabalhistas e com destaque para os direitos prescritos nos incisos VII, VIII e XVIII, do art. 7º, da CF/88,<sup>352</sup> Luiz Guilherme Arcaro Conci assevera que estes são vinculantes e “sua aplicação depende da utilização do raciocínio dedutivo característico do método subsuntivo de aplicação das normas. Não há que se falar, nos casos citados, em ponderação, como se veiculados, tais direitos fundamentais, a partir de princípios.”<sup>353,354</sup>

Analisando-se a jurisprudência nacional, constata-se que no RE nº 158.215-RS<sup>355</sup> a Segunda Turma, do Supremo Tribunal Federal, já decidiu pela incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. A hipótese tratou de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmago do devido processo legal, conforme se depreende da ementa:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da

<sup>350</sup> CARBONELL, Miguel. ¿Se pueden hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares? In RAMÍREZ, Sergio Garcia (coord). **Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal**. Tomo I, México: UNAM, 2007, p. 224-225.

<sup>351</sup> *Idem, ibidem*, p. 225.

<sup>352</sup> CF/88, Art. 7, “VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; (...) XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;”.

<sup>353</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares**: problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade. Dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 177.

<sup>354</sup> No mesmo sentido, em relação aos direitos trabalhistas: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009 (reimpr de 2003), p. 53.

<sup>355</sup> Sobre o assunto, consultar: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais**. *Revista Direito Público*. Porto Alegre, n. 2, out./dez., 2003, p. 170-174

óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE nº 158.215-RS, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996).

O Supremo Tribunal Federal, no RE nº 161.243-DF<sup>356</sup>, entendeu que o princípio da autonomia não é argumento legítimo para discriminar nacionais de estrangeiros, para fins de percepção de benefícios trabalhistas constantes no regimento interno de determinada empresa. Segue-se a ementa:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR

---

<sup>356</sup> No RE nº 160.222-RJ o Supremo Tribunal Federal (STF) também discutiu se cometeria o crime de constrangimento ilegal, o gerente que exigisse das empregadas o cumprimento de cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, segundo a qual, elas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa. Assim dispôs a ementa: "EMENTA - I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então." (RE nº 160.222-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995).

BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE nº 161.243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997).

Na Suprema Corte, neste julgado, o Ministro Carlos Velloso, Relator, assim asseverou:

Aqui, deixou-se de aplicar, em relação ao empregado, ora recorrente, o estatuto da empregadora, que concede vantagens aos empregados, ao argumento puro e simples de que ele não seria aplicável porque o empregado não era de nacionalidade francesa, mas brasileira. Não se considerou, todavia, que prestação do serviço realizava-se no Brasil, sujeita a empresa às leis brasileiras, convindo registrar que na empresa havia empregados franceses e brasileiros, todos empregados da mesma empresa, certo que não se reservava aos franceses um certo tipo de trabalho diferente do trabalho praticado pelos brasileiros. Noutras palavras, os empregados franceses não exerciam tarefas típicas, em relação aos brasileiros. Brasileiros e franceses, empregados da empresa francesa sujeita às leis brasileiras, não exerciam, uns em relação a outros, tarefas diferentes, ontologicamente, mais importantes ou mais difíceis, especiais, uns em relação a outros. Não há, aliás, nos auto, uma só palavra a esse respeito. O fato desigualador foi, não custa repetir, apenas isto: a nacionalidade. Em síntese, no caso, o elemento usado para desigualar é simplesmente singularizador do destinatário; acresce que não há conexão lógica e racional que justifique tratamento diferenciado e, ademais, não me parece ocorrer, no tratamento diferenciado, afinidade com o sistema normativo vigente. A existência desses três fatores é que autorizaria a desigualação. (Celso Antônio Bandeira de Melo, ob. cit). (...). Do exposto,

conheço do recurso e dou-lhe provimento, para o fim de julgar procedente, no ponto, a reclamação trabalhista.<sup>357</sup>

No mesmo julgado, o voto do ministro Maurício Corrêa fundamentou:

...uma empresa, quando vem se instalar no Brasil (...) tem que se submeter à legislação brasileira, que presume ser de seu conhecimento. Evidentemente, como o tom da nossa Constituição é de igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual quem aqui se instala há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos não se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro. Assim sendo, acompanho o eminente Ministro-Relator na sua conclusão, conhecendo do recurso e lhe dando provimento, nos limites do que foi excepcionado pela não aplicação do estatuto da empresa, no Brasil, com relação ao recorrente.<sup>358</sup>

O Ministro Néri da Silveira, na mesma linha de pensamento, votou:

De outra parte, no que concerne aos direitos sociais, nosso sistema veda, no inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal, qualquer discriminação decorrente – além, evidentemente, da nacionalidade – de sexo, idade, cor ou estado civil. Dessa maneira, nosso sistema constitucional é contrário a tratamento discriminatório entre pessoas que prestam serviços iguais a um empregador. No que concerne ao estrangeiro, quando a Constituição quis limitar-lhe o acesso a algum direito, expressamente estipulou. (...) o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. Em conseqüência, não pode uma empresa, no Brasil, seja nacional ou estrangeira, desde que funcione, opere em território nacional, estabelecer discriminação decorrente de nacionalidade para seus empregados, em regulamento de empresa, a tanto correspondendo o estatuto dos servidores da empresa, tão-só pela circunstância de não ser um nacional francês. Essa consideração parece-me suficiente para acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator, no sentido de proceder o recurso do reclamante e ver a ele aplicável, também, o estatuto da empresa estrangeira, de cuja

---

<sup>357</sup> STF, RE n. 161.243, DJ 17.12.1999.

<sup>358</sup> STF, RE n. 161.243, DJ 17.12.1999.

abrangência foi excluído, pela só-razão de não ser francês. Nosso sistema não admite esta forma de discriminação, quer em relação à empresa brasileira, quer em relação à empresa estrangeira. Assim, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, conhecendo do recurso por ofensa ao princípio da isonomia, que compreendo devidamente prequestionado, e lhe dando provimento para determinar a aplicação ao reclamante do estatuto da recorrida.<sup>359</sup>

Assim considerou, no RE n. 201.819, o Ministro Gilmar Mendes:

Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

No mesmo sentido, Daniel Sarmento constata que

é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados.<sup>360</sup>

Da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais que decorre do prescrito no art. 5º, parágrafo 1º, bem como do grau de eficácia inerente a cada um dos direitos prescritos no rol do art. 7º, entende-se que desde a sua promulgação a CF/88 gera vínculos jurídicos intersubjetivos.

Além dos direitos fundamentais trabalhistas apresentados no item antecedente, que em parte dependem de complementação infraconstitucional, o art. 7º prescreveu outros direitos fundamentais que não exigem a intervenção do legislador para o seu exercício direto e imediato. Neste sentido, o art. 7º, VIII, *in verbis*:

---

<sup>359</sup> STF, RE n. 161.243, DJ 17.12.1999.

<sup>360</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004, p. 297.

Art. 7º.

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

Do dispositivo acima, considerando-se a prestação de serviços por 12 meses, estão prescritas as seguintes normas jurídicas:

O trabalhador tem o direito ao recebimento de um 13º salário, com valor igual à sua remuneração integral;

É proibido ao empregador o pagamento de remuneração, a título de 13º, inferior ao valor da remuneração integral do trabalhador;

O trabalhador aposentado tem o direito ao recebimento ao benefício integral a título de 13º salário.

A primeira e a segunda normas têm natureza imperativa e proibitiva, respectivamente; e, seus conteúdos incidem automática e diretamente sobre as relações jurídicas trabalhistas existentes, vinculando diretamente, portanto, o sujeito ativo (trabalhador) e o sujeito passivo (empregador) e gerando, de um lado, o direito de exigir o cumprimento de uma obrigação de dar, nos termos fixados na Constituição, e de outro lado, o correspondente dever de prestá-la.

Quanto à terceira norma jurídica veiculada pelo inciso em referência, não obstante a sua natureza previdenciária, também gera incidência direta e efeitos imediatos, aqui, entre o órgão estatal e o sujeito ativo da relação protetiva previdenciária.

Se combinado com o inciso XXVI, do art. 7º, da CF/88, o dispositivo constitucional transcrito acima gera norma de estrutura que proíbe tanto o legislador, quanto os sujeitos coletivos trabalhistas, de disporem do direito fundamental ao 13º salário ou de o estipularem em valor menor que o constitucionalmente prescrito.

Para os fins deste tópico, cita-se, ainda o, art. 7º, XIII, que prescreve:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

Da primeira parte do dispositivo acima decorrem duas normas imperativas de conduta:

O trabalhador tem direito a jornada de trabalho diária ordinária de 8 horas;

O trabalhador tem direito a jornada de trabalho semanal ordinária de 44 horas.

E, ainda, duas normas proibitivas de conduta:

É proibido fixar jornada de trabalho diária ordinária superior a 8 horas;

É proibido fixar jornada de trabalho semanal ordinária superior de 44 horas.

Além de duas normas permissivas positivas de conduta:

É permitido fixar jornada semanal ordinária inferior a 44 horas;

É permitido fixar jornada diária ordinária inferior a 8 horas.

O empregador é o principal sujeito passivo e destinatário das normas constitucionais acima, cujas incidências são automáticas e diretas, em função da eficácia imediata e vinculadora.

Já a parte final do inciso XIII, combinada com o inciso XXVI do art. 7º, prescreve uma norma de estrutura, que *permite permitir*:

É permitido ao sujeito coletivo permitir, por meio de acordo ou convenção, a compensação do trabalho extraordinário realizado em um dia com a concessão de folga em dia diverso, se tal providência melhorar as condições sociais do trabalhador;

Também tem eficácia vinculante imediata ao empregador o inciso XIV, do art. 7º, que prescreve:

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

Deste dispositivo decorrem duas normas jurídicas de conduta, uma imperativa e outra proibitiva:

O trabalhador contratado para turnos ininterruptos de revezamento tem direito a jornada diária de 6 horas;

É proibido contratar trabalhador para turnos ininterruptos de revezamento com jornada diária superior a 6 horas.

Estas normas constitucionais têm eficácia imediata e vinculante para o empregador. Quanto à parte final do inciso XIV, esta ainda prescreve uma norma de estrutura também com eficácia imediata que, condicionada à melhoria da condição social do trabalhador, *permite permitir*.

É permitido ao sujeito coletivo permitir, por meio de acordo ou convenção, a contratação de trabalhador para turnos ininterruptos de revezamento com jornada diária superior a 6 horas e inferior a 8 horas diárias.

Outro dispositivo constitucional com eficácia imediata e vinculante ao empregador é o que consta do art. 7º, XVI:

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

Do transcrito decorrem as seguintes normas de conduta:

É permitido ao empregador contratar com o trabalhador a realização de jornada extraordinária de trabalho, além da jornada contratual, se esta for menor ou igual a 44 horas semanais e a 8 horas diárias;

O trabalhador tem o direito de ser remunerado, pela jornada extraordinária, com acréscimo mínimo de 50% sobre o valor da jornada ordinária;

O empregador tem o dever de remunerar o trabalhador, pela jornada extraordinária, com acréscimo mínimo de 50% sobre o valor da jornada ordinária;

É proibido remunerar a jornada extraordinária com acréscimo inferior a 50% sobre o valor da jornada ordinária;

É permitido remunerar a jornada extraordinária com acréscimo superior a 50% sobre o valor da jornada ordinária.

As normas jurídicas descritas anteriormente têm por destinatário especialmente o empregador e geram efeitos vinculantes entre este e o trabalhador, desde que foram promulgadas. Os incisos constitucionais em epígrafe também permitem a intervenção legislativa para conformar os direitos neles prescritos. Todavia, independentemente dessa intervenção, tais normas constitucionais, de *per si*, possuem cargas eficazes capazes de vincular o empregador e o titular do direito fundamental.<sup>361</sup>

O art. 7º, inciso XXX, prescreve o seguinte:

Art. 7º.

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

Do dispositivo supra decorrem as seguintes normas jurídicas:

O trabalhador, independentemente de sexo, idade, cor ou estado civil, tem o direito de ter salário de igual valor para trabalho de igual valor;

O trabalhador, independentemente de sexo, idade, cor ou estado civil, tem direito a igual exercício de funções para igual qualificação;

---

<sup>361</sup> Segundo Júlio Ricardo de Paula Amaral a eficácia horizontal dos direitos fundamentais “se amolda, de forma quase natural, no âmbito do contrato de trabalho”. AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 80.

O trabalhador, independentemente de sexo, idade, cor ou estado civil, tem igual direito de admissão para igual qualificação;<sup>362</sup>

O termo admissão disposto no inciso supra transcrito quer significar contratação. O contrato de trabalho se inicia com o ato de vontade das partes e avança para o desenvolvimento do objeto contratado – o fazer e o contraprestar – e o término do vínculo jurídico.

Admitir um empregado é iniciar e manter um vínculo trabalhista com pessoa natural. A manutenção de tal vínculo é o exaurimento do ato de admissão. Ou seja, a admissão confunde-se com a manutenção e esta, por óbvio, só termina com o rompimento do vínculo, também chamada de demissão.

Assim, é nestes termos que deve ser interpretado o termo admissão constante da parte final do inciso XXX, sob pena de desvirtuamento do direito a não-discriminação. Se dado empregador não discrimina, na admissão – aqui entendido como o ato inicial de vontade - a mulher negra com a mesma qualificação que a mulher branca, mas não a promove ou a demite preferencialmente, descumpra o inciso XXX na mesma medida.

Os correspondentes deveres constitucionais do empregador de não-discriminação de trabalhador, segundo os critérios fixados no inciso XXX, podem ser assim descritos:

O empregador fica proibido de usar como critério para diferença de remuneração os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil;

O empregador fica proibido de usar como critério para diferença de função os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil;

---

<sup>362</sup> A Convenção n. 111, da Organização Internacional do Trabalho, em seu art. 1º, dispõe: Artigo 1. “2. Qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação.”.

O empregador fica proibido de usar como critério para admissão e remuneração os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil;

O empregador fica proibido de usar como critério para manutenção do emprego e/ou promoção, os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil.

A liberdade das partes, numa relação de trabalho, tem o conteúdo que o ordenamento jurídico determinar, ou seja, tem um conteúdo positivo e não naturalístico. Assim, não há de ser defendida uma liberdade idealizada, mas a que estiver determinada pelo texto constitucional.

Tanto as normas constitucionais imperativas, que atribuem o direito à igualdade de oportunidade e à não discriminação, quanto às normas proibitivas, acima enunciadas, têm eficácia plena e aplicabilidade imediata às relações jurídicas trabalhistas existentes ou futuras. Tais normas vinculam diretamente o empregador.

Além do direito de igualdade de oportunidade e à não discriminação deferidos ao trabalhador, e os correspondentes deveres impostos ao empregador, acima referidos, o inciso XXX, do art. 7º, conjugado com o art. 22, I, parte final, e com o inciso XXVI, do art. 7º, também veicula normas constitucionais de estrutura que proíbem o legislador e os sujeitos coletivos trabalhistas de normatizarem de modo contrário a tais direitos:

O legislador e os sujeitos coletivos trabalhistas ficam proibidos de usar como critério para diferença de remuneração os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil;

O legislador e os sujeitos coletivos trabalhistas ficam proibidos de usar como critério para diferença de função trabalhista os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil;

O legislador e os sujeitos coletivos trabalhistas ficam proibidos de usar como critério para diferença na admissão de trabalhador os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil;

O legislador e os sujeitos coletivos trabalhistas ficam proibidos de usar como critério para manutenção do emprego, promoção ou rompimento do vínculo empregatício, os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil.

Considerando-se o disposto na Convenção n. 111, da Organização Internacional do Trabalho, art. 2º, o legislador também tem o dever de criar mecanismos jurídicos que impeçam a discriminação e garantam o direito à igualdade. Neste contexto, ganha importância a perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais segundo a qual “o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais.”<sup>363</sup>

E conjugando-se o inciso XXX com o inciso XXVI, ambos do mesmo art. 7º, encontra-se a seguinte norma constitucional:

Os sujeitos coletivos trabalhistas, no exercício de seu poder normativo, têm permissão para utilizar o sexo, a idade, a cor e o estado civil como critérios para criação de ações afirmativas, com vistas a melhorar a condição social dos trabalhadores discriminados negativamente.

O descumprimento de cada norma constitucional decorrente do inciso XXX do art. 7º gera efeitos diversos, dependendo do sujeito que obriga. As normas proibitivas impostas ao legislador, quando descumpridas, geram a inconstitucionalidade da lei criada; as impostas ao empregador, se descumpridas, geram direito a indenização e imposição judicial de obrigação de não fazer; e, as normas proibitivas impostas às entidades sindicais geram a invalidade e o não reconhecimento do produto normado.

Quanto ao exercício das normas de competência que autorizam a criação de ações afirmativas capazes de ampliar a efetividade do direito à igualdade de oportunidade e à não discriminação, o produto normado será plenamente válido se o sujeito legitimado tomar por fundamento o princípio protetor trabalhista, o princípio da

---

<sup>363</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.399.

proporcionalidade e os critérios que o próprio texto constitucional autorizar. Este assunto será retomado no próximo capítulo deste estudo.

Sob o ponto de vista jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho, reiteradamente tem aplicado os direitos fundamentais trabalhistas às relações jurídicas existentes entre empregadores e empregados. Além dos específicos direitos constitucionais trabalhistas o referido Tribunal também tem aplicado diretamente a tais relações jurídicas os direitos fundamentais presentes no art. 5º, da CF/88,<sup>364</sup> especialmente os incisos V e X. No Recurso de Revista n. 70140-55.2007.5.15.0007, a 6ª Turma reconheceu a violação do art. 5º, V e X, da CF/88 e os efeitos daí decorrentes à relação jurídica trabalhista. A ementa do julgado restou assim elaborada:

RECURSO DE REVISTA. CÂMERA DE VÍDEO INSTALADA NO BANHEIRO MASCULINO DOS EMPREGADOS. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Inexistem critérios objetivos para aferição do dano moral, devendo ser analisadas as particularidades do caso concreto a fim de se exercer um juízo de equidade, pelo qual o órgão julgador deve exercitar as qualidades inerentes à sua função: sensatez, equanimidade, ponderação, imparcialidade. Tal juízo de equidade é o único que se harmoniza com a amplitude dos comandos constitucionais incidentes à situação de aferição do dano moral, estético ou à imagem, bem como do valor da indenização cabível no caso concreto (art. 5º, V e X, art. 7º, XXVIII, da CF). Na situação em análise, em face da gravidade da conduta (instalação de câmeras de vídeo em banheiros), do tipo do bem jurídico tutelado (honra, intimidade, vida privada) e da repercussão do ato no mundo exterior (segundo o Tribunal Regional, houve comentários dentro da corporação e o vazamento da notícia foi inevitável); considera-se razoável o valor de R\$20.000,00 fixado a título de danos morais pelo Juízo de 1º. Grau. Recurso de revista conhecido e provido quanto ao tema.<sup>365</sup>

---

<sup>364</sup> Os direitos fundamentais à imagem, à privacidade, à liberdade de expressão, no ambiente de trabalho, são chamados por Antonio Ojeda Avilés de direitos fundamentais trabalhistas inespecíficos, uma vez que não obstante aplicarem-se aos trabalhadores, são aplicáveis a todas as pessoas, indistintamente. Cf. AVILÉS, Antonio Ojeda. Direitos fundamentais do Trabalhador: tutela jurídica e cidadania na empresa. In CAIXETA, Sebastião *et al* (coord.s). **O MPT como promotor dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2006, p. 32.

<sup>365</sup> Decisão publicada no DEJT - 28/05/2010.

Como foi amplamente analisado, do artigo 7º da CF/88 decorrem várias normas jurídicas permissivas, imperativas e proibitivas que vinculam mediata ou imediatamente o empregador e os sujeitos coletivos. Algumas dessas normas são classificadas como de conduta e outras como de estrutura. Não obstante isso, ambas geram efeitos e criam vínculos intersubjetivos entre seus destinatários.

## 4 O PODER NORMATIVO DOS SINDICATOS: NATUREZA CONSTITUCIONAL.

### 4.1 Considerações iniciais

Nas seções anteriores, tratou-se da Constituição como fundamento positivo do ordenamento jurídico, dos direitos fundamentais trabalhistas constantes do Texto de 1988, a possibilidade de criação de novos direitos trabalhistas, nos termos da autorização contida no art. 7º, *caput*, 2ª parte, com vistas à melhoria da condição social do trabalhador.

Demonstrou-se, ainda, as hipóteses de vinculabilidade mediata e imediata dos direitos fundamentais trabalhistas aos empregadores e aos sindicatos, destacando-se especialmente a eficácia imediata e incidência direta das normas constitucionais presentes no inciso XXX do art. 7º, da Constituição.

Partindo destes pressupostos e, agora, circunscrevendo a referência apenas aos sindicatos laborais,<sup>366</sup> nesta seção será tratado do direito fundamental à liberdade sindical, do papel constitucional do sindicato e da natureza jurídica constitucional do poder normativo coletivo, ou seja, seus contornos, pressupostos, limites e relação com o ordenamento jurídico estatal.

Esta análise pretende demonstrar as relações jurídicas existentes entre o trabalhador, a categoria profissional e o sindicato laboral, bem como verificar se este último está vinculado constitucionalmente à busca dos interesses individuais e coletivos dos dois primeiros.

De início, é importante lembrar que, na CF/88, o Estado Brasileiro foi instituído tendo por um de seus fundamentos o princípio da tripartição dos poderes. Tal princípio atribui ao Poder Legislativo a função precípua de criar normas jurídicas

---

<sup>366</sup> Não obstante a circunscrição feita, que tem a finalidade de conduzir o estudo para o debate sobre o dever de os sindicatos laborais negociarem medidas afirmativas – ressalta-se que a configuração dos sindicatos patronais e as relações jurídicas que estes implicam são as mesmas que as dos sindicatos laborais.

gerais e abstratas<sup>367</sup> para regular as condutas humanas intersubjetivas e seu entorno.

Dentre as normas constitucionais que tratam da distribuição de competências cita-se o art. 22 da CF/88, que é uma norma de estrutura e confere ao Poder Legislativo Federal capacidade para legislar. No âmbito trabalhista, o inciso I, parte final, do referido artigo, atribuiu a tal Poder a competência para criar normas jurídicas trabalhistas imperativas, proibitivas e permissivas, para regular o contrato individual de trabalho e seus efeitos. Outra norma de estrutura consta do parágrafo único, do referido artigo, que autoriza o legislador complementar federal a delegar competência legislativa aos Estados membros para legislar sobre questões específicas do direito do trabalho.<sup>368</sup>

Além do Poder Legislativo, no cenário trabalhista, a CF/88 também prescreveu e desenhou o que pode ser chamado de outros *centros de produção normativa trabalhista*. Seus artigos 7º, XXVI, e, 114, § 2º, veiculam, respectivamente, uma norma de estrutura que reconhece as normas jurídicas trabalhistas gerais e abstratas produzidas por sujeitos coletivos trabalhistas por meio de instrumentos coletivos de trabalho,<sup>369</sup> e outra norma de estrutura que autoriza extraordinariamente o Poder Judiciário estipular normas jurídicas trabalhistas com iguais características.

---

<sup>367</sup> Segundo Bobbio, as normas gerais “se destinam a uma classe de pessoas” e as normas abstratas regulam uma ação-tipo. “Às normas gerais se contrapõem aquelas que têm por destinatário um único indivíduo, e sugerimos que sejam chamadas de *normas individuais*; às normas abstratas se contrapõem aquelas que regulam uma ação singular, e sugerimos que sejam chamadas de *normas concretas*”. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.162.

<sup>368</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A competência secundária para legislar sobre direito do trabalho. *In Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, ano 24, n.32, 1º e 2º semetres, 2008, p. 180.

<sup>369</sup> Sobre as fontes normativas trabalhistas, consultar: SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007; SILVA, Otávio Pinto e. Fontes do direito do trabalho. *In Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, vol. 96, 2001, p. 204-214; PAIXÃO, Cristiano. Complexidade, diversidade e fragmentação: um estudo sobre as fontes do direito do trabalho no Brasil. *In PAIXÃO, Cristiano et al (coord.s)*. **Os novos horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira**, São Paulo: LTr, 2005; GOTTSCHALK, Egon Félix. **Norma pública e privada no direito do trabalho: um ensaio sobre tendências e princípios fundamentais do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1944; GOMES, Orlando. **A convenção coletiva de trabalho** (edição fac-similada). São Paulo: LTr, 1995; KELSEN, Hans. A convenção coletiva do direito social. *In Revista do Trabalho*, Rio de Janeiro, n. 560, out., 1944, p. 8-11; MAGANO, Octávio Bueno. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1972; MEDEIROS, Mauro. **A interpretação da convenção coletiva de trabalho**. São Paulo, LTr, 2003; OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Convenção coletiva de trabalho no direito brasileiro: setor privado**. São

Sobre o assunto acima, cita-se a lição oportuna de Clarice von Oertzen de Araújo: “Em se tratando da criação de normas gerais e abstratas contidas em textos de lei, a competência ou função típica será do Poder Legislativo. Mas podemos considerar como autores de normas (nem sempre gerais e abstratas) todos aqueles sujeitos que estiverem habilitados pelo sistema jurídico como competentes para produzirem enunciados de natureza prescritiva no sistema.”<sup>370</sup>

O art. 7º, XXVI e o art. 114, § 2º, conferiram poderes normativos a sujeitos diversos do Poder Legislativo para estipulação de normas trabalhistas gerais e abstratas, aplicáveis a vastos conjuntos de trabalhadores cujos membros encontram-se vinculados entre si pelo conceito de categoria econômica/profissional (art. 8º, II e III, da CF/88).

Não obstante a existência constitucional dos referidos centros de produção normativa, este estudo se limitará a analisar o poder normativo coletivo,<sup>371</sup> e seu contexto, com vistas à criação das medidas afirmativas supra referidas.

#### **4.2 A liberdade sindical e o poder normativo coletivo, prescritos na Constituição.**

O poder normativo coletivo encontra-se, em princípio, prescrito no art. 7º, XXVI, da Constituição.<sup>372</sup> Em vários pontos deste estudo, este dispositivo foi invocado para fundamentar o poder normativo coletivo. E isso foi feito em função da praticidade e da tradição de seu uso. Todavia, conforme já mencionado anteriormente, as normas constitucionais são construídas a partir da conjugação de enunciados veiculados, na maioria das vezes, por diversos dispositivos constitucionais. Com relação ao fundamento do poder normativo coletivo, a situação é idêntica.

---

Paulo: LTr, 1996; TEIXEIRA JÚNIOR, João Régis. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1994; ARGÜESO, Mariola Serrano. **La teoría de las fuentes en el derecho individual del trabajo: revisión crítica**. Madrid: Dykinson, 2000.

<sup>370</sup> ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 104.

<sup>371</sup> Neste estudo, o poder normativo coletivo também poderá ser chamado de *autonomia privada coletiva* ou poder normativo sindical.

<sup>372</sup> CF/88, Art. 7º, “XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;”.

Antes de conceituar e delimitar as características do poder normativo coletivo é importante destacar que “o Direito Coletivo [do Trabalho] só tem sentido numa perspectiva de atuação sobre o Direito Individual do Trabalho: numa certa medida, a sua realização se dá fora de si e no âmbito dos diversos contratos de trabalho abrangidos pela norma jurídica instituída pelos seres coletivos titulares desta prerrogativa de construção do Direito.”<sup>373</sup>

Daí dizer que, do direito coletivo do trabalho, ou, mais especificamente, do poder normativo coletivo, nascem normas gerais e abstratas, veiculadas por convenções e acordos coletivos de trabalho,<sup>374</sup> para a vinculação das partes integrantes de contratos individuais de trabalho.

As normas convencionais coletivas trabalhistas são produzidas pelos sujeitos coletivos trabalhistas que representam categorias do setor econômico privado. Distingue-se, no ponto, o setor privado do setor público, dado que, não obstante a liberdade de associação sindical também ter sido garantida aos servidores e empregados públicos,<sup>375</sup> estes não possuem poder normativo coletivo, segundo o

---

<sup>373</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 72.

<sup>374</sup> A Recomendação n. 91/1951, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), define a convenção coletiva de trabalho como: “todo *acordo* escrito *relativo a condições de trabalho e emprego*, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, de um lado, e, de outro lado, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores..” (destaques nossos). Note-se que tal recomendação insere sob o epíteto *convenção coletiva* tanto os ajustes feitos entre sindicatos quanto entre empresas e sindicatos. Já a Convenção 98, da OIT, internalizada ao ordenamento jurídico nacional, no seu art. 4º, classifica como *acordos coletivos* tanto os ajustes feitos entre empregadores e sindicatos laborais quanto os feitos entre estes últimos e sindicatos patronais. *In verbis*: “Art. 4º. Medidas apropriadas às condições nacionais serão tomadas, se necessário, para estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, mediante *acordos coletivos*, termos e condições de emprego.”. Por sua vez, a CLT, no art. 611, *caput* e §1º, intitula por convenção coletiva o acordo feito por dois ou mais sindicatos, e, por acordo coletivo o ajuste feito entre sindicato laboral e uma ou mais empresas. Em função de não haver uma uniformidade terminológica positiva, neste estudo, serão utilizadas as expressões *instrumentos coletivos de trabalho* e *normas jurídicas coletivas* para significar tanto convenção quanto acordo coletivo de trabalho.

<sup>375</sup> CF/88, Art. 37, “VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;”. Sobre o assunto, também é importante consultar a Convenção n.151, da Organização Internacional do Trabalho, relativa à proteção do direito de organização e aos processos de fixação das condições de trabalho na função pública, cujo processo de internalização ao ordenamento nacional já está sendo finalizado.

entendimento do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre porque, nos termos do art. 169, da CF/88, o Estado obedece a normas orçamentárias constitucionais próprias, cujo conteúdo está no círculo estreito do princípio da legalidade.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 559, decidiu nos seguintes moldes:

A celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho constitui direito reservado exclusivamente aos trabalhadores da iniciativa privada. A negociação coletiva demanda a existência de partes detentoras de ampla autonomia negocial, o que não se realiza no plano da relação estatutária. A administração pública é vinculada pelo princípio da legalidade. A atribuição de vantagens aos servidores somente pode ser concedida a partir de projeto de lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo, consoante dispõe o art. 61, § 1º, inciso II, alíneas a e c, da Constituição do Brasil, desde que supervenientemente aprovado pelo Poder Legislativo.<sup>376</sup>

O poder normativo coletivo integra a chamada liberdade sindical<sup>377</sup> em sentido amplo e condiciona-se pelo modelo constitucional atribuído a esta última.

A liberdade sindical, no Brasil, está desenhada pelo art. 8º, da CF/88, que prescreve o seguinte:

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

---

<sup>376</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 559, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, *DJ* de 5-5-2006. No mesmo sentido: STF, ADI 554, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, *DJ* de 5-5-2006; e, STF, ADI 112, Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 24-8-1994, Plenário, *DJ* de 9-2-1996.

<sup>377</sup> Sobre a liberdade sindical, consultar: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La libertad sindical**. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 2. ed. Ginebra: OIT, 1976; ARAÚJO, Adriane Reis de. A liberdade sindical e os atos anti-sindicais no direito brasileiro. *In Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XVI, n. 32, out., 2006, p. 29-48; SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Liberdade sindical no contexto dos direitos humanos: a experiência da OIT. *In Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social* - USP, São Paulo, v. 1, n. 1, 2006, p. 205-222; SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da *et al.* Liberdade sindical e direitos humanos. *In Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, v. 31, 2006, p.47-66; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Dogmática da liberdade sindical**. Direito, política e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Constituição e liberdade sindical**. São Paulo: LTr, 2007; MACHACZEK, Maria Cristina Cintra. A liberdade sindical como concretização dos direitos da pessoa humana do trabalhador. *In PIOVESAN, Flávia et al* (coord.s). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010; AROUCA, José Carlos. **O sindicato em um mundo globalizado**. São Paulo: LTr, 2003.

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

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

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

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

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

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

(...)

Do disposto no art. 8º, *caput*, constata-se que a liberdade sindical, prevista em sua 1ª parte, está condicionada à observância de sua parte final. Sendo que da conjugação entre o *caput* e o inciso I, do art. 8º, decorrem os seguintes enunciados:

O legislador está proibido de exigir (obrigar) dos interessados a autorização do Poder Executivo para a fundação de sindicato;<sup>378</sup>

Ao legislador é permitido exigir (obrigar) o registro da pessoa jurídica sindical em órgão registral competente;

O poder público fica proibido de interferir e de intervir nas pessoas jurídicas que possuam representação sindical.

Os enunciados acima também devem ser conjugados ao inciso II, do mesmo art. 8º, que autoriza a criação de organização sindical, de qualquer grau, representativa de categoria econômica ou profissional, em determinada base territorial a ser definida pelos interessados em espaço geográfico não inferior a um município. Constata-se, portanto, que a Constituição proíbe a criação de mais de uma organização sindical,

---

<sup>378</sup> Neste ponto, o sindicato deve ser entendido como gênero *entidade sindical*.

das naturezas apontadas, representativa da mesma categoria econômica ou profissional em base territorial igual ou inferior a um município.

Os incisos I e II, como se vê, colaboram para desenhar a liberdade prescrita no *caput* do art. 8º, vinculando-a às noções de unicidade sindical e de categoria.

Não obstante este delineamento constitucional, no Brasil, a liberdade sindical ainda se encaixa no topo do rol de princípios e direitos fundamentais no trabalho elaborados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).<sup>379</sup> E, na linha do entendimento da referida Organização, defende-se que a liberdade, em si, é um direito fundamental, mas também é um instrumento para a implementação de outros direitos.

Nas orientações da OIT, a liberdade sindical não é apenas um objetivo a ser alcançado, é “um meio de ação para promover os direitos e liberdades considerados fundamentais. Daí, a liberdade não configurar um fim em si mesmo, mas constituir um instrumento valioso para assegurar, por meio de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho, condições de vida e de trabalho compatíveis com a dignidade humana, indispensáveis a todo regime democrático autêntico.”<sup>380</sup>

A liberdade sindical tem natureza instrumental, figura como um pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais assegurados pela Constituição e pode ser classificada em coletiva e individual.<sup>381</sup> A liberdade coletiva é exercida pela entidade sindical, leva em consideração o grupo profissional e/ou econômico e seu objeto é a possibilidade de livre criação e organização de sindicatos e a defesa de interesses individuais e coletivos. A liberdade individual é exercida pelo trabalhador e/ou o empregador e seu objeto é a sindicalização livre, bem como a proteção contra atos

---

<sup>379</sup> A Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho toma como princípios: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Tal Declaração foi adotada durante a Conferência Internacional do Trabalho na octogésima sexta reunião, em Genebra, 18 de junho de 1998.

<sup>380</sup> *Apud* SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da *et al.* Liberdade sindical e direitos humanos. *In* **Revista do Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, v. 31, 2006, p. 66.

<sup>381</sup> RUPRECHT, Alfredo. **Relações coletivas de trabalho**. Tradução Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 78-81.

anti-sindicais.<sup>382</sup> Ambas são exercidas de forma complementar, pois a liberdade para a criação de entidades sindicais e o livre exercício de atos sindicais têm sua “justificação essencial na defesa dos interesses econômicos e sociais das partes.”<sup>383</sup>

Do exposto, constata-se que, no Brasil, a liberdade sindical, prevista na primeira parte do *caput* do art. 8º, tem o conteúdo que os incisos do artigo determinam, ou seja, seu conteúdo é construído e não *naturalístico*. Tal liberdade não é *utópica ou idealizada*, mas nos termos fixados pelo texto constitucional.

Não obstante a primeira parte do *caput*, do art. 8º, prescrever que é livre a associação profissional ou sindical, a parte final a condicionou de tal maneira que a afastou muito daquela liberdade prescrita na Convenção 87, da Organização Internacional do Trabalho,<sup>384</sup> comumente tomada como parâmetro pela doutrina para a conceituação da liberdade sindical. Apesar disso, esta liberdade constitucional – como pressuposto do poder normativo coletivo – continua sendo um importante meio para viabilizar a criação de direitos novos e/ou a implementação e a proteção de direitos trabalhistas já existentes.<sup>385</sup>

Analisando o art. 8º, José Cláudio Monteiro de Brito Filho entende que a CF/88 prescreveu “um sistema sindical híbrido: de um lado, com liberdade e, de outro, com a manutenção de parte da estrutura do corporativismo, sob o controle de normas rígidas.” De um lado, tal sistema não oferece ampla liberdade sindical mas, de outro,

---

<sup>382</sup> Sobre o assunto, consultar: ARAÚJO, Adriane Reis de. A liberdade sindical e os atos anti-sindicais no direito brasileiro. *In Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, v. 32, 2006, p. 29-48; URIARTE, Oscar Ermida. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. Tradução de Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989; MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Proteção contra condutas anti-sindicais (atos anti-sindicais, controle contra discriminação e procedimentos anti-sindicais). *In Revista TST*, Brasília, v. 71, n.2, mai/ago, 2005, p. 44-53.

<sup>383</sup> Organización Internacional del Trabajo. **La OIT y los derechos humanos**: memoria del Director General (parte 1) a la Conferencia Internacional del Trabajo, quincuagésima segunda reunión, 1968. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1968, p. 7.

<sup>384</sup> A Convenção n. 87, da OIT – ainda não ratificada pelo Brasil –, prescreve a plena liberdade sindical, submetendo os sindicatos apenas ao disposto em seus estatutos sociais. Do ponto de vista estritamente jurídico, o afastamento entre o texto convencional e o Texto Constitucional de 1988 acaba por impedir a internalização da referida convenção internacional ao ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>385</sup> Também neste sentido: MACHACZEK, Maria Cristina Cintra. A liberdade sindical como concretização dos direitos da pessoa humana do trabalhador. *In PIOVESAN, Flávia et al* (coord.s). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 274.

existe sem interferências do Estado.<sup>386</sup> Para o mencionado autor, “embora tenhamos sindicato único e sindicalização por categoria, temos, de outra banda, desvinculação jurídica entre Estado e entidades sindicais e reconhecimento do direito de greve.”<sup>387</sup>

O modelo sindical brasileiro é desenhado por normas constitucionais vinculantes tanto para os poderes estatais quanto para os sindicatos criados no país. Os primeiros estão proibidos de intervir e interferir nos segundos, e estes estão obrigados ao cumprimento das normas jurídicas constitucionais e legais que compõem o ordenamento jurídico. O sindicato e o seu poder normativo submetem-se especialmente à Constituição e desta retiram sua força jurídica.

Não obstante o objeto do presente estudo não abranger o direito comparado, é interessante observar que, mesmo na Constituição de 1988, a liberdade sindical mantém traços do sistema corporativo vigente na Consolidação das Leis do Trabalho, criada sob forte inspiração do sistema sindical italiano de 1926.<sup>388</sup>

A liberdade sindical prevista no art. 8º, *caput*, pressupõe a unicidade sindical em base territorial mínima de um município (inc. II),<sup>389</sup> a representação sindical vinculada à noção de categoria (inc. III) - o que confere efeito *erga omnes* aos instrumentos coletivos de trabalho, mesmo que o integrante da categoria não seja filiado ao sindicato conveniente - o financiamento compulsório do sindicato por membros de dada categoria, filiados ou não (inc.IV, parte final), e, até dezembro de 2004, o art. 114, § 2º, do Texto Maior, atribuía ao Poder Judiciário Trabalhista o

---

<sup>386</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**: análise do modelo brasileiro de relações coletivas à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p.81.

<sup>387</sup> *Idem, ibidem*, p.81.

<sup>388</sup> Sobre o corporativismo sindical, consultar: MAZZONI, Giuliano. **Il principio corporativo nell'ordinamento giuridico italiano**. Padova: Antonio Milani, 1940; D'EUFEMIA, Giuseppe. **L'Autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo**. Milano: Giuffrè, 1942; CABANELLAS, Guillermo. **Derecho sindical y corporativo**. Buenos Aires: Atalaya, 1946; SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Permanência de elementos corporativistas no modelo sindical brasileiro**. Palestra ministrada da Faculdade Largo São Francisco/USP, em São Paulo, no dia 27/11/10; BONNARD, Roger. **Sindicalismo, corporativismo e estado corporativo**. Tradução de Themistoche Brandão Cavalcanti. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

<sup>389</sup> Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que: “O princípio da unicidade sindical, previsto no art. 8º, II, da Constituição Federal, é a mais importante das limitações constitucionais à liberdade sindical.” (STF, RE 310811 AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-104 publicado 05-06-2009, p. 00661).

poder de legislar normas gerais e abstratas aplicáveis a todos os membros das categorias representadas, mediante provocação unilateral feita por um dos sindicatos, em caso de insucesso de uma negociação coletiva de trabalho. É verdade que este poder normativo jurisdicional foi mitigado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, mas, sendo ultrapassado o pressuposto do acordo mútuo entre as partes litigantes, tal poder ainda persiste na CF/88. Em suma, o atual modelo brasileiro de liberdade sindical é condicionado por normas constitucionais inspiradas, ainda, no antigo modelo corporativo italiano.

As considerações de Gino Giugni à Lei Sindical Italiana n. 563, de 3 de abril de 1926, reforçam esta assertiva:

As bases do ordenamento corporativo foram colocadas pela Lei n. 563, de 3 de abril de 1926, intitulada como disciplina jurídica das Relações Coletivas de Trabalho. Previa o sindicato único (art. 6, cap.3). O sindicato, com o reconhecimento, torna-se pessoa de direito público, submetido, portanto a rígido controle pelo Estado. Além disso, eram distintos os poderes dos filiados e dos não-filiados (art.5, par. 2º). Ao sindicato era conferida, também, a representação de todos os componentes da categoria (art. 5, par. 1º). Disto resultava (art. 10) a previsão de eficácia *erga omnes* do contrato coletivo estipulado pelas citadas associações. Além disso, a Lei atribuía à Corte de Apelação, funções de Magistratura do Trabalho. Por ela deveriam ser julgadas, além das controvérsias individuais de trabalho em grau de apelação, todas as controvérsias coletivas; não só as relativas à aplicação dos contratos coletivos, mas também aquelas que surgiram em consequência da exigência de novas condições de trabalho, no caso de falta de acordo na sede da contratação coletiva (art. 13). (...) em 23 de novembro de 1944, com o Decreto-lei 369, foram dissolvidas as organizações sindicais fascistas(...).<sup>390,391</sup>

---

<sup>390</sup> GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. Tradução e notas Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991, p. 46, nota 16.

<sup>391</sup> Também Enro Roppo atrela a eficácia *erga omnes* das normas coletivas trabalhistas ao conceito de categoria sindical. Cf. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 323.

Tirante o rígido controle estatal e a personalidade de direito público das entidades sindicais, ainda vigem, no Brasil, as demais características narradas pelo autor italiano.

Zoraide Amaral de Souza afirma que, no Brasil,

com o advento da Carta Magna de 1988, os vínculos jurídicos do sindicato com o Estado foram, praticamente, rompidos, no momento em que o art. 8º determina que 'é livre a associação profissional ou sindical', vedando ao poder público qualquer interferência ou intervenção na sua organização.<sup>392</sup>

Por outro lado, Walküre Lopes Ribeiro da Silva defende que,

no Brasil, apesar do retorno à ordem democrática promovido pela Constituição de 1988, ainda não há plena democracia na esfera das relações sindicais, uma vez que disposição constitucional fixa os critérios para a organização de sindicatos e determina que a representação sindical seja conferida a apenas uma entidade (art. 8º, II). Continua, portanto, consagrada no ordenamento jurídico brasileiro a noção de representação legal implantada nos anos 30 no Governo Getúlio Vargas.<sup>393</sup>

Dos condicionamentos constitucionais à liberdade sindical que se refletem no poder normativo coletivo, interessam ao desenvolvimento deste estudo, os conceitos constitucionais de: *sindicato*, *categoria* - vez que deste resulta o efeito *erga omnes* atribuído às normas jurídicas coletivas -, e *representação* - dado que este se vincula à idéia de defesa obrigatória dos *interesses* dos membros da categoria representada, conforme será demonstrado a seguir.

#### 4.2.1 Sindicato

A Constituição refere-se ao sindicato nos incisos III e VI, do art. 8º, *in verbis*:

---

<sup>392</sup> SOUZA, Zoraide Amaral de. **A associação sindical no sistema das liberdades públicas**. São Paulo: LTr, 2008, p. 76.

<sup>393</sup> SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Representação e representatividade no contexto da liberdade sindical. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 101, jan./dez., 2006, p 264; e, SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. *In Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 28, n. 107, 2002, p. 273.

Art. 8º. (*omissis*)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (...);

(...)

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;<sup>394</sup>

Além das normas constitucionais transcritas, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos artigos 511, *caput*, e 512, prescrevem:

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

(...)

Art. 512 - Somente as associações profissionais constituídas para os fins e na forma do artigo anterior e registradas de acordo com o art. 558 poderão ser reconhecidas como Sindicatos e investidas nas prerrogativas definidas nesta Lei.<sup>395</sup>

Dos sindicatos prescritos no *caput* do art. 511, a este estudo interessam aqueles que representam as categorias sobre as quais incidem o art. 7º, da CF/88. Ou seja, os sindicatos que representam categorias profissionais em regime de trabalho subordinado e não-eventual e empregadores a elas relacionados, bem como os que representam trabalhadores eventuais.

---

<sup>394</sup> Em função de o inciso XXVI, do art. 7º, reconhecer tanto as convenções quanto os acordos coletivos e para estes últimos, do lado patronal, não se exigir a presença do sindicato patronal, mas apenas das empresas, entende-se que este inciso VI, do art. 8º, refere-se apenas ao sindicato laboral.

<sup>395</sup> No entendimento da jurisprudência e da doutrina laborais, os artigos celetários transcritos foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Cf. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1.234; CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 402; DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1.323.

Mauricio Godinho Delgado conceitua os sindicatos profissionais como:

entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida.<sup>396</sup>

Apesar do destaque do autor para as entidades laborais observa-se que, sob o ponto de vista formal, as entidades patronais distinguem-se daquelas, praticamente, apenas nos quesitos *categoria e interesses defendidos*.

Não obstante a breve menção ao modelo confederativo presente no art. 8º, IV, o sujeito sindical descrito na Constituição é o sindicato. Daí a CLT prescrever que os sujeitos coletivos trabalhistas são essencialmente os *sindicatos*. Assim, apesar de o sistema sindical ser composto, em regra, por sindicato, federação e confederação,<sup>397</sup> o sindicato é o sujeito de direito coletivo legitimado para o exercício do poder normativo trabalhista. No âmbito laboral, somente ante a ausência da entidade sindical de primeiro grau, os demais entes, na ordem apresentada, estão legitimados a exercer o referido poder. Já no caso patronal, tanto o empregador, individualmente considerado, quanto o sindicato patronal, têm legitimidade para firmar instrumentos coletivos de trabalho.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, tal diferenciação ocorre porque:

os trabalhadores ganham corpo, estrutura e *potência* de ser coletivo através de suas organizações associativas de caráter profissional, no caso, os sindicatos. Em contraposto a isso, os empregadores, regra geral, já se definem como empresários, organizadores dos meios, instrumentos e métodos de produção, logo, são seres com aptidão natural de produzirem atos coletivos em sua dinâmica regular de existência no mercado econômico e laborativo.<sup>398</sup>

---

<sup>396</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 63 e p. 64. Destaques no original.

<sup>397</sup> Recentemente, no âmbito laboral, também foi criada a figura da central sindical.

<sup>398</sup> DELGADO, **Direito coletivo**..., p. 64. Destaques no original.

Conceituando o sindicato, Amauri Mascaro do Nascimento considera que este

é a forma de organização de pessoas físicas ou jurídicas que figuram como sujeitos nas relações coletivas de trabalho”. Segundo o autor, esta forma de organização constitui-se em pessoa jurídica como “decorrência normal da necessidade de atribuir-lhe, como sujeito de direito, a condição de centro de imputação das normas jurídicas.<sup>399</sup>

O sindicato é uma pessoa jurídica de direito privado,<sup>400</sup> por força do art. 8º, I, da CF/88, que proíbe ao Estado a intervenção ou interferência nas mesmas.<sup>401</sup> Mas, a doutrina ainda discute se o sindicato tem natureza contratual ou institucional. Na concepção contratual, o sindicato “é o resultado de acordo de vontade, constituindo-se por força de um ato negocial dos interessados segundo um princípio de autonomia privada”. “É um agrupamento voluntário, como as associações de sociedades, nascido de uma troca de sentimentos constitutivos de recíprocas obrigações entre os seus membros”, ensina Amauri Mascaro do Nascimento.<sup>402</sup>

Para Brito Filho:

O sindicato é fruto da vontade dos indivíduos que o constituem, não do Estado, que não o cria, apenas regula as condições de sua criação, de forma mais ou menos rígida, conforme o Estado e o seu ordenamento jurídico, o que ocorre em relação às pessoas jurídicas, no Brasil.<sup>403</sup>

---

<sup>399</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Direito sindical**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.153.

<sup>400</sup> No passado, a partir de cada regime jurídico vigente, havia doutrinadores que entendiam que o sindicato possuía natureza jurídica pública (Oliveira Viana – teoria corporativista, já superada), outros, de natureza “semi-pública” (Verdier); havia ainda os que viam no sindicato uma pessoa jurídica “de direito social”; por exemplo, Mario de La Cueva dizia que o sindicato é “um novo órgão produtor de direito objetivo e não pode ser, conseqüentemente, uma pessoa de direito privado. O Direito do Trabalho é direito constitucional da sociedade e rompeu o marco do direito público e do direito privado.” CUEVA, Mario de La. **Derecho mexicano del trabajo**. México: Porrúa, 1960, (t.2), p. 443.

<sup>401</sup> Para Mozart Victor Russomano, o sindicato “é pessoa de direito privado que exerce atribuições de interesse público, em maior ou menor amplitude, consoante a estrutura política do país e sendo o papel, mais ou menos saliente, que lhe seja atribuído.”. RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 59.

<sup>402</sup> NASCIMENTO, **Direito sindical**, p. 160.

<sup>403</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p.105.

Na segunda concepção o sindicato seria uma instituição. A teoria da instituição, na Itália, foi criada por Santi Romano, na obra *L'Ordinamento Giurídico* (1917).<sup>404</sup> Para o autor, uma sociedade ordenada e organizada é chamada de *instituição*. “Isto significa que o direito nasce no momento em que um grupo social passa de uma fase inorgânica para uma fase orgânica, da fase de grupo inorgânico ou não organizado para a fase de grupo organizado.”<sup>405</sup>

O institucionalismo sustenta que:

surge uma instituição toda vez que uma idéia diretora se impõe objetivamente a um grupo de homens. Autolimitam-se reciprocamente suas atividades, segundo regras sociais indispensáveis à consecução do fim para o qual a instituição se edificou.<sup>406</sup> São características da instituição a continuidade, a organização e a autoridade, nesse corpo social que elabora a sua própria ordem jurídica diferente da ordem jurídica estatal.<sup>407</sup>

Pelo modelo institucionalista, procura-se justificar a formação do sindicato e sua representação, abrangendo um grupo de pessoas que, mesmo sem acordo de vontades, são por ele representadas, contextualiza Amauri Mascaro do Nascimento.<sup>408</sup>

Porém, segundo Norberto Bobbio, “*não pode haver organização sem normatização*.”<sup>409</sup> “Em outras palavras – diz o jurista – se é verdadeiro que uma produção de normas, quaisquer que sejam, não basta para criar uma instituição, é também verdadeiro que uma instituição não pode ser criada sem uma produção de

---

<sup>404</sup> ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteaux, 2008, p. 94 e ss; ROMANO, Santi. **L'Ordinamento giurídico**. 2.ed. Firenze: Sansoni, 1945, p. 36 e ss. Na França, foi Maurice Hauriou quem desenvolveu a teoria da instituição: HAURIOU, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**: ensayo de vitalismo social. Traducción por Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, p. 31-37.

<sup>405</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 8-9; BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 28-29.

<sup>406</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Direito sindical**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 160.

<sup>407</sup> *Idem, ibidem*, p. 160.

<sup>408</sup> *Idem, ibidem*, p. 160.

<sup>409</sup> BOBBIO, **Teoria da norma...**, p. 36. Destaques no original.

regras. E portanto, a produção de regras é sempre o fenômeno originário, ainda que não exclusivo, para a constituição de uma instituição.”<sup>410</sup>

A partir da leitura do art. 8º da CF/88, entende-se não ser aplicável, no Brasil, a teoria da instituição. Em sede infraconstitucional, os atos constitutivos dos sindicatos são regidos pelo art. 40 e seguintes da Lei nº 10.406/02, pelo art. 511 e seguintes, bem como art. 558, todos da CLT, pela Lei de Registros Públicos e pelos atos regulamentares expedidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para fins do registro sindical junto a este órgão administrativo.<sup>411,412,413</sup>

O sindicato, segundo o regime jurídico vigente, precisa ser juridicamente constituído, ter seus estatutos sociais depositados e registrados pelo oficial registral civil das pessoas jurídicas. Após estas providências exigíveis da maioria das pessoas jurídicas, para o sindicato obter sua personalidade sindical, exige-se uma providência especial, o registro sindical, deferido pelo Ministério do Trabalho e Emprego após o controle da unicidade sindical. Perante a necessidade de cumprimento de todos estes requisitos formais, entende-se aplicável, no Brasil, a teoria contratual, em detrimento da teoria institucional.

Seguindo-se para um fecho, diz-se que, no ordenamento jurídico vigente, o sindicato tem personalidade jurídica própria, apartada dos membros da *categoria* –

---

<sup>410</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 37.

<sup>411</sup> Acerca da matéria em referência, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que: “2. O registro sindical é o ato que habilita as entidades sindicais para a representação de determinada categoria, tendo em vista a necessidade de observância do postulado da unicidade sindical.” STF, Reclamação n. 4.990 AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-059, divulgado em 26-03-2009, publicado em 27-03-2009, p.00364; LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 184-191). Consultar também: STF, Agravo de Instrumento n. 789.108 AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-207, publicado em 28-10-2010.

<sup>412</sup> Cf. tb: NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Direito sindical**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 160; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**: análise do modelo brasileiro de relações coletivas à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p.105.

<sup>413</sup> Sobre o registro sindical, consultar: BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Registro das entidades sindicais. *In Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, v. 6, n. 12, set., 1996, p. 86 – 96.

profissional ou econômica – por ele representada<sup>414</sup> e é constituído por meio de estatuto social (contrato) privado firmado pelos interessados. Aos sindicatos, após regularmente constituídos e registrados no Ministério do Trabalho e Emprego, cabe a defesa de interesses e direitos individuais e coletivos de sua categoria.

#### 4.2.2 Categoria

Um dos pilares do sistema sindical brasileiro vigente é o conceito constitucional de categoria, presente no art. 8º, II, da CF/88.

Para Valente Simi, a expressão categoria profissional individualiza os grupos, nas organizações sindicais, sobretudo por ter em vista os interesses comuns e típicos inerentes à atividade por eles desenvolvida.<sup>415</sup> Segundo o autor, através da noção de categoria profissional, se esclarecem e se determinam os mais relevantes problemas em matéria de normatização coletiva; se define o caráter típico e abstrato da norma, a possibilidade de extensão da mesma nas várias hipóteses admitidas pelo ordenamento: abrangendo não sócios ou a adesão de outras organizações sindicais, com eficácia sobre os interesses dos sócios destas.<sup>416,417</sup>

A CLT, no art. 511, §§ 1º a 4º, delinea o que vem a ser *categoria*, no ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 511. (*omissis*).

---

<sup>414</sup> Cf. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1239-1240; DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1348.

<sup>415</sup> “L’espressione categoria professionale (...) individua nelle associazioni sindacali, i gruppi organizzati soprattutto pela cura degli interessi comuni e tipici inerenti alla attività da essi svolta.” SIMI, Valente. **Il contratto collettivo di lavoro**. Padova: CEDAM, 1980, p. 18-19.

<sup>416</sup> “Attraverso la nozione di categoria professionale, si chiariscono e si precisano i più importanti problemi in materia di contrattazione collettiva; si precisa il carattere tipico ed astratto della normativa, la sua possibilità di estensione nei vari modi ammessi dall’ordinamento: la sua possibilità di estensione recettizia per volontà dei singoli no soci; la possibilità di adesione da parte di altre organizzazioni sindacali, con efficacia automatica nei confronti dei loro soci.” SIMI, **Il contratto...**, p. 20-21.

<sup>417</sup> A hipótese de extensão das decisões em dissídio coletivo, no Brasil, está prescrita nos artigos 868 a 870, da Consolidação das Leis do Trabalho.

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

§ 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.

Em função deste contexto fluido, Valentin Carrion entende que a expressão *categoria profissional* possui um “conceito de contornos imprecisos, face à multiplicidade de situações que a vida apresenta”. Isso porque justifica, no entendimento do autor, “a possibilidade de fracionamento dos grupos em subgrupos, e estes em outros, que o direito brasileiro denomina categoria profissional diferenciada”,<sup>418</sup> hipótese na qual os que a integram tem “regulamentação específica do trabalho diferente da dos demais empregados da mesma empresa, o que lhes faculta convenções e acordos próprios, diferentes dos que possam corresponder à atividade preponderante do empregador, que é regra geral.”<sup>419</sup>

---

<sup>418</sup> Sobre a impossibilidade de desdobramento (subgrupos) da categoria diferenciada, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu: “A organização sindical pressupõe a representação de categoria econômica ou profissional. Tratando-se de categoria diferenciada, definida a luz do disposto no parágrafo 3º, do artigo 511 da Consolidação das Leis do Trabalho, descabe cogitar de desdobramento, por iniciativa dos interessados, consideradas as funções exercidas pelos sindicalizados. O disposto no parágrafo único do artigo 570 do referido Diploma aplica-se as hipóteses de existência de categoria similares ou conexas e não de categoria diferenciada, muito embora congregando trabalhadores que possuem funções diversas. A definição atribuída aos trabalhadores e empregadores diz respeito a base territorial do sindicato - artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal e não a categoria em si, que resulta das peculiaridades da profissão ou da atividade econômica, na maioria das vezes regida por lei especial, como ocorre em relação aos aeronautas. Mostra-se contrária ao princípio da unicidade sindical a criação de ente que implique desdobramento de categoria disciplinada em lei como única. Em vista da existência do Sindicato Nacional dos Aeronautas, a criação do Sindicato Nacional dos Pilotos da Aviação Civil não subsiste, em face da ilicitude do objeto. Segurança concedida para cassar-se o ato do registro no Ministério do Trabalho.” Supremo Tribunal Federal, RMS n. 21305, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/1991, DJ 29-11-1991 p. 17.326, RTJ Vol 137-03.

<sup>419</sup> CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 12.ed. São Paulo: RT, 1990, p. 402.

O ponto de agregação da categoria profissional é:

*a similitude laborativa, em função da vinculação a empregadores que tenham atividades econômicas idênticas, similares ou conexas. A categoria profissional, regra geral, identifica-se, pois, não pelo preciso tipo de labor ou atividade que exerce o obreiro (e nem por sua exata profissão), mas pela vinculação a certo tipo de empregador.*<sup>420</sup>

Na lição de Mozart Victor Russomano:

A determinada categoria econômica (empregadores) corresponde determinada categoria profissional (empregados)” e a sindicalização, necessariamente, se processa em função dos laços de solidariedade ou semelhança que aproximam certos empregados de outros empregados e certos empregadores de outros empregadores.<sup>421</sup>

A partir dos parágrafos celetários transcritos verifica-se que, no tocante à categoria *profissional*, o legislador, pela técnica da presunção, determinou que os empregados que têm a mesma profissão ou trabalho, bem como um vínculo a determinada atividade econômica, possuem similitude de condições de vida.

Note-se que o art. 8º, II, da CF/88, não conceitua o que vem a ser categoria, mas o inciso III elege como critério agregador dos membros desta os seus interesses individuais ou coletivos. Em função disso, entende-se que a expressão *similitude de condições de vida*, contida no § 2º, do art. 511, da CLT, deve ser interpretada segundo a Constituição e significa a homogeneidade de interesses individuais e/ou coletivos dos membros da categoria profissional.

A mesma razão deve ser aplicada também na interpretação do § 3º, do mesmo art. 511, quando prescreve como categoria diferenciada aquela composta por membros que “exercam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares”.

<sup>420</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 67.

<sup>421</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 671. No mesmo sentido: LOGUERCIO, José Eymard. **Pluralidade sindical: da legalidade à legitimidade no sistema sindical brasileiro**. São Paulo: LTr, 2000, p. 52-53.

Neste caso, segundo os critérios da generalidade e da abstração que norteiam a produção normativa, dado estatuto profissional específico será criado a partir das singularidades da vida de dado grupo de trabalhadores, presumidamente verificáveis no tipo de profissão ou função exercida pelo grupo. Isso reafirma que, no interior de um grupo que exercer a mesma profissão ou função, os fatos, jurisdicionados pelo estatuto especial ou mantidos em sua condição ôntica (condições de vida singulares), traduzirão interesses coletivos e individuais homogêneos, tal como prescrito no inciso III, do art. 8º, da CF/88.

Assim, não obstante a aparente diferenciação existente entre as categorias profissionais prescritas nos §§ 2º e 3º, do art. 511, da CLT, o critério comum a ambas é o interesse de seus membros, tal como determinado pelo art. 8º, III, da CF/88.

Neste sentido o magistério de José Cláudio Monteiro de Brito Filho:

Os sindicatos, assim como outras espécies do gênero associação, formam-se em torno de um conjunto de pessoas com *interesses comuns*. Esses interesses, quando se trata de entidades sindicais, qualificam-se por ser profissionais ou econômicos.<sup>422</sup>

É a solidariedade, a homogeneidade de interesses que irá motivar a formação, entre trabalhadores e empregadores, de um vínculo sindical. E, nos termos do art. 8º, III, da CF, esta homogeneidade de interesses poderá ser da totalidade dos membros ou apenas de parte dos mesmos, quando dependendo do interesse, não tiver relação com todos os membros da categoria.

Por serem pertinentes, transcrevem-se as considerações de Giuliano Mazzoni, em relação ao termo categoria, nos sistemas sindicais italianos, revogado e vigente:

---

<sup>422</sup> “A sindicalização por categoria, mantida na Constituição de 1988 (art. 8º, I), é uma das restrições à organização das entidades sindicais, alinhando-se com a base territorial mínima e a unidade sindical”..”Essas restrições, junto à contribuição sindical compulsória e à competência normativa da Justiça do Trabalho, são resquícios do sistema sindical corporativista implantado por Getúlio Vargas”, considera o autor. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Sindicalização por categoria. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, v. 7, n. 14, set. 1997, p. 59 e p. 66. Destaques nossos.

quando falamos em *categoria*, podemos empregar diversos sentidos. O sentido *limitado* do termo, na legislação pretérita, está agora mudado, pois que, *antes*, quando se falava de *categoria*, costumava-se referir a todos aqueles que exerciam o mesmo mister ou profissão (por isso, se dizia, os interesses de uma mesma profissão são homogêneos e esta homogeneidade determina a identidade de avaliação dos interesses; isto levava à presunção de que todos os sujeitos que desenvolviam a mesma atividade tinham o mesmo interesse ou pelo menos interesses situados no mesmo nível). Este era o sentido de *categoria*, e o sindicato representava uma *categoria*, conceituada como *uma* esfera de interesses homogêneos. *Modernamente*, a avaliação de categoria é diferente, não só porque existem vários tipos de organização sindical (cada uma das quais apresenta a sua *avaliação da categoria* que pode não coincidir com as outras associações) como também porque não se leva mais em conta, pelo menos de parte das organizações de trabalhadores, a questão do mesmo ofício.<sup>423</sup>

Como ressaltado anteriormente, no sistema sindical brasileiro vigente, a retirada de um filiado, do corpo sindical, não afasta dele a aplicação de dada convenção coletiva de trabalho, firmada pelo sindicato que o representa, dado esta ser obrigatória e *erga omnes*.

Perante característica similar existente no revogado regime corporativo italiano, Giuliano Mazzoni teceu a seguinte crítica:

posto que o sindicato não pode ser, num Estado democrático, mais do que uma 'associação' no verdadeiro sentido do termo, não se pode conceber a representação sindical como sendo da categoria, salvo única hipótese em que todos os integrantes desta voluntariamente se associassem ao único grêmio constituído.<sup>424</sup>

E conclui o autor: "Cada um destes sindicatos *não pode pretender a representação de toda a categoria*, como acontecia antigamente, quando a representação derivava da lei, taxativamente. Hoje é o sindicato que deve

---

<sup>423</sup> MAZZONI, Giuliano. **Relações coletivas de trabalho**. Tradução de Antonio Lamarca. São Paulo: RT, 1972, p. 71-72. Destaques nossos.

<sup>424</sup> *Idem, ibidem*, p. 59.

designar a categoria que deseja representar; e é evidente que representará somente *aquela parte da categoria*, constituída pelos seus associados.”<sup>425</sup>

Não obstante as críticas do autor italiano, conforme demonstrado acima, ainda vige no Brasil um sistema sindical construído a partir do conceito de categoria sindical, o que importa em aplicação *erga omnes* das convenções coletivas de trabalho, na presunção de homogeneidade, no mínimo parcial, de interesses e na representação sindical involuntária, cujos conteúdos serão analisados em tópico próprio.

#### 4.2.3 Direitos e interesses coletivos e individuais da categoria

Para a análise do que vem a ser *os direitos e os interesses* de dada categoria sindical, cita-se o art. 8º, III, da CF/88:

Art. 8º. (*omissis*)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria ;

(...)

Segundo o dispositivo transcrito, ao sindicato cabe: a) a defesa dos direitos coletivos e individuais dos membros da categoria; b) assim como, a defesa dos interesses coletivos e dos interesses individuais destes. Ou, em outras palavras:

O sindicato tem competência para defender os direitos trabalhistas coletivos ou individuais, dos membros da categoria.

O sindicato tem competência para defender interesses trabalhistas coletivos ou individuais dos membros da categoria.

Anteriormente foram identificados os sentidos dos termos *sindicato* e *categoria*. Quanto ao conteúdo semântico do termo *defesa* e dos termos *direito* e *interesse*, estes seguirão abaixo.

---

<sup>425</sup> MAZZONI, Giuliano. **Relações coletivas de trabalho**. Tradução de Antonio Lamarca. São Paulo: RT, 1972, p. 71.

No mundo jurídico do trabalho (como também em outras áreas jurídicas), uma das acepções para a palavra *defesa* é a de utilização de meios judiciais capazes de exigir do Estado atos jurisdicionais, de conhecimento ou de execução, que subroguem a vontade do empregador, em favor do trabalhador subordinado. Esta é a defesa processual de direitos trabalhistas existentes no ordenamento jurídico.

Para permitir a defesa dos direitos trabalhistas coletivos e/ou individuais da categoria, já criados, a CF/88 atribuiu ampla legitimidade processual ao sindicato. Neste sentido, cita-se o entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.<sup>426</sup>

Além desta espécie de defesa, a processual, sob aspecto material há uma acepção mais larga para a palavra sob análise, vinculada à noção de *direito a se criar*. Nesta acepção, qualifica-se como tal, toda ação sindical que vise promover ou obter, para o trabalhador, bens da vida sobre os quais recaiam seus interesses individuais ou coletivos e que ainda não pertençam ao seu patrimônio jurídico.

Neste caso, a palavra *defesa* quer significar o ato de perseguir, de buscar, pelos mais diversos meios de pressão e de negociação,<sup>427</sup> a inclusão ao patrimônio

---

<sup>426</sup> STF, RE n. 210.029, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, publicado no DJ 17-08-2007. Neste sentido, ainda: STF, n.s: RE 193.503, RE 193.579, RE 208.983, RE 211.874, RE 213.111, RE 214.668, RE 214.830 e RE 211.152.

<sup>427</sup> Sobre grupos e formas de pressão, consultar: COUTINHO, Aldacy Rachid. Desafios para arquitetar um mundo de trabalho: grupos de pressão e rejeição da racionalidade econômica. In ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord.s). **Direito constitucional**

jurídico do trabalhador de proteção a interesses ainda pré-jurídicos. O êxito desta defesa será a normatização (jurisdicização) convencional de um interesse pré-jurídico, para torná-lo um direito. Por este procedimento, o trabalhador integrará, ao seu patrimônio jurídico, novos bens da vida por ele pretendidos.

Entretanto, mesmo que esta busca, pelo sindicato laboral, seja efetiva, nem sempre indicará uma normatização convencional exitosa. Não obstante isso, o sindicato tem o dever de continuar defendendo os objetos pretendidos pelos membros de sua categoria, individual ou coletivamente considerados.

Portanto, além da legitimação processual - conferida pela Constituição para a defesa de direitos trabalhistas *já criados*, o art. 8º, III, também atribuiu ao sindicato a competência para discutir, negociar e obter para o trabalhador objetos de seus interesses individuais e/ou coletivos, diversos daqueles já normatizados (jurisdicizados) e transportados para o mundo do dever-ser pelo constituinte, pelo legislador ou pelos próprios sujeitos coletivos trabalhistas.

Ao determinar a competência normativa convencional trabalhista, o texto constitucional também fixou o objeto a ser defendido pelo sindicato: os interesses de natureza coletiva e os interesses de natureza individual, relativos aos membros da categoria<sup>428</sup> por ele representada.

A expressão “ao sindicato *cabem a defesa...*”, constante no inciso constitucional sob análise, atribui ao sindicato laboral, em conjunto com outro ente de igual natureza, o poder para obrigar, proibir ou permitir, comportamentos positivos (de fazer ou de dar) ou negativos (de não-fazer) aos membros das categorias convenientes; confere-lhes o poder para promover e regulamentar os interesses trabalhistas pré-jurídicos, i.é., aqueles ainda não regulados – parcial ou totalmente – pelo ordenamento jurídico.

---

**contemporâneo:** estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 13-24.

<sup>428</sup> Michel Despax evidencia que a finalidade do sindicato, como agrupamento coletivo, é a defesa dos interesses profissionais. DESPAX, Michel. **O direito do trabalho**. Tradução de Yolanda Steidel de Toledo. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968, p. 56-57.

Quanto aos interesses passíveis de defesa, pelo sindicato, destaca-se que a palavra *interesse* é plurívoca. Em sua acepção comum Caldas Aulete define-a como “utilidade”, “proveito”, “vantagem que alguém encontra em qualquer coisa.”<sup>429</sup>

De Plácido e Silva, acerca da palavra em epígrafe, considera: “Na evidência da *importância*, da *utilidade* e da *vantagem*, mesmo sem medida financeira, assenta a idéia do *interesse*, que possa ter tido uma pessoa em relação às coisas ou aos fatos.”<sup>430</sup>

A palavra *interesse*, posta no inciso III, do art. 8º, representa uma relação fática, impregnada de valor, entre um sujeito e um objeto.<sup>431,432</sup> Aquele vê neste uma utilidade capaz de prender-lhe a atenção e a vontade de obtê-lo.<sup>433</sup> Diferentemente, o direito é também uma relação, mas de natureza jurídica, que atribui ao sujeito o próprio objeto pretendido. Na interpretação do art. 8º, III, da CF/88, o interesse a ser defendido pelo sindicato é logicamente anterior a um direito já criado.

O sentido do termo *interesse* alia-se aos predicados *coletivo* e *individual*, presentes no inciso III, do art. 8º, da CF/88. O que distingue os interesses coletivos dos

---

<sup>429</sup> CALDAS AULETE, Francisco J. *et al.* **Dicionário da língua portuguesa Caldas Aulete Digital**. Edição brasileira original: Hamílcar de Garcia, Lexikon. Disponível em: <www.auletedigital.com.br>. Acesso em 09/03/11.

<sup>430</sup> PLACIDO e SILVA. Oscar José de. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 759.

<sup>431</sup> No mesmo sentido, o magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso: “o interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4.ed. São Paulo: RT, 1997, p. 45.

<sup>432</sup> O interesse prescrito no inciso III, do art. 8º, da CF/88 não se confunde com o chamado *interesse jurídico* referido por Xisto Tiago de Medeiros Neto, no trecho: “o interesse jurídico pode ser compreendido em duas modalidades: a de natureza substancial (primária), quando se revela no campo do direito material, e a de caráter instrumental (secundária), quando se manifesta no domínio do direito processual, correspondendo ao interesse de agir como condição para o exercício do direito de ação, tendo por requisito a necessidade e a utilidade do bem jurídico almejado.” Cf. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**: fundamentos, características, conceituação, forma e procedimento de reparação. 2. ed., São Paulo: LTr, 2007, p.99. O autor em questão utiliza a expressão *interesse jurídico* para se referir a direito material e a direito processual.

<sup>433</sup> Segundo Kant: “Chama-se de interesse o prazer que associamos à representação da existência de um objeto.” *Apud*, ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.578.

interesses individuais é a divisibilidade do objeto. No primeiro o objeto ou bem jurídico sobre o qual recai o interesse é indivisível, no segundo é divisível.<sup>434</sup>

O conceito do predicado *individual*, aparentemente, não demanda maior dificuldade. Todavia, juridicamente, ele comporta a seguinte especialização: individual, propriamente dito (puro), e, individual homogêneo.<sup>435</sup>

A primeira espécie vincula o interesse a apenas uma pessoa ou membro da categoria sindical. Já o segundo, vincula seu significado a um conjunto, maior ou menor, de pessoas integrantes da mesma categoria, que possua o mesmo interesse. Tanto numa quanto noutra espécie de interesse, o bem jurídico pretendido, em si mesmo considerado, tem a mesma natureza, mas individualiza-se em tantos objetos quantos forem os sujeitos que o pretendam.

Estes interesses, portanto, podem ser individuais puros ou *individuais de natureza homogênea*<sup>436</sup>. O presente estudo focaliza especialmente a modalidade homogênea destes interesses, dado que o inciso III, do art. 8º, delimita que estes se vinculam à

---

<sup>434</sup> Neste sentido, também o magistério de: SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicato e ações coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2003, p. 74.

<sup>435</sup> Não obstante o objeto do direito individual homogêneo ser divisível, o que justifica a sua classificação como tal, o Supremo Tribunal Federal o classificou como uma espécie de *direito coletivo*, no RE 163.231-SP, de cuja ementa transcreve-se um trecho: "(...) 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), *constituindo-se em subespécie de direitos coletivos*. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. (...)" (STF, RE n. 163231, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 p. 00055)". No mesmo sentido a ementa do RE n. 332.545-SP. Este entendimento também tem sido adotado por Xisto Tiago de Medeiros Neto quando, ao tratar da legitimidade de Ministério Público do Trabalho para a defesa de interesses coletivos, na linha adotada pelo STF, considera como tais os interesses individuais homogêneos. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Ação civil pública e tutela de interesses transindividuais**. Curitiba: Gênese, vol. 11, n. 66, jun., 1998, p. 884.

<sup>436</sup> O direito de um grupo de trabalhadores a dado reajuste salarial - divisível, portanto - é considerado direito individual homogêneo, no entendimento de Nelson Nery Júnior. Cf. NERY JUNIOR, Nelson, O Processo do Trabalho e os Direitos Individuais Homogêneos: um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. São Paulo, **Revista LTr**, n. 64, fev., 2000, p. 155

categoria. Assim, os interesses individuais passíveis de fundamentar a ação sindical, defensiva sob o ponto de vista normativo, deverão ser aqueles ligados a pelo menos uma parte dos membros da categoria.

Na lição de Brito Filho, os interesses individuais homogêneos são “um feixe de interesses individuais”, tem titulares determinados e origem comum, que decorre “da identidade de interesses e do fato de poderem ser opostos em face da mesma pessoa.”<sup>437</sup>

Cabe ao sindicato promover e perseguir os interesses individuais homogêneos e coletivos dos membros de sua categoria, especialmente pela via do poder normativo coletivo.

Corroborando a idéia de defesa sindical dos direitos individuais homogêneos, a lição de Gino Giugni, para quem, a titularidade da liberdade sindical, embora, à primeira vista, seja atribuída à categoria, pertence aos trabalhadores ou empregadores individuais. Para o citado autor, o aspecto coletivo desta forma de autonomia se especifica no momento do exercício. Pode-se, portanto, falar de titularidade individual do poder privado, com o exercício na forma coletiva,<sup>438</sup> ensina o autor.

Na essência, a maioria dos interesses passíveis de ser defendidos pela via coletiva é de natureza individual homogênea, presentes, inclusive, nos direitos veiculados pelo art. 7º, da Constituição, tal como já referido anteriormente.

O interesse individual homogêneo mais relevante para o presente estudo é a proteção, pela via normativa coletiva, dos interesses de igualdade de oportunidade e não discriminação trabalhista, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

---

<sup>437</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**: análise do modelo brasileiro de relações coletivas à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 218.

<sup>438</sup> GIUGNI, Gino. **Il diritto sindacale**. Bologna: Zanichelli, 1990, p. 76. Tradução livre de: “La titolarità della libertà sindacale, sebbene ad una prima analisi possa ritenersi imputabile al gruppo che tutela un interesse collettivo, appartiene in realtà ai singoli lavoratori o datori di lavoro; l’aspetto collettivo di questa forma di autonomia si specifica nel momento dell’esercizio. Può, perciò, parlarsi di titolarità individuale in quanto trattasi di potere attribuito all’individuo, con esercizio che si estrinseca in forma collettiva”.

Quanto ao *interesse coletivo*,<sup>439</sup> este tem por objeto um bem único, pretendido por muitos sujeitos. Sendo indivisível o bem, não poderá ser individuado para tantos quantos forem os sujeitos nele interessados, pois é único.<sup>440</sup>

Santoro-Passarelli entende que:

*Interesse coletivo* é o de uma pluralidade de pessoas por um bem idôneo apto a satisfazer uma necessidade *comum*. Não é a soma dos interesses individuais, mas a sua combinação. É *indivisível*, pois se satisfaz, não por muitos bens, aptos a satisfazerem necessidades individuais, mas por um único bem apto a satisfazer a necessidade da coletividade. O interesse coletivo, que não é o interesse geral de toda a coletividade organizada, também se distingue do individual.<sup>441</sup>

Segundo Hugo Nigro Mazzilli, “a expressão *interesses coletivos* refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias de pessoas.”<sup>442</sup>

Também se referindo ao interesse coletivo, Ronaldo Lima dos Santos, considera:

É um interesse indivisível, visto que diz respeito a todos os membros da coletividade (grupo, categoria, classe) que podem usufruí-lo concomitantemente ou em momentos diversos, mas que não pode ser cindido em quotas, em partes individuais, uma vez que constitui uma síntese dos interesses que o compuseram e não uma mera soma desses, sendo que, nessa última hipótese, poderiam ser igualmente subtraídos.<sup>443</sup>

---

<sup>439</sup> Segundo Giorgio Ardaù, “i sindacati sono tutori o quanto meno portatori di interessi collettivi e più precisamente degli interessi collettivi della corrispondente categoria professionale.” ARDAU, Giorgio. **Lezioni di diritto sindacale**. Milano: Giuffrè, 1956, p. 127. Grifos no original.

<sup>440</sup> No mesmo sentido, o magistério de Garofalo: “Qualificarlo [o interesse], invece, come collettivo comporta la garanzia dell’orientamento di comportamento dell’intero gruppo.” GAROFALO, Mario Giovanni. **Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell’imprenditore**. Napoli: Editore Jovene Napoli, 1979, p. 160.

<sup>441</sup> SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Noções de direito do trabalho**. Tradução de Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli. São Paulo: RT, 1973, p. 11. No mesmo sentido a lição de: SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A autonomia privada como fonte de normas jurídicas trabalhistas. *In Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 8, n. 44, jul/ago., 1983, p. 68.

<sup>442</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 22. ed. São Paulo; RT, 2006, p. 52.

<sup>443</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2003, p.82.

Como exemplo de típicos *interesses coletivos*, na linha de Brito Filho, cita-se as prerrogativas dos dirigentes sindicais<sup>444</sup>

porque deles é titular o grupo profissional, ou melhor, a categoria profissional, que tem interesse direto na preservação das prerrogativas que mantêm seus dirigentes sindicais em condições de representá-los, sem sofrer perseguições ou sobressaltos de qualquer natureza.<sup>445</sup>

Não obstante entendermos que as prerrogativas referidas pelo autor são *direitos* e não *interesses*, a dimensão coletiva das mesmas fica clara em seu texto.

Os conteúdos das expressões *interesses coletivos* e *interesses individuais* homogêneos integram o conceito constitucional de categoria sindical.

Considerando as noções expostas, conclui-se que o constituinte deferiu ao sindicato laboral o poder para criar novos direitos aos trabalhadores, a partir de interesses coletivos e de interesses individuais homogêneos relativos a bens da vida de utilidade coletiva ou individual. O sindicato criará tais direitos por meio de normas jurídicas convencionais que proíbam, obriguem ou permitam, para fins de implementar os interesses dos membros de sua categoria. Estes interesses são os motores que devem dirigir e impulsionar as ações sindicais.

#### **4.2.4 Representação.**

A representação é um conceito essencial para a compreensão do fenômeno sindical. Toda atividade desenvolvida pelos sindicatos “fundamenta-se no instituto da

---

<sup>444</sup> Como tal, cita-se a estabilidade sindical prescrita na CF/88: Art. 8º, “VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.”.

<sup>445</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**: análise do modelo brasileiro de relações coletivas à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 213.

representação”, ensina Walküre Lopes Ribeiro da Silva.<sup>446</sup>

Como exposto anteriormente, nos termos do inciso III, do art. 8º, da CF/88, ao sindicato cabe a defesa dos direitos e dos interesses de sua categoria. Esta atribuição constitucional veicula um direito de representar aliado a um dever de defender, conforme já tratado anteriormente. Quanto ao direito de representar, perquire-se se o mesmo é voluntário ou se é legal.

No magistério de Walküre Lopes Ribeiro da Silva, a Constituição de 1988 contemplou, no tocante à representação sindical,

um misto de corporativismo e democracia: manteve a categoria como critério para organizar sindicatos e a unicidade sindical, elementos característicos do corporativismo, e estipulou a autonomia perante o Estado, elemento integrante da liberdade sindical.<sup>447</sup>

Face a isso, para a autora, em relação à natureza jurídica da representação sindical prevalece “a teoria da representação legal.”<sup>448</sup> A noção de categoria passou a ter hierarquia constitucional e, em função disso, “não é possível entender que a Constituição de 1988 consagrou a concepção voluntarista”, pois esta pressupõe “a plena liberdade de organização sindical”,<sup>449</sup> o que não foi garantido pelo Texto Maior.

Na mesma linha de entendimento, Octávio Bueno Magano também defende que a natureza da representação não é voluntária, mas legal.<sup>450</sup> As convenções coletivas de trabalho não se aplicam apenas aos associados, assevera o autor, mas a “todos

---

<sup>446</sup> SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Representação e representatividade no contexto da liberdade sindical. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 101, jan./dez/, 2006, p. 262.

<sup>447</sup> SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. *In Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 28, n. 107, 2002, p. 278.

<sup>448</sup> *Idem, ibidem*, p. 270.

<sup>449</sup> SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. *In Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 28, n. 107, 2002, p. 278.

<sup>450</sup> MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho**. Vol. III, São Paulo: LTr, 1980, p. 127-128.

os membros das categorias profissionais e econômicas representadas pelos sindicatos convenientes.”<sup>451</sup>

A natureza legal da representação sindical decorre do conceito de categoria, internalizado na Constituição. O sindicato *representa* tanto os interesses e os direitos dos filiados quanto dos não-filiados, tendo poder para vincular todos os integrantes da categoria às normas que negocia com outro sujeito coletivo trabalhista. Daí dizer que, em relação aos integrantes filiados da categoria, o sindicato exercita a autonomia – assim entendida como poder de auto-regulamentação –, em relação aos não filiados o sindicato exercita poder similar à heteronomia.<sup>452</sup>

A representação sindical decorre do art. 8º, III, da CF/88, e, sob o aspecto normativo coletivo, tem por objeto o exercício da defesa dos interesses individuais homogêneos e coletivos dos membros da categoria. Ainda colabora para delinear o conteúdo constitucional desta representação o art. 8º, VI, que dispõe:

Art. 8º. (*omissis*)

(...)

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

Em função de o inciso XXVI, do art. 7º, reconhecer tanto as normas coletivas veiculadas por convenções quanto por acordos coletivos, e, para estes últimos serem produzidos, do lado patronal, exigir-se apenas a presença da empresa e dispensar-se a do sindicato patronal, entende-se que este inciso VI, do art. 8º, refere-se apenas ao sindicato laboral.

Nos termos deste inciso o *sindicato laboral tem o dever de participar de negociações coletivas*. Este dever constitucional de participar de negociações coletivas corrobora

---

<sup>451</sup> MAGANO, Octávio Bueno. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1972, p. 97.

<sup>452</sup> “Los CCT [Convênio Coletivo de Trabalho] permanecen en el campo privado del Derecho, como contratos entre particulares, clasificables en la categoría de acuerdos normativos, si bien el substancial apoyo de la Ley los impulsa al límite de las posibilidades privadas, hacia la frontera con el Derecho Público”. AVILÉS, Antonio Ojeda. **Derecho sindical**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 670.

o sentido atribuído à palavra *defesa* contida no inciso III, do mesmo art. 8º, e veicula um dever constitucional de negociar.

O dever de negociar, no contexto do sistema confederativo referido no inciso IV, do art.8º, é exclusivo dos entes sindicais de primeiro grau, os sindicatos. Ou seja, apesar de o sistema sindical constitucional implicitamente permitir a criação de entidades de grau superior, no âmbito profissional, o sujeito coletivo legitimado para o exercício do poder normativo coletivo e do dever de negociar é o sindicato.<sup>453</sup>

Pela incidência da representação prescrita na norma de conduta veiculada pelo art. 8º, III, da CF/88, nascem duas relações jurídicas distintas: uma, entre os membros da categoria profissional e o sindicato que os representam, e, outra, entre este e outro sujeito coletivo trabalhista, que tanto poderá ser um sindicato patronal quanto uma empresa.

Ambas as relações jurídicas vinculam-se ao cumprimento dos direitos fundamentais constitucionalmente prescritos. Na primeira, ao sindicato gera-se o direito de representar os direitos e interesses individuais homogêneos e coletivos dos membros de sua categoria; na segunda, ao sindicato gera-se um dever de participar das negociações coletivas, o que significa não apenas a presença física do mesmo em atos negociais sindicais, mas a vontade concreta e idônea deste em promover e em perseguir os interesses individuais homogêneos e coletivos dos membros da categoria que representa.

Esta interpretação decorre do prescrito no inciso VI, do art. 8º, que atribui aos sindicatos um direito-dever constitucional da referida participação negocial. O modal deôntico *obrigar* imputa ao sindicato a participação no processo negocial. E *participar* deste é propor, contrapor, discutir, argumentar e utilizar-se de meios de pressão.

---

<sup>453</sup> Limita-se a referência ao sindicato profissional, dado que, do lado empresarial, o legislador ordinário conferiu tal legitimidade tanto ao empregador, individualmente considerado, quanto o sindicato patronal, distinguindo entre eles apenas a extensão subjetiva dos efeitos do instrumento coletivo eventualmente firmado.

Os sindicatos têm o direito de representar os membros de sua categoria profissional, mas também têm o dever de propor mecanismos de promoção e de implantação de direitos fundamentais destes. Afora isso, o sindicato tem o dever de propor e defender os interesses coletivos de toda a categoria, mas também os interesses individuais dos membros ou de parte dos membros desta categoria.<sup>454</sup>

Note-se, ainda, que a expressão “Ao sindicato cabe a defesa...”, contida no inc. III, do art.8º, também veicula duas normas de estrutura: a primeira atribui ao sindicato o direito de representar e negociar em nome dos interesses de seus representados; a segunda, atribui o dever de defender tais interesses por qualquer meio – inclusive, por meio da participação em negociações coletivas, tal como prescrito no inc. VI, do mesmo artigo.

Segundo Manuel Alonso Olea:

O princípio geral de que o dever é correlativo ao direito, ou de que não há direito sem correspondente obrigação, aparece aqui de forma muito peculiar. A formulação simples desta idéia é que se existe e se garante o direito à negociação é porque existe o dever de negociar.<sup>455,456</sup>

Mas, considera o referido autor:

A possibilidade de existência do dever de negociar exige sua separação do dever de convencionar; (...) Se o ordenamento não pode obrigar as partes

---

<sup>454</sup> A Convenção n. 154, da Organização Internacional do Trabalho, trata do Incentivo à Negociação Coletiva. Em seu art. 2º, ela prescreve: “.. a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: fixar as condições de trabalho e emprego; ou regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.” Esta convenção foi promulgada e internalizada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n.1.256, de 29 de setembro de 1.994.

<sup>455</sup> OLEA, Manuel Alonso. **Las fuentes del derecho, en especial del derecho del trabajo segun la Constitución**. Madrid: Civitas, 1982, p.124. Tradução livre de: “El principio general de que el deber es correlativo del derecho, o de que no hay derecho sin su correspondiente obligación, aparece aquí de una forma muy peculiar. La formulación simple de esta idea es que si existe y se garantiza el derecho a la negociación es porque existe el deber de negociar.”

<sup>456</sup> Sobre o dever de negociar, v. tb: BARBAGELATA, Hector-Hugo. **O direito do trabalho na América Latina**. Tradução por Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 243.

coletivas a convencionar, pode obrigá-las a realizar esforços para se obter um acordo, isto é, pode obrigá-las a negociar, e a que o façam de boa-fé, com uma certa predisposição de ânimo; de ânimo aberto para o exame cuidadoso das proposições feitas pela parte contrária, a submete-as a discussão e deliberação, a não se encerrar em atitudes intransigentes quanto às propostas e ofertas próprias, nem a formular proposta obviamente inaceitáveis.<sup>457</sup>

O dever de participação dos sindicatos em negociações coletivas, prescrito no inciso VI, é um dever de negociar e, como tal, possui natureza instrumental. Este dever complementa aquele que atribui a tais sujeitos o dever de defesa dos interesses dos membros de sua categoria.

Destes deveres, em si mesmo considerados, os membros da categoria não obtém direitos materiais. Todavia, eles são de grande relevância para impulsionar a ação dos sindicatos e, mediante esta, permitir a implementação de direitos sociais trabalhistas já jurisdicionados constitucional ou legalmente, assim como permitir a criação de direitos trabalhistas novos a partir da identificação dos interesses laborais.

O dever de negociar impõe aos sindicatos a necessidade de, periodicamente, ouvirem-se mutuamente; impõe o dever de empreenderem esforços e gastarem energia para buscar soluções que melhorem as condições sociais dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que resguardem os interesses econômicos e sociais dos empregadores.<sup>458,459</sup>

---

<sup>457</sup> OLEA, **Las fuentes...**, p. 124. Tradução livre de: “La posibilidad de existencia del deber de negociar exige su separación del deber de convenir; (...). Si no puede el ordenamiento obligar a las partes colectivas a convenir, sí puede obligarlas a realizar un esfuerzo para conseguir un convenio, esto es, puede obligarlas a negociar, y a que lo hagan además de buena fe, con una cierta predisposición de ánimo; de ánimo abierto al examen cuidadoso por cada una de las partes de las proposiciones de la otra, a someterlas a discusión y a deliberación, a no encerrarse en actitudes intransigentes en cuanto a las propuestas u ofertas propias, ni a formular como tales las obviamente inaceptables.”

<sup>458</sup> Ivani Contini Bramante também entende que o sindicato tem o dever de negociar, uma vez que os interesses objeto de defesa são da categoria. Cf. BRAMANTE, Ivani Contini. *Negociação coletiva e direitos fundamentais nas relações de trabalho*. In CAIXETA, Sebastião *et al* (coord.s). **O MPT como promotor dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2006, p. 201.

<sup>459</sup> Mauricio Godinho Delgado também qualifica como princípio (princípio da interveniência sindical na negociação coletiva) o dever de negociar prescrito no inciso III, art. 8º, da Constituição. Cf.

Segundo Enoque Ribeiro, descumprir o dever de negociar “significa negar a existência dos próprios sujeitos coletivos e colocar por terra esse instituto – a negociação coletiva – exatamente no momento em que a Constituição de 1988 a erigiu a direito constitucional”. O referido autor, inclusive, qualifica o dever de os sujeitos coletivos participarem de debates e de discussões que digam respeito aos interesses da categoria como princípio constitucional das negociações coletivas trabalhistas, o princípio da compulsoriedade negocial.<sup>460</sup>

O dever constitucional de negociar é um instrumento constitucional que facilita o alcance dos fins almejados pelo constituinte no art. 1º, III, no art. 3º, no art. 7º, *caput*, última parte, e, no *caput* do art. 170, todos da CF/88. Por fim, ressalte-se que, o contexto normativo no qual se insere o dever prescrito no art. 8º, VI, da CF, também é composto pelas normas constitucionais que tornam péticos os direitos fundamentais sociais e vinculam e condicionam os detentores do poder normativo – dentre eles o sindicato – ao cumprimento dos direitos fundamentais sociais, conforme já referido nos Capítulos II e III, deste estudo.

#### **4.3 Autonomia privada e autonomia privada coletiva. Fundamentos constitucionais.**

O poder normativo coletivo sindical funda-se na chamada autonomia privada coletiva, cujo conteúdo passa, pelo menos em parte, pelo fundamento da autonomia privada, propriamente dita.

A autonomia privada é um importante elemento do direito fundamental de liberdade e, classicamente, significa a capacidade de auto-governo das pessoas.

---

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 65.

<sup>460</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004, p.109.

Segundo Pietro Perlingieri, “pode-se entender por ‘autonomia privada’, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”<sup>461</sup>. É o poder normativo conferido pelo ordenamento constitucional aos particulares. Por meio de contratos privados as partes interessadas, nos termos fixados por normas de ordem pública, auto-regulam os seus interesses.

A definição jurídica da autonomia privada, em qualquer de suas configurações, dependerá do ordenamento jurídico no qual está inserida. Neste sentido a lição de Pietro Perlingieri:

Não é uma operação simples definir a autonomia privada. Sobre o conceito adensaram-se questões das quais depende em grande parte a configuração do ordenamento. A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência.<sup>462</sup>

Segundo Giuseppe D’Eufemia, os elementos que caracterizam a autonomia, em sentido lato, são o poder de autodeterminação do sujeito, que se concretiza na autorização para emanar normas jurídicas ou, pelo menos, de concorrer para a formação das mesmas; bem como, o fato de que o exercício de poder pressupõe normas jurídicas primárias que o constitui e o limita.<sup>463</sup>

---

<sup>461</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 17.

<sup>462</sup> *Idem, ibidem*, p.17.

<sup>463</sup> D’EUFEMIA, Giuseppe. **L’Autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo**. Milano: Giuffrè, 1942, p. 12. Tradução livre de: “Gli elementi che caratterizzano l’autonomia in senso lato sono: il potere di autodeterminazione del soggetto di autonomia, che si concreta nella potestà di emanare norme giuridiche o, per lo meno, di concorrere alla formazione di esse; la complementarietà di tale potere, che presuppone norme giuridiche primarie che lo costituiscono e lo limitano”

Para Karl Larenz, a autonomia consiste na “possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares pelo ordenamento jurídico, de regular suas relações dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos.”<sup>464</sup>

No entendimento de Norberto Bobbio, o conceito de autonomia remete a um conjunto de normas no qual “o legislador e o executor se identificam”. Segundo o autor:

No direito privado, fala-se em esfera da *autonomia privada* para indicar a regulamentação de comportamentos que os cidadãos dão a si mesmos, independentemente do poder público. Podemos entender um contrato como uma norma autônoma, no sentido que é uma regra de conduta que deriva da mesma vontade das pessoas que se submetem a ela. Em um contrato, aqueles que estabelecem regras e aqueles que devem segui-las são as mesmas pessoas.<sup>465</sup>

A autonomia privada, segundo Luigi Ferri, é o poder normativo do qual decorre o negócio jurídico, que por sua vez, veicula normas jurídicas. O autor italiano ensina que:

A lei, o regulamento, o negócio jurídico (a lista não pretende ser completa) são, pois, fontes normativas, isto é, modos de manifestação das normas jurídicas; a elas correspondem respectivamente o poder legislativo, o poder de emanar regulamentos e o poder de criar normas negociais, que nós indicamos com a expressão ‘autonomia privada’.<sup>466</sup>

---

<sup>464</sup> LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. *Apud* SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007, p.112.

<sup>465</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**, p. 91.

<sup>466</sup> FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Traducción y notas de Derecho español por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 10. Tradução livre de: “La ley, el reglamento, el negocio jurídico (la lista no pretende ser completa) son, pues, fuentes normativas, esto es, modos de manifestación de normas jurídicas; a ellas corresponden respectivamente el poder legislativo, el poder de emanar reglamentos y el poder de crear normas negociales, que nosotros indicamos con la expresión ‘autonomía privada’”

Para o autor, admitindo-se que o negócio jurídico é uma fonte normativa, dá-se um passo decisivo para a solução do problema da autonomia privada. Esta se converte no poder, atribuído pela lei aos particulares, de criar normas jurídicas.<sup>467</sup>

A autonomia privada “não é um poder originário ou soberano”, no entendimento de Luigi Ferri. A autormina privada, leciona o autor:

É um poder conferido aos indivíduos por uma norma superior, que regula sua atuação, estabelecendo encargos e limitações. Na lei vemos a fonte de validade da norma negocial. A lei, do mesmo modo que pode ampliar o campo no qual atua a autonomia privada, pode também restringi-lo. A lei pode inclusive, intervindo posteriormente, modificar o conteúdo de uma norma negocial já estabelecida. Embora sejam excepcionais, estas intervenções da lei tem sua justificação formal na superioridade da fonte legislativa sobre a negocial.<sup>468</sup>

Muitas das resistências em admitir que o negócio é fonte normativa fundam-se no esquecimento da hierarquia das fontes normativas, alerta Ferri. Todavia, ao se afirmar a normatividade do negócio, considera o autor, não se pretende parificá-lo à lei que, certamente, é uma fonte superior, embora, também seja fonte derivada.<sup>469</sup>

Na mesma linha de entendimento, Francisco dos Santos Amaral Neto assevera:

Sob o ponto de vista técnico, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular, traduzido na possibilidade do sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas

---

<sup>467</sup> *Idem, ibidem*, p. 42. Tradução livre de: “Admitiendo el principio de que el negocio es fuente normativa, de que tiene un contenido de normas jurídicas, se da un paso decisivo hacia la solución del problema de la autonomía privada. Esta se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas.”

<sup>468</sup> *Idem, ibidem*, p.51-52. Tradução livre de: “La autonomía privada no es un poder originário o soberano. Es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actua la autonomía privada, puede también restringirlo. La ley puede incluso, interviniendo posteriormente, modificar el contenido de una norma negocial ya establecida. Aunque sean excepcionales, estas intervenciones de la ley tienen su justificación formal en la superioridad de la fuente legislativa sobre la negocial”.

<sup>469</sup> *Idem, ibidem*, p. 52. Tradução livre: “Muchas de las resistencias a admitir que el negocio es fuente normativa estriban, repito, en el olvido de la ordenación jerárquica de las fuentes. Nadie, al afirmar la normatividad del negocio, pretende parificarlo a la ley, que es, ciertamente, fuente superior respecto del negocio (aunque tampoco ella, al menos la ordinaria, sea manifestación de poder originario).”

próprias ou de outrem. Tal poder não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse fica, limites crescentes pelo aumento das funções estatais, em virtude da passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista e assistencial.<sup>470</sup> As normas jurídicas não nascem do nada. Eles (sic) sempre resultam de um processo de constituição e positivação do Direito, em que se destacam os atos praticados pelos sujeitos no exercício do poder jurídico que o sistema lhe confere.<sup>471</sup>

O fundamento da autonomia privada na Constituição Brasileira de 1988 lastreia-se especialmente no art. 1º, IV, que veicula o princípio fundamental da livre iniciativa. Assim como no art. 5º, II, a contrário, que veicula o princípio da autonomia das pessoas em espaços não regulados por lei estrita, no art. 170, *caput*, que impõe como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano e tem como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Além disso, a autonomia privada também se funda nos incisos II e III, do mesmo art. 170, da CF/88, que prescreve o princípio da propriedade privada socialmente funcionalizada.<sup>472,473</sup>

Os referidos princípios se amalgamam e permitem às pessoas o auto-regramento, porém condicionam esta capacidade ao cumprimento da carga axiológica neles veiculadas.

Por esta razão, Maria Celina Bodin de Moraes considera que a liberdade privada mudou, pois,

---

<sup>470</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *In Revista de Direito Civil*, São Paulo, ano 12, n. 46, out., 1988, p. 11.

<sup>471</sup> *Idem, ibidem*, p. 11.

<sup>472</sup> Segundo Egon Bockmann Moreira: “Será *legítima* a liberdade de iniciativa quando exercida e desenvolvida segundo os parâmetros da justiça social e com escopos que atendam à exigência da existência digna do ser humano (tanto em sentido positivo como em sentido negativo). Tal como as demais liberdades, o exercício da livre-iniciativa econômica é condicionado no sistema da Constituição Econômica Brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, esta deve ser orientada na direção do princípio da função social, para, ao mesmo tempo em que dá concretude aos legítimos interesses privados do investidor, realizar o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social.”. MOREIRA, Bockmann Egon. Reflexões a propósito dos princípios da livre-iniciativa e da função social. *In TIMM, Luciano Benetti et all* (coord.). **Função social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 245.

<sup>473</sup> Sobre a função social da propriedade, consultar também: MASSIMO BIANCA, Cesare. **Diritto Civile**. Milano: Giuffrè, 1999, (La proprietà, v. 6) p. 170.

encontra-se hoje circunscrita por todos os lados, contida em limites estritamente diversos, a começar pelos valores constitucionais, dentre os quais primam a solidariedade e a dignidade.<sup>474</sup> Não é o fim da autonomia contratual, mas sua sobrevivência depende da adequação a uma nova realidade sócio-econômica. Especialmente, aos ditames constitucionais, onde a livre iniciativa é submetida à satisfação de uma exigência digna e à justiça social.<sup>475</sup>

Corroboram o entendimento acima, as lições de Pietro Perlingieri que, ao tratar da autonomia privada negocial, considera que a mesma não tem fundamento único ou identificado apenas com a iniciativa econômica privada. Segundo o autor, a autonomia privada funda suas raízes em princípios constitucionais diversos.<sup>476</sup>

O autor considera viciada a abordagem de configuração da autonomia privada negocial “como um valor em si mesmo”, e tudo o que é destinado a especificá-la como um limite externo e excepcional.<sup>477</sup> Para Pietro Perlingieri:

A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, de outro.<sup>478</sup> Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional.<sup>479</sup>

---

<sup>474</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *In* **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, vol. 21, jan./mar., 2005, p.101.

<sup>475</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. São Paulo: Renovar, 2009, p. 92.

<sup>476</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 292.

<sup>477</sup> *Idem, ibidem*, p. 292.

<sup>478</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 278.

<sup>479</sup> *Idem, ibidem*, p. 280.

Também para Orlando Gomes, a liberdade de contratar, base da autonomia privada, não é ilimitada. Segundo o autor, duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na:

*a ordem pública e os bons costumes.* Entendia-se, como ainda se pensa, que a pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contanto que não transponham esses limites.<sup>480</sup> Os contratos que têm causa contrária a lei de ordem pública e aos bons costumes são *nulos*. Declarando-os inválidos, o ordenamento jurídico estatui, por esse modo, limitações de ordem geral à *liberdade de contratar*. Em conseqüência, firma-se o princípio de que toda declaração de vontade produz o efeito desejado, se lícita por sua *causa*.<sup>481</sup>

Pelo exposto, é imperativo compreender que a Constituição de 1988, no trato da livre iniciativa e da autonomia privada, buscou criar um equilíbrio entre estas e os valores sociais e existenciais. Note-se que, no art. 1º, consta como um dos fundamentos da República a livre iniciativa, mas esta foi temperada com o reconhecimento do valor social do trabalho (inciso IV). No art. 170, que trata da ordem econômica, o constituinte voltou a prescrever a livre iniciativa, mas igualmente tornou a condicioná-la à valorização do trabalho humano, bem como fixou como finalidade de ambos o asseguramento de uma existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social. Daí dizer, então, que o regime econômico constitucional é o capitalista, mas com a temperança prescrita no art. 1º, III, art. 3º e nos incisos III, V, VI, VII e VIII, do art. 170, da CF/88.

É nesta linha que se baseia Francisco dos Santos ao asseverar que a autonomia privada possui uma função social.<sup>482</sup> E a noção de função sempre foi “entrelaçada com a disposição de um poder para satisfazer os interesses do outro.”<sup>483</sup>

Para Ricardo Luis Lorenzetti, a função substancialmente “trata-se de uma missão, uma atividade que é ‘funcionalizada’ ao se conferir a ela uma série de características

---

<sup>480</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 27.

<sup>481</sup> *Idem, ibidem*, p. 29. Grifos no original

<sup>482</sup> A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *In Revista de Direito Civil*, São Paulo, ano 12, n. 46, out., 1988, p. 21

<sup>483</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 330-331.

formais”. Diz-se então que a funcionalização é um instrumento para se alcançar finalidades.<sup>484</sup>

E, na Constituição Federal de 1988, embora não tenha havido uma redução quantitativa dos espaços de atuação da autonomia privada, houve uma alteração qualitativa de cada um dos institutos a ela relativos, sem que com isso tenha se pretendido reduzir da autonomia, suas prerrogativas e responsabilidades.<sup>485</sup>

Para Rose Melo Vencelau Meireles, a autonomia privada “passou a ser conceito promocional de valores”, mormente, daqueles “que fazem parte do projeto constitucional, quais sejam, os princípios da igualdade, da solidariedade, dignidade e justiça social.”<sup>486</sup>

É desta autonomia privada, constitucionalmente reconfigurada, que deriva o conceito de autonomia privada coletiva<sup>487</sup>: o poder atribuído pelo Texto Constitucional aos sujeitos coletivos trabalhistas para se autodeterminarem por meio de normas jurídicas coletivas trabalhistas.

A autonomia privada coletiva, também chamada neste estudo de poder normativo coletivo, é uma das dimensões do direito fundamental de liberdade sindical<sup>488</sup> e personifica a capacidade atribuída aos sujeitos coletivos trabalhistas para a

---

<sup>484</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 330-331.

<sup>485</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *In Stvdia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 48, Coimbra Editora, 2001, p. 341.

<sup>486</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. São Paulo: Renovar, 2009, p. 90.

<sup>487</sup> Sobre a autonomia privada coletiva, além de outros autores já mencionados, consultar: PERSIANI, Mattia. **Saggio sull'autonomia privata collettiva**. Padova: CEDAM, 1972; SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. *In Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 26, n. 97, 2000, p. 27-39; FERRARO, Giuseppe. **Autonomia e poteri nel diritto del lavoro**. Padova: CEDAM, 1992, p. 42 e ss; SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A autonomia privada como fonte de normas jurídicas trabalhistas. *In Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 44, ano 8, jul/ago., 1983, p. 64-71; GIUGNI, Gino. **Introduzione allo studio della autonomia collettiva**. Milano: Giuffrè, 1960; SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. *In Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, vol. 102, jan./dez., 2007, p. 135-159.

<sup>488</sup> Segundo Lais Corrêa de Mello, a autonomia coletiva “constitui uma das dimensões da liberdade sindical”. MELLO, Lais Corrêa de. **Liberdade sindical na Constituição Brasileira**. São Paulo: LTr, 2005, p. 81. Na mesma esteira, Ari Possidonio Beltran considera que a autonomia coletiva é a pedra angular das relações coletivas, significando o poder que tem os grupos organizados de representação visando a solução direta dos próprios interesses (*apud* Lais Corrêa de Mello, p. 81)

produção de normas jurídicas convencionais laborais, de natureza geral, abstrata, vinculante para os membros das categorias convenientes e garantida pela tutela executiva forçada estatal.

Esta atribuição de capacidade é decorrente do Texto Constitucional e, a partir deste,<sup>489</sup> os sujeitos coletivos trabalhistas possuem permissão constitucional para permitir, obrigar ou proibir, com vistas à criação de direitos sociais trabalhistas novos, à efetivação dos direitos trabalhistas já existentes e, como consequência, à melhoria da condição social do trabalhador (art.7º, *caput*, última parte).<sup>490</sup>

Esta liberdade para criar normas trabalhistas é destacada por Magano:

A autonomia sindical é típica: o seu âmbito está circunscrito pela ordem estatal, mas de nenhum modo se vai afirmar que a sua atuação representa mera concreção ou individuação daquela, impondo-se, ao contrário, a conclusão de que a autonomia implica a possibilidade de criação de normas jurídicas próprias, não identificáveis com as de ordem estatal.<sup>491</sup>

Para Amauri Mascaro do Nascimento, a “autonomia normativa não significa soberania perante o Estado, nem sobreposição de uma ordem jurídica paralela e à

---

<sup>489</sup> Magano considera que: “A palavra autonomia possui vários significados. O mais amplo e genérico é o que a define como possibilidade de autodeterminação. Nesse sentido, ela se confunde com soberania. Num sentido mais estrito, a autonomia consiste na possibilidade de autodeterminação, sujeita, porém, a limitações.” MAGANO, Octávio Bueno. **Organização sindical brasileira**. São Paulo: RT, 1982, p. 63.

<sup>490</sup> No RE n. 194.662, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu a prevalência da parte final do art. 7º, da CF/88, que prescreve a melhoria da condição social do trabalhador como uma finalidade para o exercício do poder normativo trabalhista, senão vejamos: “SALÁRIOS - REPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO - CLÁUSULA DE GARANTIA EM CONVENÇÃO COLETIVA. O contrato coletivo, na espécie “convenção”, celebrado nos moldes da legislação em vigor e sem que se possa falar em vício na manifestação de vontade das categorias profissional e econômica envolvidas, encerra ato jurídico perfeito e acabado, cujo alcance não permite dúvidas no que as partes previram, sob o título “Garantia de Reajuste”, que política salarial superveniente menos favorável aos trabalhadores não seria observada, havendo de se aplicar, em qualquer hipótese, fator de atualização correspondente a noventa por cento do Índice de Preços ao Consumidor - IPC. Insistência da mudança de índice de correção, passados seis meses e ante lei que, em meio a nova sistemática, sinalizou a possibilidade de empregado e empregador afastá-la, no campo da livre negociação. (RE 194662, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 18/09/2001, DJ 19-04-2002 PP-00059 EMENT VOL-02065-04 PP-00773). Por outro lado, ressalvando a possibilidade de política salarial posterior, fixada por lei que veicule interesse público (e não apenas de dada categoria), ser aplicada a partir da data de sua publicação, em detrimento de ato normativo convencional, as seguintes decisões da referida Corte: RE 202.686 e RE 158.880.

<sup>491</sup> MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**: direito coletivo do trabalho. Vol. III, São Paulo: LTr, 1980, p. 129.

margem da ordem jurídica estatal, mas um componente desta, por ela autorizado nas constituições dos países.”<sup>492,493</sup>

A delimitação da liberdade normativa sindical não é feita pelo Estado – que está constitucionalmente proibido de intervir e interferir nas entidades sindicais – mas pela Constituição.

Na linha do já apresentado neste estudo, para Otávio Brito Lopes:

O primeiro limite constitucional à negociação coletiva é o próprio art. 7º da Constituição Federal, que constitucionaliza praticamente todos os principais institutos do direito do trabalho e impõe, com regra, uma legislação protetiva (vide "caput" do art. 7º). A redução do terreno negocial é flagrante e incontestável.<sup>494</sup>

Outra limitação constitucional à autonomia privada, segundo o referido autor, “decorre da existência de garantias, direitos e princípios constitucionais inderrogáveis, tanto pelo legislador infraconstitucional quanto pela autonomia privada coletiva.”<sup>495</sup>

A autonomia privada coletiva, na Constituição Brasileira de 1988, de forma geral, funda-se no princípio da livre iniciativa do art. 1º, IV, e demais fundamentais acima expostos, mas, de forma específica, funda-se no art. 7º, segunda e última partes e inciso XXVI, no art. 8º, III e VI, e, nos direitos fundamentais sociais trabalhistas (art. 7º a 11), todos sob o norte dos princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho humano, veiculados pelos art. 1º, III e IV, primeira parte.

---

<sup>492</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascado do. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1981, vol. II, p. 205.

<sup>493</sup> Na lição de Pedro Vidal Neto: “A autonomia é, sempre, um poder de decisão em determinada esfera de competência. A ampliação de sua área aumenta seu perímetro mas não pode remover seus limites”. VIDAL NETO, Pedro. **Do poder normativo da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1983, p. 157.

<sup>494</sup> LOPES, Otávio Brito. Limites Constitucionais à Negociação Coletiva. *In Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, n. 9, fev., 2000. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_09/neg\\_coletiva\\_Otavio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm). Acesso em 26/01/2011.

<sup>495</sup> LOPES, Otávio Brito. Limites Constitucionais à Negociação Coletiva. *In Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, n. 9, fev., 2000. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_09/neg\\_coletiva\\_Otavio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm). Acesso em 26/01/2011.

Em função de, numa relação jurídica de trabalho subordinado, o poder diretivo do empregador ter potencial para atingir tanto interesses laborais patrimoniais quanto existenciais, a autonomia coletiva privada pode defender ambos. E, na lição de Perlingieri, a negociação que tiver por objeto regular situações subjetivas não patrimoniais, ou seja, de natureza pessoal ou existencial, “deve ser colocada em relação à cláusula geral da pessoa humana.”<sup>496</sup>

Dentre os bens não patrimoniais trabalhistas passíveis de regulamentação pelo poder normativo coletivo está o direito à não discriminação e à igualdade de oportunidades prescrito nos incisos XX, XXX, XXXI e XXXIII, do art. 7º, da CF/88, cujo conteúdo será melhor analisado em tópico específico.

Como um dos mecanismos de produção normativa que regula parte da ordem econômica, a autonomia privada coletiva tem seu fundamento no art. 1º, III e IV, no 7º, *caput* e incisos - com destaque para o inciso XXVI -, no 8º, III, VI, demais direitos fundamentais, e no art. 170, III, V, VI, VII e VIII, todos da CF/88.

A autonomia privada coletiva, como fonte de normas jurídicas trabalhistas, é derivada do ordenamento jurídico constitucional e a este está submetida. Esta assertiva é verdadeira mesmo na presença do princípio da norma mais benéfica que decorre do princípio protetor.

O referido princípio, como demonstrado anteriormente, encontra-se prescrito no art. 7º, *caput*, parte final, e condiciona a hierarquia das normas trabalhistas. Se a norma convencional, fruto da autonomia privada coletiva, for mais benéfica ao trabalhador prevalecerá sobre as demais normas presentes no ordenamento jurídico, inclusive as de hierarquia constitucional. Porém isso ocorre não por sua força originária própria das normas coletivas convencionais, mas pelo permissivo contido no dispositivo constitucional em epígrafe.

---

<sup>496</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 97.

O texto constitucional prescreve às entidades sindicais um exercício condicionado do poder normativo com vista a um objetivo específico: a melhoria das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores – princípio da proteção (art. 7º, *caput*, 2ª parte).

Em função destes condicionamentos afirma-se que há um dever de defesa, ou, de proteção, das entidades sindicais em relação aos seus representados, individual (homogêneo) ou coletivamente considerados. Esta finalidade protetiva está implícita no poder normativo coletivo trabalhista. Sem aquela, este não existe. O poder prescrito e atribuído ao sindicato, no ordenamento constitucional brasileiro, ocupa a posição de fonte de normas, considerando-se o dever de proteção e de defesa prescritos no art. 7º, *caput*, e no art. 8º, III e VI, da CF/88.

Assim como o constituinte fixou diretrizes para o exercício das competências legislativas, especialmente no que toca aos direitos fundamentais e o dever de implementá-los, ao prescrever o poder normativo aos sindicatos indicou-lhe um campo de atuação, sob diretrizes constitucionais, pois a defesa de seus representados é a sua razão ontológica e anterior ao próprio dever-ser.

O fundamento material da atribuição do referido poder normativo aos sindicatos está em que o mundo do trabalho é cheio de peculiaridades. Cada função profissional guarda características próprias, que demandam regramentos igualmente próprios. Partindo deste pressuposto material e das dificuldades que isso implicaria para a função legiferante estatal, o constituinte atribuiu ao sindicato o poder normativo para açambarcar, cada um em seu setor de representação, as especificidades de cada categoria profissional, bem como melhorar as condições sociais dos trabalhadores.

#### **4.4 O poder normativo coletivo e a redução dos direitos sociais trabalhistas**

Além do art. 8º, III e VI e do art. 7º, XXVI, que conferem a condição de fonte atribuída ou fonte derivada ao poder normativo coletivo,<sup>497</sup> este também se baliza

---

<sup>497</sup> SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. *In Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 26, n. 97, 2000, p. 27-39.

negativamente pelas normas constitucionais que conferem direitos fundamentais sociais aos trabalhadores, e baliza-se positivamente pelos incisos VI, XIII e XXIV, do art. 7º, cujos textos se transcreve, *in verbis*:

Art. 7º(*omissis*)

(...)

VI - irredutibilidade do salário, *salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*;

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, *mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*;

(...)

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

(...)

Cada um dos incisos acima veicula normas de estruturas especiais, que parecem despiciendas frente ao fundamento geral supra referido. Todavia, o que se percebe da leitura contextual dos dispositivos é que eles atribuem aos sindicatos uma permissão negocial mais ampla, nos casos que regulam. E como estas normas excepcionam, em certa medida, o próprio princípio protetor, prescrito no art. 7º, *caput*, parte final, são muito relevantes inclusive para confirmá-lo.

Em situações justificáveis, durante as negociações coletivas, os sindicatos laborais devem ponderar e pesar os bens jurídicos que estão em jogo, bem como avaliar qual deles merece, no caso concreto, maior ou menor proteção convencional. Por exemplo, há circunstâncias pré-jurídicas (fáticas) que obrigam uma maior flexibilidade à remuneração e à jornada de trabalho, face à manutenção de maior número de postos de emprego.<sup>498</sup>

---

<sup>498</sup> No entendimento de Cesarino Junior e Marly A. Cardone: "A flexibilidade nas relações trabalhistas é um traço moderno, que permite a adequação dos direitos e deveres à conjuntura. O rigor que existia no direito brasileiro nesta matéria da irredutibilidade salarial levava a situações de maior prejuízo para o trabalhador. Em época de recessão econômica é preferível ao trabalhador manter seu emprego com o salário reduzido, do que perdê-lo." CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira; CARDONE, Marly A.. **Direito social**: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho e direito protecionista do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993, v.1, p. 87.

Em função disso, a Constituição deferiu, ao bom juízo dos sindicatos, o poder para redução ponderada de salários e compensação de jornada de trabalho – observados os parâmetros de higiene e de saúde – se tais medidas contribuírem para a máxima eficácia (no caso concreto) do princípio do pleno emprego, prescrito no art. 170, VIII, da C/88.

Neste sentido o magistério de Otávio Brito:

Como regra geral, as condições mínimas de trabalho previstas na CF são inderrogáveis pela vontade das partes, mesmo na esfera da autonomia privada coletiva”. Porém, segundo o autor, a Constituição abriu exceções a esta regra ao permitir a flexibilização das condições de trabalho no art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, e, com elas “teve por escopo a tutela do emprego.<sup>499,500</sup>

As referidas exceções, segundo Otávio Brito Lopes, justificam-se no fato de que,

o emprego é o principal bem jurídico da relação empregatícia, não só pelo ser valor para cada trabalhador individualmente, mas para a sociedade como um todo. O salário, a limitação da jornada e quejandos assumem diante do emprego um papel secundário, pois não subsistem isoladamente.” Na lição do autor, a Constituição “reconhece que o emprego é o bem jurídico mais importante da relação empregatícia, e deve ser tutelado, ainda que para tanto seja necessário reduzir o salário. Parece lógico que, para a coletividade de trabalhadores, mais vale um emprego, embora com salário menor, na expectativa de superação da crise na empresa ou no setor econômico, que emprego algum e salário nenhum.<sup>501</sup>

---

<sup>499</sup> LOPES, Otávio Brito. Limites Constitucionais à Negociação Coletiva. *In Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, n. 9, fev., 2000. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_09/neg\\_coletiva\\_Otavio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm). Acesso em 26/01/2011.

<sup>500</sup> Segundo Renato de Souza Resende: “A continuidade do vínculo de emprego interessa não só ao empregado individualmente, mas a toda a sociedade”. RESENDE, Renato de Souza. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. *In PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 106.

<sup>501</sup> LOPES, *ibidem*.

Quando a Constituição dispôs sobre a flexibilização e aludiu expressamente e apenas ao salário (inegavelmente, um dos bens jurídicos mais importantes para o empregado, depois do próprio emprego) e à limitação da jornada de trabalho (interesse também dos mais importantes para a classe trabalhadora) – considera Otávio Brito Lopes:

é porque são justamente os direitos com densidade suficiente para alcançar o desiderato pretendido: redução dos custos da empresa e salvamento do emprego. Outros direitos de cunho não pecuniário não teriam o condão de atingir o fim colimado (tutela do pleno emprego). De outro modo, haveria uma incoerência na Constituição, que consagra o princípio do trabalho protegido por um rol mínimo de direitos, para, logo em seguida, dizer que esse mínimo não é o piso, mas sim, outro que decorrer da negociação coletiva. A flexibilização existe para proteger o emprego do trabalhador, e não para pura e simplesmente subtrair-lhe o piso de direitos estabelecido na Constituição. Seu escopo não é a redução de salários ou a majoração da jornada de trabalho, e sim a tutela do emprego, sem o qual não há falar em salário ou limitação da jornada de trabalho. Se a inflexibilidade, da proteção do 'caput' do art. 7º, diante das crises, gerasse o desemprego, é óbvio que não se trataria de proteção, mas da negação da própria Constituição.<sup>502</sup>

Por outro lado, as permissões contidas nos incisos VI, XIII e XIV, do art. 7º, não afastam a necessidade de ponderação e de cumprimento dos princípios contidos: no art. 1º, incisos III (dignidade da pessoa humana) e IV (valor social do trabalho); no art. 3º, incisos I (construção de uma sociedade livre, justa e solidária), III (erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais...) e IV (promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); no art. 7º, incisos XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil), XXXI (proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência) e XXXII (proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos).

---

<sup>502</sup> LOPES, Otávio Brito. Limites Constitucionais à Negociação Coletiva. In **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 1, n. 9, fev., 2000. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_09/neg\\_coletiva\\_Otavio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm). Acesso em 26/01/2011.

Assim como não afasta a necessidade da mesma ponderação aos princípios prescritos no art. 170, *caput* (valorização do trabalho humano, existência digna e da justiça social), nos incisos II (função social da propriedade) e VI (meio ambiente do trabalho), e, especialmente no inciso VIII (pleno emprego), todos da Constituição Federal de 1988.

#### **4.5.O poder normativo coletivo e sua subordinação à Constituição**

As normas jurídicas produzidas por sujeitos coletivos trabalhistas, no Brasil, subordinam-se à Constituição Federal. O reconhecimento daquelas normas pelo texto constitucional encontra-se prescrito no art. 7º, XXVI, da CF/88:

Art. 7º. São direitos do trabalhador urbano e rural (...):

(...)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

(...)

Pelo dispositivo transcrito, conjugado a outros já analisados anteriormente, a Constituição atribui aos sujeitos coletivos de trabalho um vasto poder para melhorar a condição social do trabalhador, reconhece a limitação do legislador estatal para conhecer, discutir e perseguir melhores condições de vida e trabalho para cada segmento ou conjunto profissional e/ou econômico, bem como “exclui”, parcialmente, as matérias trabalhistas de seu âmbito de produção normativa.

Note-se, todavia, que esta exclusão, juridicamente, não ocorre. O legislador federal trabalhista continua tendo plena liberdade legislativa a respeito de todos os assuntos laborais, porém, para melhor albergue e ponderação dos interesses profissionais e econômicos concretamente considerados, o constituinte deixou – de forma cumulada<sup>503</sup> – para os próprios interessados, reunidos sindicalmente, a

---

<sup>503</sup> Esta cumulação fica evidente nas decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a legislação superveniente que altera a política salarial fixada em norma coletiva de trabalho não viola o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ou seja, o ato legislativo produzido pelo

normatização de seus interesses, nos limites fixados pelo próprio texto constitucional.

A construção do sentido do termo *reconhecimento*, prescrito no inciso XXVI, do art. 7º, é feita com base no *caput* e demais incisos do mesmo artigo, no art. 8º a 11 e no art. 1º, III, no art. 170 e incisos, todos da CF/88.

Pelo reconhecimento em questão, o ordenamento estatal valida as normas coletivas de trabalho e lhes dá garantia de execução. Com o cumprimento dos requisitos para sua produção, a norma jurídica convencional passa a ser direito válido e vigente para o período que assinalar e os membros das categorias representadas estarão obrigados à sua aplicação, sob pena de execução forçada.

Hans Kelsen, em artigo publicado em 1944, denominou os instrumentos convencionais trabalhistas – produto da autonomia coletiva privada – como convenções coletivas de direito social. Na análise de tais instrumentos o autor destacou que a possibilidade de as normas prescritas nos mesmos atingirem trabalhadores não-filiados aos sindicatos convenientes é uma limitação ao aspecto convencional dos mesmos. Hans Kelsen leciona que:

o princípio segundo o qual a convenção (ou a norma por ela estabelecida) não pode engendrar direitos e obrigações a não ser para os sujeitos que manifestam a sua vontade no momento da conclusão, encontra-se limitado, de maneira muito especial, em uma categoria de contratos que têm adquirido nos últimos tempos, uma importância sempre maior: as 'convenções coletivas' do direito social.<sup>504</sup>

Segundo Hans Kelsen:

Essas convenções representam, de maneira bastante clara, um grau intermediário entre o ato jurídico e a lei, não somente por estabelecer

---

Poder Legislativo pode suceder validamente atos normativos convencionais. Cf. STF, RE 593.126-AgR, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 10-2-2009, 2ª Turma, DJE de 13-3-2009.

<sup>504</sup> KELSEN, Hans. A convenção coletiva do direito social. In **Revista do Trabalho**, Rio de Janeiro, n. 560, out., 1944, p. 8.

normas gerais na forma convencional, mas também por ser nelas o princípio da autonomia, típico para o ato jurídico, relegado decididamente a um segundo plano pelo princípio da heteronomia, característico para a lei.<sup>505</sup> E a convenção coletiva ainda é uma convenção mesmo quando estabelece obrigações e direitos a respeito de pessoas diferentes daquelas que a tem celebrado.<sup>506</sup>

Não obstante a procedência alienígena das lições expostas, estas têm aplicação ao direito brasileiro, uma vez que do conceito constitucional de *categoria*, do qual decorre o conceito de representação legal, assim como a incidência de normas jurídicas coletivas em relações jurídicas trabalhistas firmadas por trabalhadores e empregadores não representados voluntariamente pelos sindicatos que pactuaram as mesmas.

Esta incidência é automática, a partir do depósito do instrumento coletivo de trabalho no Ministério do Trabalho e Emprego e decurso do prazo prescrito em lei. Caso os contratantes não apliquem as referidas normas jurídicas coletivas, a parte prejudicada poderá executar a vontade da mesma, por intermédio do aparelhamento estatal. Neste sentido a lição de Mozart Victor Russomano, “o efeito da inobservância da convenção é o mesmo do descumprimento da lei.”<sup>507</sup>

Neste sentido, também é pertinente o posicionamento adotado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, às fls 239, dos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.852:

As convenções coletivas, os contratos ou acordos criam normas gerais que atingem toda uma coletividade. Por isso mesmo, tenho sustentado, em numerosos recursos extraordinários trabalhistas, que a eventual contrariedade, em decisão individual, a acordo coletivo, não há de ser atacada, com base na cláusula da coisa julgada, mas na cláusula de

---

<sup>505</sup> KELSEN, Hans. A convenção coletiva do direito social. In **Revista do Trabalho**, Rio de Janeiro, n. 560, out., 1944, p. 8.

<sup>506</sup> *Idem, ibidem*, p. 8.

<sup>507</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 196.

violação de lei, porque se trata de um típico ato normativo, embora estabelecido por forma convencional coletiva.<sup>508</sup>

Do ponto de vista do conteúdo a ser regulado pelo poder normativo coletivo impera a liberdade para normar, sob o norte da melhoria da condição social do trabalhador, do respeito aos direitos fundamentais trabalhistas constitucionalmente prescritos, e da necessidade de ponderação dos princípios fundamentais e dos princípios econômicos.

---

<sup>508</sup> A ementa do julgado em questão restou assim redigida: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO: ATRIBUIÇÕES. LEGITIMAÇÃO ATIVA: DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATO, ACORDO COLETIVO OU CONVENÇÃO COLETIVA. Lei Complementar nº 75, de 20.5.93, art. 83, IV. C.F., art. 128, § 5º e 129, IX. I. - A atribuição conferida ao Ministério Público do Trabalho, no art. 83, IV, da Lei Complementar nº 75/93 - propor as ações coletivas para a declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores - compatibiliza-se com o que dispõe a Constituição Federal no art. 128, § 5º e art. 129, IX. II.- Constitucionalidade do art. 83, IV, da Lei Complementar nº 75, de 1993. ADI julgada improcedente.(STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1852, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2002, DJ 21-11-2003 p. 00007).

## **5 AÇÕES AFIRMATIVAS TRABALHISTAS: MECANISMOS PARA DENSIFICAÇÃO DOS DIREITOS À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO**

### **5.1 Considerações iniciais.**

Nas seções anteriores viu-se que, os sujeitos coletivos laborais têm o dever constitucional de defender os interesses individuais homogêneos e coletivos dos membros de suas categorias profissionais. Sendo que este dever de defesa está prescrito no art. 8º, inc. III e inc. VI, da Constituição.

Demonstrou-se, ainda, que este último inciso também impõe ao sindicato laboral o dever de empreender ações negociais diversas, capazes de motivar o sujeito coletivo contrário, a convencionar normas jurídicas que representem os interesses de sua categoria profissional. Também foi ressaltado que, em função da natureza jurídica do poder normativo coletivo, tal dever constitucional refere-se à negociação, mas não atinge o convencionamento.

Também se constatou que, no exercício do poder normativo coletivo trabalhista, os sindicatos têm ampla autorização constitucional para criar normas jurídicas convencionais, com vistas a melhorar as condições de vida dos trabalhadores e dentro dos moldes constitucionais.

Partindo-se destes pressupostos e de relatórios e estudos elaborados por órgãos nacionais e internacionais, verificou-se que, dentre os interesses individuais homogêneos passíveis de defesa pelos sindicatos laborais, estão aqueles comportamentos patronais capazes de dar mais efetividade ao direito à igualdade de oportunidades e à não discriminação no trabalho, contido no inciso XXX e nos incisos XX, XXXI e XXXIII, do art. 7º, da CF/88.

Neste capítulo pretende-se demonstrar que a ação afirmativa, também chamada de medida especial temporária, é um mecanismo jurídico que pode prescrever e

veicular comportamentos patronais capazes de conferir maior eficácia ao direito à não discriminação trabalhista e à igualdade de oportunidades.

A escolha deste interesse individual homogêneo trabalhista, para o desenvolvimento deste item, justifica-se no fato de que, apesar das proibições veiculadas pelos incisos constitucionais citados, segundo relatórios da Organização das Nações Unidas (ONU), da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da Organização dos Estados Americanos (OEA),<sup>509,510,511</sup> há forte discriminação no mercado de trabalho brasileiro.

Antes de adentrar ao tema *ações afirmativas*, faz-se necessário identificar, no ordenamento jurídico brasileiro, o que se entende por discriminação trabalhista.

O conceito de *discriminação*<sup>512</sup> no emprego ou profissão consta da Convenção n. 111, da Organização Internacional do Trabalho, internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 62.150/68.<sup>513</sup> O art. 1º, da referida Convenção, prescreve:

---

<sup>509</sup> Organização das Nações Unidas. **Relatório do desenvolvimento humano 2010**: Medidas inovadoras registram o impacto da pobreza, do gênero e da desigualdade. Disponível em <<http://www.pnud.org.br> e <http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/BRA.html>>. Acesso em 04/11/10.

<sup>510</sup> Organização Internacional do Trabalho. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2010). **Igualdad de oportunidades y de trato**. Documento n. 062010BRA111. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2010.htm>. Acesso em 01/11/10.

<sup>511</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos, CIDH/OEA, Caso 12.001, Relatório 66/06. Disponível em <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>. Acesso em 26/10/10.

<sup>512</sup> O conteúdo semântico do termo discriminação não se confunde com aqueles relativos aos termos: *estereótipo* e *preconceito*. Estereótipo significa uma espécie de *carimbo*. “Uma vez ‘carimbados’ os membros de determinado grupo como possuidores deste ou daquele ‘atributo’, as pessoas deixam de avaliar os membros desses grupos pelas suas reais qualidades e passam a julgá-los pelo carimbo. Exemplo: todo judeu é sovina; todo japonês é introspectivo; todo português é burro; todo negro é ladrão.” (Programa Nacional de Direitos Humanos. **Brasil. Gênero e raça**: todos pela igualdade de oportunidades: teoria e prática. Brasília: MTb, Assessoria, 1998, p. 15-16.). Já o preconceito é um prejulgamento, de natureza negativa, baseada em estereótipos.

<sup>513</sup> Como se verá mais adiante, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher permitem conceituar o termo *discriminação*. Todavia, em função da especialidade trabalhista, opta-se, neste ponto, pelo texto da Convenção n. 111, da Organização Internacional do Trabalho.

Art.1º. 1 - Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que *tenha por efeito* destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção; exclusão ou preferência *que tenha por efeito* destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão (...).

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em *qualificações* exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente Convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o *acesso à formação* profissional, *ao emprego* e *às diferentes profissões*, bem como as *condições de emprego*.<sup>514</sup>

A Convenção n. 111 fixa o conceito de discriminação negativa partindo de alguns elementos: 1) um ato humano qualquer, 2) realizado conforme os critérios nela proibidos, 3) cujo efeito é a destruição ou alteração da igualdade de oportunidades ou de tratamento entre pessoas, em matéria de acesso à formação profissional e ao emprego,<sup>515</sup> às diferentes profissões e às condições de emprego.

Note-se que o art. 1º, alíneas "a" e "b" referem-se ao *efeito* de eventual ato praticado, o que demonstra a objetividade do tipo ali delineado. Pelo prescrito na referida Convenção, não se exige um elemento subjetivo para que a norma proibitiva incida e gere a relação jurídica discriminatória. Preenchidos os elementos objetivos descritos no antecedente normativo, automaticamente incide o conseqüente que gera os efeitos qualificados em discriminatórios.

---

<sup>514</sup> Destaques nossos.

<sup>515</sup> Sobre a discriminação do acesso ao emprego, consultar: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Discriminação na admissão do empregado. In **Revista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, ano 23, n. 260, fev., 2011, p. 51-55.

Além do texto acima e das normas constitucionais que inserem critérios proibitivos ou impõem comportamento igualitário, outro norte passível de ser utilizado para se determinar o conteúdo semântico do termo *discriminação* consta do *Anteprojeto de Convenção Interamericana contra o Racismo e toda forma de Discriminação e Intolerância*, em discussão na Organização dos Estados Americanos (OEA). Não obstante este documento ainda estar em discussão e tratar da discriminação em vários aspectos da vida em sociedade e não apenas não âmbito trabalhista, contribui para a conceituação na última acepção.

O Anteprojeto, no Capítulo I, art. 1º, item 2, alínea “a” e “b”, dispõe, *in verbis*:

2. Discriminação.

a. O termo “discriminação” significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, etnia, sexo, idade, orientação sexual, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, condição de migrante, refugiado ou deslocado, nascimento, condição infecto-contagiosa estigmatizada, característica genética, deficiência, sofrimento psíquico incapacitante ou qualquer outra condição social *que tem por objetivo ou efeito* anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública e privada.

b. *Não constituem discriminação* as medidas ou políticas de diferenciação ou preferência adotada pelo Estado-parte *com o único objetivo* de promover a integração social e o adequado progresso e desenvolvimento de pessoas e grupos que necessitem de proteção que possa ser necessária, a fim de garantir-lhes, em condições de igualdade, o gozo ou o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, *contanto que tais medidas ou políticas não conduzam*, em conseqüência, à *manutenção de direitos separados* para diferentes grupos e *que não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos*. Em circunstâncias específicas, tais medidas ou políticas são não apenas permissíveis, mas indispensáveis e obrigatórias para garantir o direito à igualdade perante a Lei e a proteção contra a discriminação.<sup>516</sup>

---

<sup>516</sup> Destaques nossos.

Enquanto a alínea “a” descreve a hipóteses de *discriminação excludente* ou *negativa*, a alínea “b” descreve hipóteses de *discriminação includente* ou *positiva*. É considerada negativa a discriminação que distingue para o fim de excluir, conforme também descrito no art. 1º, da Convenção n. 111, retro; e, positiva a discriminação que tem o efeito de incluir dado sujeito em oportunidades ou formas igualitárias de tratamento, em comparação com outras pessoas. Esta última, conforme de verá oportunamente, também é chamada de medida especial temporária.

Tomando-se por base o art. 1º, item 2, alínea “a”, do Anteprojeto, que destaca tanto o *efeito* provocado por eventual comportamento intersubjetivo perpetrado, quanto a intenção ou o objetivo deste comportamento, constata-se que estes critérios permitem a classificação dos atos discriminatórios em objetivos e subjetivos. Nos primeiros, não se indaga sobre a vontade consciente ou inconsciente de discriminar, já nos segundos esta vontade está presente na hipótese.

Também há na doutrina a classificação da discriminação em: direta e indireta. Segundo Roger Raupp Rios, se o ato praticado, baseado em raça, cor, sexo, idade, deficiência, dentre outros proibidos por lei, for consciente e intencional se dirá que a discriminação é direta. Já em hipóteses “permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras, mas efetivamente discriminatórias”, dir-se-á que a discriminação é indireta.<sup>517</sup>

Por oportuno, transcreve-se o item 3 do art. 1º, do Capítulo I, do *Anteprojeto* já citado, cujo conteúdo é muito didático e claro:

### 3. Discriminação Direta e Indireta.

a. Discriminação direta ocorre em todos os casos de tratamento diferenciado, em qualquer domínio da vida pública ou privada, *baseado em fatores como* raça, cor, etnia, sexo, idade, orientação sexual, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional

---

<sup>517</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 21.

ou social, posição econômica, condição de migrante, refugiado ou deslocado, nascimento, condição infecto-contagiosa estigmatizada, característica genética, deficiência, sofrimento psíquico incapacitante ou qualquer outra condição social que não tenha objetivo ou justificativa razoável. O tratamento diferenciado carece de objetivo ou justificativa razoável caso *não vise a um fim legítimo ou caso não exista vínculo razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo almejado.*

b. Discriminação indireta ocorre sempre que, em qualquer domínio da vida pública ou privada, um *fator aparentemente neutro*, como uma provisão, critério ou prática, *não pode ser facilmente preenchido ou cumprido por pessoas pertencentes a um grupo específico definido com base em elementos como raça, cor, etnia, sexo, idade, orientação sexual, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, condição de migrante, refugiado ou deslocado, nascimento, condição infecto-contagiosa estigmatizada, característica genética, deficiência, sofrimento psíquico incapacitante ou qualquer outra condição social*, a menos que tal fator tenha um objetivo ou justificativa razoável. Neste caso, a mesma ressalva que consta da definição anterior sobre a proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo almejado aplica-se ao conceito de discriminação indireta.<sup>518</sup>

Tomando-se por critérios a disseminação social e a repetição temporal de atos discriminatórios, a discriminação pode ser classificada em: pontual-circunstancial e estrutural. A primeira é aquela cuja disseminação é mais limitada socialmente e menos arraigada ao comportamento das pessoas. A segunda abrange um espectro mais amplo de incidência, atingindo praticamente todos os setores sociais e impregnando-se de forma sistemática, persistente no tecido social e partindo, na maioria das vezes, de critérios aparentemente neutros.

No magistério de Ronald Dworkin, a discriminação estrutural caracteriza-se por padrões sociais e econômicos enrijecidos, criados por séculos de prática discriminatória, pelos quais a má educação, a modéstia de expectativas e um preconceito tácito e instintivo fazem com que o critério discriminador continue

---

<sup>518</sup> Disponível em <[http://scm.oas.org/doc\\_public/portuguese/hist\\_06/CP16076P04.doc](http://scm.oas.org/doc_public/portuguese/hist_06/CP16076P04.doc)>. Acesso em 25/10/10. Destques nossos.

sendo um fator determinante em afetar as perspectivas de vida dos indivíduos alvo da discriminação.<sup>519</sup>

A Comissão de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações (2010), da Organização Internacional do Trabalho, aponta a discriminação no mercado de trabalho brasileiro e a circunstância de esta ser uma das principais causas da pobreza no país. O relato feito pela referida Comissão, com base em dados estatísticos, esclarece:

Discriminación fundada en el género, raza y color. La Comisión toma nota de la indicación del Gobierno respecto a que la población afrodescendiente sigue en posición desventajada en la educación y en el mercado del trabajo. Nota asimismo de que, según la memoria, estereotipos relativos al género y a la raza continúan determinando la segregación de los trabajadores afrodescendientes e indígenas y de las trabajadoras en empleos de menor cualidad. Respecto de las mujeres, la Comisión toma nota, en particular, que éstas son sobrerrepresentadas en el trabajo doméstico, en la producción para el autoconsumo y en el trabajo no remunerado. Además, la memoria indica que los niveles de desempleo de las mujeres y de los afrodescendientes e indígenas son más altos que la media y que la situación de las mujeres afrodescendientes e indígenas es aún más precaria.<sup>520,521</sup>

Corroborando o relato acima, o Relatório n. 66/06 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH –, da Organização dos Estados Americanos, no caso n. 12.001, cujo conteúdo demonstra o contexto no qual se insere o problema da discriminação trabalhista, no Brasil. Não obstante o trecho infra ser bastante extenso, faz-se oportuno transcrevê-lo, dado ser muito emblemático:

---

<sup>519</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.248. Para o referido autor, a ação afirmativa é um mecanismo para combater a discriminação estrutural. Cf. *op. cit.*, p. 251.

<sup>520</sup> Organização Internacional do Trabalho. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2010) de la Organización Internacional del Trabajo. **Igualdad de oportunidades y de trato**. Documento n. 062010BRA111. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2010.htm>>. Acesso em 01/11/10.

<sup>521</sup> Outras estatísticas que distinguem brasileiros segundo a cor podem ser consultadas em: SANTOS, Antonio Carlos Costa. Cotas para negros na universidade: uma análise da constitucionalidade em confronto com o princípio da igualdade recepcionado pela Constituição Federal de 1988. *In Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 44, n. 173, jan./mar., 2007, p.11-25.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.

Caso 12.001. Relatório 66/06.

“(…) *IV. ANÁLISE SOBRE O MÉRITO*. 27. Na data de 2 de março de 1997, a senhora Aparecida Gisele Mota da Silva, fez publicar na parte de Classificados do jornal A Folha de São Paulo, o seguinte anúncio: “doméstica. Lar. P/ morar no empr. C/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/docum. E ref.; Pref. Branca, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele”. 28. A senhora Simone André Diniz, de cor negra, para candidatar-se à vaga anunciada, ligou para o telefone informado no anúncio, tendo sido atendida por uma colega de trabalho de Aparecida Gisele Mota da Silva, de pré-nome Maria Tereza, que lhe indagou sobre a cor de sua pele. Em contestando ser negra, Simone André Diniz foi informada que não preenchia os requisitos exigidos para o cargo. 29. A senhora Simone André Diniz, por se sentir vítima de racismo em base a sua cor, registrou ocorrência na Delegacia de Investigações de Crimes Raciais, no dia 2 de março de 1997. (...) 33. A senhora Gisele Silva também prestou depoimento confirmando haver feito publicar o anúncio em que procurava uma empregada doméstica preferencialmente branca. Declarou que a preferência era em razão do fato de haver tido uma empregada doméstica negra que havia maltratado seus filhos; (...) 36. O Ministério Público do Estado de São Paulo, em 2 de abril de 1997, emitiu parecer requerendo arquivamento do feito, por falta de base para o oferecimento da denúncia. 37. O Juiz do Departamento de Inquéritos Policiais, em data de 7 de abril de 1997, acolheu e adotou como razão de decidir o pronunciamento do Ministério Público e determinou o arquivamento dos autos. (...) 43. Portanto, embora tratar-se o presente caso de uma relação havida entre particulares – no caso, Simone André Diniz e Aparecida Gisele Mota da Silva -, o Estado brasileiro tinha a obrigação de velar para que nessa relação fossem respeitados os direitos humanos das partes a fim de prevenir a ocorrência de uma violação, bem como, na eventualidade de haver a violação, buscar, diligentemente, investigar, processar e sancionar o autor da violação, nos termos requeridos pela Convenção Americana.

*C. Análise do Direito à Igualdade perante a Lei e à Não Discriminação.*

*1. Resumo sobre a situação racial no Brasil* 44. A Comissão gostaria de começar citando suas próprias conclusões a respeito da situação dos afro-brasileiros, que tomou conhecimento quando de sua visita *in loco* ao Brasil em 1995. Nessa visita, a Comissão foi informada de que no Brasil, de uma maneira geral, os afro-brasileiros se encontram em uma situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos e particularmente em

uma situação de diferença de poder com relação à população branca. Persistem ainda hoje diferenças que distam de uma igualdade mínima aceitável, discriminações que se traduzem em muitos casos, em padrões atentatórios aos direitos humanos, especialmente à igualdade, à não-discriminação e ao direito à dignidade. 45. Num persistente contexto de profunda desigualdade estrutural que afeta os afro-brasileiros, pesquisa realizada pelo IPEA tem demonstrado a sobre-representação da pobreza entre os negros brasileiros, numa concentração que tem se mantido estável ao longo do tempo (...). 53. A desigualdade no mercado de trabalho também atinge a população afro-brasileira. Para sociólogos, o emprego é visto como o melhor indicador na análise social. Segundo Telles, o conceito de desigualdade racial através da análise de emprego pode ser definido como a vantagem ou desvantagem que um grupo tem sobre outro em uma escala de tipos de ocupação. 54. Para demonstrar essa desigualdade, segundo pesquisa conduzida pelo INSPIR, que coletou informação sobre salários de trabalhadores em 6 áreas metropolitanas do país, os salários dos trabalhadores negros são sistematicamente menor (sic) do que trabalhadores não-negros. De acordo com a pesquisa, isso é o resultado de uma combinação de fatores, tais como precoce entrada no mercado de trabalho, colocação de trabalhadores negros nos setores menos dinâmicos da economia, desproporcionalidade no número de negros que são empregados em posições informais e que não exigem muita qualificação. (...) 56. Em outra pesquisa conduzida sobre prática discriminatória no mercado de trabalho dois aspectos chamaram a atenção (1) a discriminação racial era uma prática permanente e diária que garantia privilégios econômico e simbólico para trabalhadores brancos e (2) a integração no local de trabalho não era obstaculizada pelos negros, mas pelos brancos que bloqueavam a entrada e mobilidade daqueles no mercado de trabalho. 57. Relativamente à discriminação no recrutamento, a mesma pesquisa constatou que "a discriminação foi relatada em recrutamento e seleção pessoal em todos os tipos de trabalho, seja entre empregadas domésticas, serviços gerais ou trabalhadores profissionais. Testemunhos coletados durante a pesquisa indicaram que a identidade racial era avaliada na admissão, não obstante essa prática não fosse oficial." 58. Para ilustrar, em duas denúncias de discriminação racial em recrutamento, através de anúncios de emprego publicados pelo jornal A Folha de São Paulo, a promotoria pública pediu o arquivamento dos inquéritos. No primeiro caso, procurava uma assistente administrativa "loura ou japonesa, com boa aparência". As partes envolvidas negaram responsabilidade pelo anúncio o que foi aceito pelo Ministério Público. O

segundo caso, buscava um garçom “experiente e branco”. Aqui o Ministério Público estabeleceu que o anúncio era discriminatório mas não determinou qual das partes era responsável pelo mesmo, daí por que o arquivamento do feito. 59. Em outro caso de discriminação no recrutamento ocorrido também em São Paulo, em 1994, o anúncio veiculado em jornal procurava um advogado que possuísse “boa apresentação”. A investigação não foi capaz de identificar a pessoa da firma de advocacia que fez veicular o anúncio. Ademais, a firma argüiu que uma vez que não tinha admitido nenhum advogado que tivesse respondido ao anúncio, não havia cometido nenhum crime. Por esta razão, o Ministério Público sugeriu o arquivamento do feito.

2. *Evolução do Ordenamento Jurídico Anti-Racismo no Brasil.* 60. A Comissão sabe que a condição de vulnerabilidade dos afro-brasileiros tem uma dimensão histórica que é mantida por questões de fato como a que ocorreu, por exemplo, com Simone André Diniz e que conduz ao estabelecimento de diferenças no acesso de uns e outros a direitos básicos, como por exemplo, acesso à justiça, direito à educação, ao trabalho etc. 61. A Comissão reconhece que o Brasil, atento a essa realidade e no cumprimento de tratados internacionais sobre a matéria, construiu um ordenamento jurídico em matéria de proteção e garantias contra o preconceito e a discriminação racial, como é o caso da penalização de tal prática.(...)

3. *Problemas na Aplicação da Lei Anti-Racismo no Brasil.* 70. Não obstante a evolução penal no que tange ao combate à discriminação racial no Brasil, a Comissão tem conhecimento que a impunidade ainda é a tônica nos crimes raciais. Quando publicou relatório sobre a situação dos direitos humanos no país, a Comissão chamou a atenção para a difícil aplicação da lei 7.716/89 e como a Justiça brasileira tendia a ser condescendente com a prática de discriminação racial e que dificilmente condenava um branco por discriminação. Com efeito, uma análise do racismo através do Poder Judiciário poderia levar à falsa impressão de que no Brasil não ocorrem práticas discriminatórias. 71. Também o Comitê que fiscaliza a Convenção Racial da ONU, em suas Observações Finais a respeito do Relatório submetido pelo Brasil, deixou clara sua preocupação com a difundida ocorrência de ofensas discriminatórias e a inaplicabilidade da legislação doméstica para combater os crimes raciais. (...) 84. A Comissão tem conhecimento que o racismo institucional é um obstáculo à aplicabilidade da lei anti-racismo no Brasil. “Da prova testemunhal, passando pelo inquérito na polícia até a decisão do Judiciário, há preconceito contra o negro. Os três níveis são incapazes de reconhecer o

racismo contra o negro”. (...) 87. Essa prática tem como efeito a discriminação indireta na medida em que impede o reconhecimento do direito de um cidadão negro de não ser discriminado e o gozo e o exercício do direito desse mesmo cidadão de aceder à justiça para ver reparada a violação. Demais disso, tal prática causa um impacto negativo para a população afro-descendente de maneira geral. Foi isso precisamente que ocorreu com Simone André Diniz, quando buscou a tutela judicial para ver sanado a violação de que foi vítima.(...) 91.Nessa mesma linha, a organização Centro de Articulação de Populações Marginalizadas – CEAP, que atua no Rio de Janeiro e mantém um programa legal de acompanhamento às vítimas de discriminação racial, informou que a maioria das denúncias de discriminação racial recebidas naquela cidade pela organização, foram classificadas como injúria.

*4. Violação do Direito de Simone André Diniz à Igualdade e à não Discriminação.* 95. Segundo os peticionários, o arquivamento da denúncia feita por Simone André Diniz, representa uma situação generalizada de desigualdade no acesso à justiça e impunidade nos casos de denúncia de crimes com motivação racial. (...) 97. A Comissão já julgou que toda vítima de violação de direitos humanos deve ter assegurada uma investigação diligente e imparcial e, em havendo indícios de autoria do delito, deve ser iniciada a ação pertinente para que juiz competente, no marco de um processo justo, determine ou não ocorrência do crime, como ocorre com todo delito levado ao conhecimento da autoridade pública. 98. Em assim não ocorrendo com as denúncias de discriminação racial levadas a efeito por pessoas afro-descendentes no Brasil, o Estado Brasileiro viola flagrantemente o princípio da igualdade insculpido na Declaração e Convenção Americanas, as quais se obrigou a respeitar e que determinam que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. 99. Em primeiro lugar a Comissão entende que excluir uma pessoa do acesso ao mercado de trabalho por sua raça constitui um ato de discriminação racial. A respeito, a Comissão toma em conta que o artigo 1 da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial dispõe que “a expressão *discriminação racial* visa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica que tenha como objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.” 100. Se o Estado permite que dita conduta permaneça impune,

convalidando-a implicitamente ou prestando sua aquiescência, a CIDH entende que se viola o artigo 24 da Convenção Americana em conjunção com o artigo 1.1. A igual proteção perante a lei exige que qualquer manifestação de práticas racistas seja diligentemente tratada pelas autoridades. 101. No caso concreto de Simone André Diniz, existia um anúncio publicitário que a excluía, por sua condição racial, de um trabalho. Ao apresentar a denúncia, as autoridades judiciais procederam ao arquivamento do caso, apesar de que a própria autora do anúncio confirmou sua publicação. 102. O arquivamento ocorrido não foi um fato isolado que ocorreu na justiça brasileira e mais bem a Comissão tem por provado que reflete um padrão de comportamento das autoridades brasileiras adrede explicitado, quando se vêem à frente de uma denúncia de prática de racismo. (...). 108. (...) é de fundamental importância estimular uma consciência jurídica capaz de tornar efetivo o combate à discriminação racial e ao racismo pois o poder judiciário de um país deve ser um sistema de uso eficaz porquanto é instrumento imprescindível no controle e combate à discriminação racial e do racismo. 109. Em razão do tratamento desigual conferido pelas autoridades brasileiras à denúncia de racismo e discriminação racial feita por Simone André Diniz, revelador de uma prática generalizada discriminatória na análise desses crimes, a Comissão conclui que o Estado brasileiro violou o artigo 24 da Convenção Americana, em face de Simone André Diniz.

(...) VI. CONCLUSÕES.

145 (...), a Comissão Interamericana reitera sua conclusão em relação a que o Estado brasileiro é responsável pela violação do direito à igualdade perante a lei, à proteção judicial e às garantias judiciais, consagrados, respectivamente, nos artigos 24, 25 e 8 da Convenção Americana, em prejuízo de Simone André Diniz. A Comissão determina, ainda, que o Estado violou o dever de adotar disposições de direito interno, nos termos do artigo 2 da Convenção Americana, violando, também, a obrigação que lhe impõe o artigo 1.1, de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção."<sup>522</sup>

Além da discriminação trabalhista em função da raça/cor, a de gênero feminino também está refletida no tecido social e no mercado de trabalho, segundo

---

<sup>522</sup> Disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>>. Acesso em 26/10/10. Destaques nossos.

relatórios feitos pela Organização Internacional do Trabalho – OIT<sup>523</sup> e nos termos do último Relatório de Índice de Desenvolvimento Humano, medido e apresentado em 2010 pela Organização das Nações Unidas – ONU.<sup>524, 525</sup>

Este cenário fático foi tomado como referência para demonstrar que, sob o ponto de vista do exercício do poder normativo coletivo, muito pode ser feito pelos sindicatos com vistas a representar os interesses homogêneos dos trabalhadores discriminados e, por meio de ações afirmativas, implementar e dar eficácia ao direito fundamental trabalhista à não-discriminação e à igualdade de oportunidades no trabalho.

Há no ordenamento jurídico nacional uma ampla variedade de normas jurídicas que proíbem a discriminação em geral e no trabalho.<sup>526</sup> A técnica da proibição, todavia,

<sup>523</sup> Segundo a Organização Internacional do Trabalho, os níveis de pobreza e os padrões de desigualdade social no Brasil “são muito elevados e persistentes”. “A origem da pobreza brasileira não está na escassez, absoluta ou relativa, de recursos no país, mas no enorme grau de desigualdade na distribuição da renda, que constitui o principal determinante da pobreza e que não diminuiu nas últimas décadas.”. “A pobreza está intimamente ligada aos padrões de emprego. As mulheres e os negros (de ambos os sexos) provenientes de famílias pobres estão em maior proporção em inserções precárias no mercado de trabalho, o que lhes dificulta gerar renda suficiente e estável para superar a situação de pobreza, produzindo assim um círculo vicioso. Esta seção mostra alguns dos problemas enfrentados pelas mulheres e pelos negros no mercado de trabalho: taxas de desemprego mais elevadas, rendimentos médios inferiores e concentração em postos de trabalho e atividades econômicas precárias, instáveis, mal remuneradas e que não contam com a proteção da legislação trabalhista e social. A desigualdade e a discriminação de gênero e raça no Brasil não são fenômenos referidos a “minorias” ou a grupos específicos da sociedade.”. Cf. Organização Internacional do Trabalho. **Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza e emprego**: guia para o leitor/Organização Internacional do Trabalho. – Brasília: OIT, 2005. Disponível em <[http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg\\_esp/genero/manual\\_formacao.php](http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg_esp/genero/manual_formacao.php)>. Acesso em 26/10/10.

<sup>524</sup> A Organização das Nações Unidas (ONU), no **Relatório de 2010 de Indicadores Internacionais de Desenvolvimento humano**, publicado em 04/11/10, apresentou o Índice de Desigualdade de Gênero (IDG), uma nova medida criada sobre a mesma base do IDH (índice de desenvolvimento humano) e do IDH-D (índice de desenvolvimento humano – desigualdade), para destacar as diferenças na distribuição das realizações entre mulheres e homens. O Brasil, em IDG, está na 80ª posição do ranking, com índice 0,631 (o IGD varia entre 0,17 e 0,85), entre 138 países. As notas mais próximas de zero demonstram mais igualdade entre gêneros, já as notas mais próximas de 1 significam desigualdade severa. Cf. **Relatório do desenvolvimento humano 2010**: medidas inovadoras registram o impacto da pobreza, do gênero e da desigualdade. Disponível em <<http://www.pnud.org.br>> e <<http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/BRA.html>>. Acesso em 04/11/10.

<sup>525</sup> Sobre a discriminação salarial entre mulheres e homens, bem como brancos e negros, no mercado de trabalho brasileiro, consultar também: FRANCO, Samuel; BARROS, Ricardo Paes de; MENDONÇA, Rosane. **Discriminação e segmentação no mercado de trabalho e desigualdade de renda no Brasil**. Texto para discussão n. 1288. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, 2007, p. 14 e ss.

<sup>526</sup> Sobre a discriminação no trabalho, também consultar a doutrina de: CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Método, 2004; BRITO FILHO, José Cláudio

não tem sido suficiente para impedir a prática discriminatória no mercado de trabalho; razão pela qual, cabe especialmente ao sindicato laboral o dever de estudar, fundamentar, propor e promover a criação de instrumentos jurídicos capazes de dar eficácia aos incisos XX, XXX e XXXI, além do inciso XXXIII, do art. 7º, da CF/88. Já não se trata, portanto, de permissão ou faculdade, mas de dever constitucional.

Segundo Joaquim Benedito Barbosa Gomes, não basta proibir a discriminação “é preciso também promover, tornando rotineira a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de tal sorte que se opere uma transformação no comportamento e na mentalidade coletiva, que são, como se sabe, moldados pela tradição, pelos costumes, em suma, pela história.”<sup>527</sup>

No mesmo sentido, Flávia Piovesan considera que:

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, por si só é, todavia, medida insuficiente. Vale dizer, é fundamental conjugar a vertente repressiva punitiva com a vertente promocional.<sup>528</sup> Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade como processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato,

---

Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002; VASCONCELOS, Eliane Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidades de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *In Revista do TST*, Brasília, v. 71, n.2, mai./ago., 2005, p. 94-107.

<sup>527</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *In Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 151, jul./set., 2001, p. 136.

<sup>528</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 255.

com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.<sup>529</sup>

Um dos mecanismos jurídicos disponíveis aos sindicatos, pela via da autonomia privada coletiva, para fazer frente à discriminação trabalhista é a *ação afirmativa* que também será chamada, neste estudo, de *medida especial temporária* ou *medida afirmativa temporária trabalhista*.

Sobre a ação afirmativa Joaquim Benedito Barbosa Gomes ensina que, além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, esta induz transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher.

Segundo o autor, as ações afirmativas também eliminam os “efeitos persistentes” (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar; e implantam “uma certa diversidade” e “maior representatividade” dos grupos sub-representados.<sup>530</sup>

Na mesma linha de pensamento, Flávia Piovesan considera que as ações afirmativas, perante a discriminação, “cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático: assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.”<sup>531</sup>

Supondo a ineficácia social das normas proibitivas, mesmo aquelas de estatura constitucional, frente ao comportamento discriminatório no mercado de trabalho, faz-se necessário buscar e identificar outras alternativas jurídicas capazes de

---

<sup>529</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 255.

<sup>530</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *In Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 151, jul./set., 2001, p. 136.

<sup>531</sup> PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *In Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, jan./abr., 2005, p. 49.

implementar e aplicar os valores constitucionais, especialmente da igualdade de oportunidades, que tem seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma destas alternativas é a ação afirmativa trabalhista, instituível pela via do exercício do poder normativo dos sindicatos após a identificação, no seio de sua categoria, de padrões discriminatórios. Como já demonstrado, os sujeitos coletivos laborais têm o dever constitucional de defender os interesses dos membros de sua categoria profissional, de empreender iniciativas negociais capazes de alterar a realidade e de contribuir para o cumprimento e a eficácia dos incisos XX, XXX, XXXI e XXXIII, do art. 7º, da CF, que se conjugam em último nível, ao princípio da dignidade da pessoa humana presente no art. 1º, do Texto Maior.

## **5.2 Medida especial temporária ou ação afirmativa? Terminologia. Conceito. Fundamento constitucional.**

A expressão *ação afirmativa* surgiu nos Estados Unidos, usada por John F. Kennedy ao propor medidas que tinham por objetivo ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho americano.<sup>532,533</sup> Atualmente, o seu emprego e uso não são uniformes em legislações internas dos países ou em convenções internacionais.

---

<sup>532</sup> Cf. Ordem Executiva n. 10.925 (Establishing the President's on Equal Employment Opportunity), assinada por John F. Kennedy, em 1961; e a Ordem Executiva n. 11.246, assinada por Lyndon B. Johnson, em 1965.

<sup>533</sup> Sobre as ações afirmativas no direito norte-americano, consultar: DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006; MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.** São Paulo: RT, 2001, p. 27; KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007; SOUZA NETO, Cláudio Pereira e FERES JÚNIOR, João. **Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade.** In PIOVESAN, Flávia *et al.* **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 346 e ss;

No Canadá<sup>534</sup> e na África do Sul, a expressão utilizada é *equidade no emprego* (*employment equity*). Já no Reino Unido<sup>535</sup> utiliza-se a expressão *ação positiva* ou *discriminação positiva*<sup>536</sup> e se usa a expressão *gerenciamento da diversidade* para significar mecanismo de aceleração da participação de membros de grupos sub-representados no acesso ao emprego, educação, treinamento e promoção.<sup>537</sup>

### 5.2.1 Terminologia.

Colaborando para a delimitação do conteúdo semântico da expressão *ação afirmativa*, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU), Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, considerou:

A ação afirmativa é um pacote coerente de medidas, de caráter temporário, destinado especificamente a corrigir a posição dos membros de um grupo-alvo em um ou mais aspectos de sua vida social, a fim de obter uma efetiva igualdade.<sup>538</sup>

Porém, como dito acima, as convenções internacionais sobre direitos humanos, em regra, não utilizam a expressão *ação afirmativa*. Tais documentos, comumente, usam a expressão *medidas especiais temporárias*.

---

<sup>534</sup> Sobre estas experiências internacionais, consultar também: MALLETT, Estevão et al. Direito do trabalho e igualdade étnico-racial. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, SEPPIR, 2006, p.309.

<sup>535</sup> Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU), Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. **The concept and practice of affirmative action**, E/CN.4/Sub.2/2002/21, p. 3. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c935982fb0ea9bb5c125692f00424994?Opendocument>>. Acesso em 01/11/10.

<sup>536</sup> O art. 4º, VII, do Capítulo III, do Anteprojeto de Convenção Interamericana contra o Racismo e toda forma de Discriminação e Intolerância, também utiliza a expressão discriminação positiva. Disponível em: <[http://scm.oas.org/doc\\_public/portuguese/hist\\_06/CP16076P04.doc](http://scm.oas.org/doc_public/portuguese/hist_06/CP16076P04.doc)>. Acesso em 25/10/10.

<sup>537</sup> TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>>. Acesso em 27/10/10.

<sup>538</sup> Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU), Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. **The concept and practice of affirmative action**, E/CN.4/Sub.2/2002/21, p. 3. "Affirmative action is a coherent packet of measures, of a temporary character, aimed specifically at correcting the position of members of a target group in one or more aspects of their social life, in order to obtain effective equality.". Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c935982fb0ea9bb5c125692f00424994?Opendocument>>. Acesso em 01/11/10.

Possivelmente, isso ocorre para se promover uma padronização terminológica e se evitar confusões na interpretação e na aplicação das referidas convenções. Esta preocupação foi objeto de análise pelo CEDAW – Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra Mulheres –, na sessão 30<sup>a</sup>, ocorrida de 12 a 30 de janeiro de 2004, e daí gerou-se a Recomendação Geral n. 25, cujo conteúdo orienta que, dentre as expressões “*medidas especiais temporárias*”, “*ação afirmativa*”, “*ação positiva*”, “*discriminação positiva*” ou “*discriminação reversa*”, no âmbito do CEDAW e dos Estados-partes, seja usada exclusivamente a primeira expressão, para se evitar confusões.<sup>539</sup>

Neste estudo, serão utilizadas as expressões *ações afirmativas* e *medidas especiais temporárias*. A escolha se justifica no fato de que, apesar de esta última ser mais didática, esclarecedora e constar dos diversos instrumentos convencionais, aquela é mais disseminada e popular.

### **5.2.2 Conceito.**

Não obstante a opção terminológica retro, escolhe-se a expressão *medida especial temporária* para análise conceitual, em função do caráter didático da mesma.

O art. 4<sup>o</sup>, parágrafo 1, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, da ONU, colabora para a delimitação do sentido da expressão em destaque:

Art. 4<sup>o</sup> 1. A adoção pelos Estados-Partes de *medidas especiais de caráter temporário* destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão

---

<sup>539</sup> CEDAW/C/2004/I/WP.1. CEDAW, Recomendação Geral n. 25, decorrente da sessão 30<sup>a</sup>, ocorrida de 12 a 30 de janeiro de 2004. Cf. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/4d5500108cf4d748c12572ac0039210c/\\$FILE/N0362902.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/4d5500108cf4d748c12572ac0039210c/$FILE/N0362902.pdf)>. Acesso em 01/11/10.

quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.<sup>540</sup>

A escolha de um determinado conteúdo para a palavra "medida" dependerá do contexto em que o artigo 4º, parágrafo 1, for aplicado e sobre o objetivo específico que se pretender alcançar.<sup>541</sup> As medidas podem abranger, por exemplo, divulgação ou apoio a programas com conteúdos diversos, alocação de recursos humanos ou financeiros; tratamento preferencial quanto a recrutamento, contratação e promoção trabalhista; metas numéricas aliadas a prazos, sistemas de cotas, etc. Na verdade, o termo *medida* representa toda permissão, proibição ou obrigação relativa a um fazer, um não fazer ou um dar.

O termo "especial", constante do parágrafo 1, do art. 4º, segundo o CEDAW – Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – significa que, as medidas em referência se destinam a servir a um objetivo específico.<sup>542</sup> Quando este for alcançado, as mesmas perdem seu fundamento. Assim, o caráter *especial* impõe estudos abrangentes sobre as condições fáticas dos sujeitos que serão beneficiados. São estes estudos que fundamentarão o *discrimen* em favor do beneficiário.

A interpretação do CEDAW, em relação ao artigo 4º, parágrafo 1, da Convenção sob análise, também destaca o caráter "temporário" das mencionadas medidas especiais. Estas não devem ser consideradas necessárias indefinidamente, mesmo que o significado de "temporário" possa resultar na aplicação de tais medidas por um período longo de tempo. Ou seja, a duração de uma medida temporária especial deve ser prescrita a partir da avaliação de um problema concreto e um resultado funcional pretendido, e não necessariamente pelo decurso de uma unidade de tempo predeterminada.

---

<sup>540</sup> Destaque nosso.

<sup>541</sup> CEDAW/C/2004/I/WP.1. CEDAW, Recomendação Geral n. 25, decorrente da sessão 30ª, ocorrida de 12 a 30 de janeiro de 2004. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/4d5500108cf4d748c12572ac0039210c/\\$FILE/N036292.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/4d5500108cf4d748c12572ac0039210c/$FILE/N036292.pdf)>. Acesso em 01/11/10.

<sup>542</sup> *Idem, ibidem.*

Por isso, aliados à descrição de dada medida especial (ação afirmativa), deverão ser prescritos mecanismos de controle dos resultados obtidos em dado de curso de tempo. Sendo que, tais ações deverão ser interrompidas quando os resultados desejados forem alcançados.<sup>543</sup>

As convenções internacionais de direitos humanos destacam e prescrevem a necessária temporariedade das ações afirmativas, destinadas a garantir igualdade de oportunidades. Este requisito é imprescindível para impedir que as desigualdades promocionais ou positivas se transformem em desigualdades negativas.

Neste sentido, o magistério de Paulo Lucena de Menezes: “sendo uma medida corretiva, tais políticas somente devem persistir enquanto as distorções sociais que são combatidas não tiverem sido aniquiladas ou reduzidas satisfatoriamente.”<sup>544</sup>

O caráter temporário da ação afirmativa é exigível para não se perpetuar a discriminação e caminhar no sentido inverso daquele pretendido pela medida especial criada.

Quanto à extensão de tempo necessária para preencher o requisito *temporariedade*, esta se identifica no alcance ou não dos objetivos igualizadores. Pesquisando-se e controlando-se os efeitos obtidos pelas ações afirmativas, criadas e implantadas, identificar-se-á a dimensão de tempo que preencherá o requisito em questão.

Também na doutrina brasileira há um esforço para delinear o que vem a ser as ações afirmativas em questão e os objetivos que estas devem perseguir.<sup>545</sup>

---

<sup>543</sup> CEDAW/C/2004/I/WP.1. CEDAW, Recomendação Geral n. 25, decorrente da sessão 30ª, ocorrida de 12 a 30 de janeiro de 2004. Disponível em <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/4d5500108cf4d748c12572ac0039210c/\\$FILE/N0362902.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/4d5500108cf4d748c12572ac0039210c/$FILE/N0362902.pdf)>. Acesso em 01/11/10.

<sup>544</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: RT, 2001, p.36.

<sup>545</sup> Sobre as ações afirmativas, consultar: ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol. 13, n. 2, jul./dez., 2008, p.77-92; ABREU, Sérgio. **Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o**

Joaquim Benedito Barbosa Gomes conceitua as ações afirmativas como:

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física ou de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.<sup>546</sup>

---

princípio da igualdade e da isonomia no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999; SANTOS, Sales Augusto dos; CAVALLEIRO, Eliane; BARBOSA, Maria Inês da Silva. Ações afirmativas: polêmicas e possibilidades sobre igualdade racial e o papel do Estado. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, vol, 16, n.3, set./dez., 2008, p.913-929; TOMEI, Manuela. **Discrimination and equality at work: A review of the concepts**. In *International labour review*, vol. 142, n. 4, 2003, p. 401-418; SANTOS, Sales Augusto dos. CAVALLEIRO, Eliane. BARBOSA, Maria Inês da Silva. RIBEIRO, Matilde. **Ações afirmativas: polêmicas e possibilidades sobre igualdade racial e o papel do Estado**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/12.pdf>. Acesso em 25/10/10; MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Da inconstitucionalidade da instituição de cotas para ingresso nas universidades do Estado do Rio de Janeiro. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 9, jan./mar. 2002, p. 193-212; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Igualdade e inclusão social: estudo de casos concretos no sistema educacional. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 100, São Paulo, 2005, p. 209-221; MARTINS, Suzete Ferrari Madeira. As cotas para ingresso dos afrodescendentes na Universidade e o princípio constitucional da igualdade. In **Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe**, Sergipe, n. 31, jul./dez.2003, p. 17-22; MARQUES DA FONSECA, Ricardo Tadeu. **O trabalho da pessoa com deficiência: lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2006; MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005; MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte. Sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, out./dez. 2001, p. 3-44; MARTINS DA SILVA, Luiz Fernando. Políticas de ação afirmativa para negros no Brasil: considerações sobre a compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional e internacional. In **Revista Jurídica**, Brasília, vol. 8, n.82, dez/jan 2007, p. 64-83; VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; COTTROL, Robert J. *Civil rights* e a ação afirmativa nos Estados Unidos: Uma visão geral. In **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 3, jul./set., 2006, p. 377-403; FERES JR, João e ZONINSEIN, Jonas (org.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Editora UnB, 2006; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas. In **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 69, nº 2, 2003; GÓIS, Luiz Marcelo F. de. Discriminação nas relações de trabalho. In PIOVESAN, Flávia *et al* (coord.s). **Direitos Humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p.131 – 165; GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação positiva. In **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, 26, p. 15-23; SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a prestações positivas e igualdade: a deficiência em perspectiva constitucional**. São Paulo: LTr, 2007; LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos. **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003; COUTINHO, Aldacy Rachid. Relações de gênero no mercado de trabalho: uma abordagem da discriminação positiva e inversa. In **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 34, p.13-34.

<sup>546</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In SANTOS, Renato Emerson dos *et al* (coord.s). **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 27.

Partindo deste pressuposto, no entendimento do autor, “a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade”.<sup>547</sup>

As ações afirmativas têm como meta “o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano”,<sup>548</sup> ensina Joaquim Benedito Barbosa Gomes.

Para o autor, diferentemente dos efeitos de normas jurídicas que veiculam políticas meramente proibitivas, caracterizadas por “oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*”, as ações afirmativas visam “evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo”.<sup>549</sup>

No mesmo sentido, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann entende que a ação afirmativa é um instrumento temporário que visa promover a integração de “indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências físicas e mental ou classe social.”<sup>550</sup> Segundo a autora, com tais programas, procura-se “promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, uma vez que concederia espaços relevantes para que as minorias participassem da comunidade”.<sup>551</sup>

---

<sup>547</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In SANTOS, Renato Emerson dos *et al* (coord.s). **Ações afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 21.

<sup>548</sup> *Idem, ibidem*, p. 22.

<sup>549</sup> *Idem, ibidem*, p. 28.

<sup>550</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 220.

<sup>551</sup> *Idem, ibidem*, p. 220.

Nas palavras de Paulo Lucena de Menezes, “a ação afirmativa tem por *finalidade* implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar”.<sup>552</sup> Este entendimento é complementado por Maria Aparecida Gugel quando considera que tais ações têm por fim eliminar a discriminação e “promover a igualdade de oportunidades principalmente, no acesso à educação, saúde, assistência social, esporte, cultura, lazer e trabalho”.<sup>553</sup>

Para Joaquim Benedito Barbosa Gomes, é da transição da ultrapassada noção de igualdade formal<sup>554</sup> ao novo conceito de igualdade substancial que surge a idéia de *igualdade de oportunidades*, noção que, segundo o autor, fundamenta entendimentos “pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social”.<sup>555</sup>

Segundo o autor, a concepção liberal de igualdade considera o ser humano em sua conformação abstrata e genérica, mas, na atual concepção “o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes”.<sup>556,557</sup>

É insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, leciona Flávia Piovesan. “Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser

---

<sup>552</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 29.

<sup>553</sup> GUGEL, Maria Aparecida. **Ação afirmativa**: reserva legal. Disponível em: <[http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_maior2003/convidados/c2.doc](http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_maior2003/convidados/c2.doc)>. Acesso em 21/10/10.

<sup>554</sup> Em sentido diverso Friedrich August von Hayek, para quem a evolução social e política que se conhece como civilização é o resultado da ordem espontânea surgida da submissão consciente dos homens a leis naturais que servem para a manutenção da convivência em liberdade. Cf. HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985, v.1, p. 139.

<sup>555</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. *In* **Cadernos do CEJ (Conselho Nacional de Justiça)**, Brasília, n 24, 2003, p. 89.

<sup>556</sup> *Idem, ibidem*, p. 89.

<sup>557</sup> Daniel Sarmiento também entende que o ser humano deve ser considerado *in concreto*, ao invés, *in abstracto*. Cf. SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. *In* PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, SEPPPIR, 2006, p. 62.

visto em suas peculiaridades e particularidades. Nesta ótica determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada.”<sup>558</sup>

Destacando a aplicação do princípio da dignidade às ações afirmativas, Daniela Ikawa considera que:

Em termos gerais a ação afirmativa consiste em políticas públicas ou privadas de preferência entre indivíduos pela pertença a um determinado grupo, cujo *status* social e de reconhecimento é em média inferior aos de outros grupos, e com vistas a consolidar o princípio da dignidade.<sup>559</sup>

Os atos de discriminação racial ofuscam a aplicação do princípio da dignidade humana, segundo Mallet, Merino, Peres e Fava,

e ocupam notável espaço nas relações trabalhistas, sem adequados meios de combate e eliminação. Para bem atender ao comando constitucional, o ordenamento está requerendo mudanças efetivas, tendentes a aprimorar – e, em alguns casos, instituir – políticas públicas de ações afirmativas, bem como apetrechar o sistema processual de instrumentos eficazes de combate à discriminação racial no trabalho.<sup>560</sup>

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa(...)”.<sup>561</sup> O autor destaca que:

constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim,

---

<sup>558</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 251..

<sup>559</sup> IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ed., 2008, p. 26, nota 4.

<sup>560</sup> MALLET, Estevão et al. Direito do trabalho e igualdade étnico-racial. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, SEPPIR, 2006, p. 305-344 (p.306).

<sup>561</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 88.

toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.<sup>562</sup>

Sarlet considera que os direitos sociais, “seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (atuando como direitos positivos), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana”.<sup>563</sup> Para o autor, o reconhecimento constitucional da não discriminação nas relações de trabalho, além de outros direitos trabalhistas, “foi o resultado das reivindicações das classes trabalhadoras” em função de modos de trabalho opressivos e indignos<sup>564</sup> e, os direitos sociais de cunho prestacional (prestações fáticas ou jurídicas) “encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade”.<sup>565</sup>

Não obstante o alerta que o próprio autor faz<sup>566</sup>, assim como outros doutrinadores, sobre o uso inflacionário do princípio da dignidade da pessoa humana, entende-se, neste estudo, que a não discriminação e a igualdade de oportunidades são fortes expressões do referido princípio. A discriminação negativa trabalhista que tenha por critério o sexo, a cor, a raça ou o estado civil possui conteúdo letal à dignidade do trabalhador.

Este entendimento alinha-se àquele que defende que “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo informador básico de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional”.<sup>567,568</sup>

---

<sup>562</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 89.

<sup>563</sup> *Idem, ibidem*, p. 88.

<sup>564</sup> *Idem, ibidem*, p. 92.

<sup>565</sup> *Idem, ibidem*, p. 92.

<sup>566</sup> *Idem, ibidem*, p. 100, nota 178.

<sup>567</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In LEITE, George Salomão (coord). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 150-151.

<sup>568</sup> Destacando a dignidade como núcleo dos direitos fundamentais: GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: RT, 2004, p. 203.

Segundo Flávia Piovesan:

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.<sup>569</sup>

Para a autora,

o valor da cidadania e da dignidade humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro.<sup>570</sup>

571

E, na mesma linha, segundo Wagner Balera,

a concretização da justiça social, assim como do bem-estar, não se processa por meio de itinerário que deva ser perseguido exclusivamente por intermédio do Poder Público. O vetor de concretização de tais valores

---

<sup>569</sup> PIOVESAN, Direitos humanos e o princípio da dignidade humana, p. 150-151.

<sup>570</sup> *Idem, ibidem*, p. 150-151.

<sup>571</sup> Sobre o princípio da dignidade humana e sua aplicação, consultar também: PEREZ, Jesus Gonzales. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986; SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Ed.: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999; MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-150; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. São Paulo: Renovar, 2009; HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexos interno. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.11-28; ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang; MAURER, Béatrice; SEELMAN, Kurt; KLOEPFER, Michael; HÄBERLE, Peter. **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005; e, ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **Princípio da dignidade da Pessoa humana e o direito constitucional do trabalho**. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.

faz coalescerem políticas públicas e atividades sociais a serem desenvolvidas por particulares.<sup>572</sup>

O sujeito coletivo laboral, dentre os centros de poder normativo trabalhista, é quem detém maior legitimidade e conhecimento sobre a realidade laboral de sua categoria profissional; e, portanto, tem maior possibilidade de criar mecanismos mais eficazes para a implementação do direito à não-discriminação e garantir o respeito ao direito à igualdade de oportunidades e a diferença, no mercado de trabalho.

Neste estudo, entende-se por ação afirmativa trabalhista: toda permissão ou obrigação veiculada por norma jurídica geral e abstrata, aplicável temporariamente entre uma categoria profissional e uma categoria econômica, relativa a um fazer, um não fazer ou um dar, que tenha por fim promover e/ou implementar concretamente o direito à igualdade de oportunidade e à não discriminação no trabalho.

A partir de sólidos estudos e fundamentos políticos, sociais e econômicos, que demonstrem e comprovem a existência de discriminação trabalhista em relação aos membros de suas categorias, os sujeitos coletivos trabalhistas podem eleger e descrever, por meio de normas jurídicas convencionais, as ações afirmativas aptas a dar efetividade e concretude aos valores referidos acima. A partir desta descrição jurídica tais medidas deixam de ter natureza política ou econômica e passam a ter natureza deontica.

Todavia, uma vez mais, ressalta-se que, a legitimidade e eficácia social das referidas ações afirmativas estão condicionadas à realização prévia de consultas, pesquisas e estudos entre os membros da categoria-alvo, procedimentos estes que deverão ser conduzidos especialmente pelo sindicato laboral desta.

---

<sup>572</sup> BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quatier Latin, 2004, p. 17.

### 5.3 Objetivos das ações afirmativas trabalhistas.

E em relação aos objetivos das medidas especiais temporárias, é mister recordar que, o direito existe para cumprir o fim específico de regradar os comportamentos humanos em suas relações intersubjetivas, implantando os valores que a sociedade almeja alcançar.<sup>573</sup>

Segundo Paulo de Barros Carvalho: “De nada adiantam direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Maior, se os órgãos a quem compete efetivá-los não o fizerem com a dimensão que o bom uso jurídico requer”.<sup>574</sup>

Como visto anteriormente, várias são as convenções internacionais globais ou regionais, gerais ou especiais, que prescrevem *medidas especiais temporárias* para o fim de facilitar a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento entre as pessoas.

Porém, não basta que tais textos permaneçam estáticos, em estado de dicionário. Faz-se necessário que os mesmos sejam aplicados para, num último estágio, gerarem normas individuais e concretas – veiculadas pelos contratos individuais de trabalho – capazes de efetivamente promover os valores e objetivos por eles pretendidos.

As normas jurídicas que veiculam ações afirmativas trabalhistas têm por fim estipular condições capazes de gerar oportunidades mais igualitárias ao acesso, à promoção, à remuneração, à manutenção do vínculo empregatício e às condições de trabalho; assim como também têm por fim contribuir para uma mudança cultural da sociedade em favor do reconhecimento, redistribuição<sup>575,576,577</sup> e convivência harmoniosa com as diferenças e a pluralidade.

---

<sup>573</sup> BARROS, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 266-267.

<sup>574</sup> *Idem, ibidem*, p. 266-267.

<sup>575</sup> Segundo Nancy Fraser, “a justiça social já não se cinge só a questões de distribuição, abrangendo agora também questões de representação, identidade e diferença. Também neste aspecto constitui um avanço positivo relativamente aos redutores paradigmas economicistas que tinham dificuldade em conceptualizar males cuja origem reside, não na economia política, mas nas hierarquias institucionalizadas de valor”. “Do ponto de vista distributivo, portanto, a justiça requer uma política de

É cediço que os acessos ao trabalho e à educação – aí inserida a formação profissional – são componentes fundamentais da vida das pessoas. Na lição de Manuela Tomei, barreiras ou empecilhos à participação igualitária a estes *bens* prejudicam a auto-estima dos indivíduos, o desenvolvimento de projetos de vida e o senso de lealdade para com a comunidade.<sup>578</sup>

Neste contexto, as normas jurídicas coletivas que veicularem ações afirmativas protegerão dois bens jurídicos distintos e complementares entre si, a diferença e a igualdade de tratamento. Sendo as pessoas faticamente diferentes entre si, ao jurisdicizar a igualdade material entre elas, o legislador estatal ou sujeitos coletivos trabalhistas albergam e protegem as diferenças reais ao mesmo tempo em que obrigam o tratamento igualitário.<sup>579</sup>

redistribuição. Do ponto de vista do reconhecimento, em contraponto, a justiça requer uma política de reconhecimento.” FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação.** Disponível em: <<http://www.eurozine.com/articles/2003-01-24-fraser-pt.html>> p. 3 e 4. Acesso em 23/10/10.

<sup>576</sup> Na linha de Nancy Fraser, Daniel Sarmiento, partindo do binômio distribuição-reconhecimento, considera: “Adotando a clivagem proposta [por Fraser], podemos afirmar que os negros no Brasil sofrem tanto a injustiça no campo da distribuição como no campo do reconhecimento e que essas injustiças se reforçam reciprocamente, agravando uma a outra.”. “Portanto, para promover os direitos fundamentais dos afrodescendentes é necessário combater nestes dois *fronts* – distribuição e reconhecimento -, mas é certo que os avanços e retrocessos em cada um deles tendem a se refletir diretamente sobre o outro. É preciso corrigir a desigualdade econômica entre as raças no Brasil, ampliando o acesso dos negros ao mercado de trabalho, ao ensino superior e a outros bens socialmente valorizados, mas é essencial também promover os seus direitos culturais, valorizando seus símbolos e heróis e combatendo as ações que reforçam estigmas e preconceitos enraizados na sociedade.” (p. 62). Para o autor, pode-se dizer que “a ação afirmativa não se relaciona apenas com a justiça no campo da distribuição, mas também com a justiça na esfera do reconhecimento” (p.81). SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial.** Brasília, SEPIR, 2006, p. 62.

<sup>577</sup> Segundo José Reinaldo de Lima, por sua vez, distribuir “é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição do ônus) ou no bem comum (distribuição de benefícios). A distribuição distingue-se da troca. A justiça das trocas diz-se justiça *comutativa*, ou retributiva ou corretiva”. Comutar é *trocar*, ensina o autor. Para ele: “A distribuição é o antecedente lógico da comutação”. Assim, a distribuição, “e a justiça da distribuição, ou justiça distributiva – é o antecedente lógico da comutação.” LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática.** São Paulo: Método, 2006, p.145.

<sup>578</sup> TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios,** p. 48. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>>. Acesso em 27/10/10.

<sup>579</sup> Segundo Flávia Piovesan: “Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.” PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas.** *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, vol. 16, n. 3, set./dez., 2008, p. 888.

Não obstante os ordenamentos jurídicos prescrevam a igualdade entre as pessoas, esta pode existir, formalmente, sob o ponto de vista deôntico, pois no campo ôntico ela não existe. A diferença é ínsita ao ser humano.

Para fins de organização social, no art. 5º, *caput*, da CF/88, o constituinte considera que todos os seres humanos são iguais. Esta prescrição é reafirmada em vários outros artigos do texto constitucional, dentre eles o que igualiza homens e mulheres em deveres e direitos (art. 5º, inc. II). Mas, com tais normas, o constituinte não prescreveu que no mundo do *ser*, no mundo ôntico, as mulheres e homens são iguais. O constituinte tomou os homens e mulheres como iguais *para o fim de criá-lhes direitos e deveres*, ou seja, para o fim de igualizá-los no mundo do *dever-ser*.

No mundo do *ser* as pessoas têm características que as distinguem entre si,<sup>580</sup> quer em relação ao gênero, à cor, à raça, à origem, à compleição física, etc. Estas distinções pré-jurídicas, num primeiro momento, são afastadas pelo constituinte para se observar apenas a condição humana das pessoas. Sob este aspecto, as pessoas são absolutamente iguais entre si. E é com base nesta condição que o constituinte, num primeiro momento, uniformiza formalmente as pessoas, para, num segundo momento, proibir a distinção com base no gênero, na cor, na raça, na origem, na compleição física, etc, bem como impor o dever de respeito às diferenças individuais e à pluralidade. Também ao prescrever a proibição de discriminação, o constituinte está reconhecendo a existência de diferenças reais entre as pessoas.<sup>581</sup>

No âmbito trabalhista, o problema está em identificar se as diferenças constatadas a partir dos critérios raça, cor, gênero, estado civil, dentre outros, são relevantes, por si sós, para interferir na capacidade produtiva de um trabalhador. A relevância ou irrelevância da diferença, segundo Norberto Bobbio, “é estabelecida com base em

---

<sup>580</sup> No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso: “Os homens são **naturalmente** desiguais, sob inumeráveis aspectos: desigualdades físicas, morais, espirituais, etc. E são **contingentemente** desiguais a outros tantos pontos de vista: políticos, sociais, econômicos, etc. Aliás, é pela existência mesmo de desigualdades – naturais ou não – que se aspira à igualdade. Na feliz formulação de Rousseau, ‘é precisamente porque a força das circunstâncias tende sempre a destruir a igualdade que a força da legislação deve sempre tender a sustentá-la’”. Cf. BARROSO, Luis Roberto. Igualdade perante a lei. *In Revista de Direito Público*, n. 78. São Paulo: Malheiros, 1986, p. 70.

<sup>581</sup> Neste sentido: LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Igualdade de tratamento nas relações de trabalho**: anotações à Lei n. 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997, p. 45.

opções de valor”.<sup>582</sup> E o valor, no âmbito trabalhista, está na capacidade produtiva e não apenas na cor da pele ou no sexo do trabalhador.

Se o art. 5º, *caput* e inciso II descreve a igualdade em dignidade, no campo trabalhista os incisos XX, XXX, XXXI e XXXIII, do art. 7º, impõem o dever de respeito à diferença e estimulam a promoção da igualdade de oportunidades ao acesso, formação, promoção e manutenção do trabalho.

O que o constituinte pretendeu, com os dispositivos em referência, foi reconhecer a condição humana de toda e qualquer pessoa e afirmar que, juridicamente, as características diferenciadoras que as pessoas portam não lhes retiram a condição humana, importante pressuposto que informa o tratamento materialmente igualitário.

As ações afirmativas trabalhistas buscam dar efetividade à norma jurídica que prescreve a igualdade de oportunidades aos trabalhadores e a não-discriminação no trabalho. Paulo Lucena de Menezes destaca que, no aspecto temporal, “a ação afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio – depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias – na correção das distorções sociais.”<sup>583</sup>

Segundo Bobbio, “o princípio da igualdade de oportunidades tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição da vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais.”<sup>584</sup>

O autor destaca que, “a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações [positivas] que de outro modo não existiriam”. Desse modo, ensina Bobbio, “uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples

---

<sup>582</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p.28.

<sup>583</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 29.

<sup>584</sup> *Idem, ibidem*, p. 31.

motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova desigualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades.”<sup>585</sup>

Segundo Flávia Piovesan, a concepção de igualdade desmembra-se em três vertentes:

- a) a igualdade formal, reduzida à fórmula todos são iguais perante a lei (que, ao seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios);
- b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e,
- c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).<sup>586</sup>

A autora também destaca o caráter bidimensional da justiça: “redistribuição somada ao reconhecimento”. Neste contexto, diz a autora, “o direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição.”<sup>587</sup>

No entendimento da autora:

o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz dessa política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.<sup>588</sup>

A igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão,<sup>589</sup> assegura Piovesan.

---

<sup>585</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 32.

<sup>586</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 252.

<sup>587</sup> *Idem, ibidem*, p. 252.

<sup>588</sup> *Idem, ibidem*, p. 252.

<sup>589</sup> *Idem, ibidem*, p. 252.

Para a autora:

Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. Assim, a proibição de exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente em inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.<sup>590</sup>

Segundo ela, “as ações afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em igualdade material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social.”<sup>591</sup>

As ações afirmativas são importantes para a promoção e o reconhecimento da diferença existente entre os trabalhadores, bem como a facilitação da redistribuição de oportunidades no trabalho.

A redistribuição de oportunidades trabalhistas também é orientada pelo CEACR – Comitê de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações –, da Organização Internacional do Trabalho, que admite as medidas especiais temporárias trabalhistas e reconhece que estas “devem criar um equilíbrio e participar de um esforço mais amplo para a eliminação de todas as formas de desigualdade.”<sup>592</sup>

Segundo este Comitê, tais medidas, todavia, “devem ser proporcionais à natureza e ao âmbito de proteção necessários” para os grupos discriminados e “sujeitas a

---

<sup>590</sup> PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos Direitos Humanos e igualdade étnico-racial. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, SEPIR, 2006, p.33.

<sup>591</sup> *Idem, ibidem*, p. 33-34.

<sup>592</sup> TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios, p. 10. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>>. Acesso em 27/10/10.

exames minuciosos e periódicos, para determinar se ainda estão sendo necessárias e eficientes.”<sup>593</sup>

Para que as ações afirmativas possam produzir os resultados esperados, orienta Manuela Tomei, “é importante evitar a estigmatização dos beneficiários e as reações negativas dos não-beneficiários”. Sendo crucial realizar consultas com todos os grupos afetados<sup>594</sup> antes de se criar ou implantar tais medidas, assevera a autora.

Tendo em vista estas preocupações específicas com os trabalhadores envolvidos com as referidas medidas – sendo beneficiários ou não das mesmas – é imperativo que, os sujeitos coletivos trabalhistas, definam claros critérios de seleção para determinar os trabalhadores que devem se beneficiar das mesmas.<sup>595</sup> Tais critérios deverão ser fundamentados no Texto Constitucional vigente.

No mesmo sentido, também é imperativo que, na elaboração das ações afirmativas trabalhistas, sejam definidos procedimentos transparentes quanto à duração e ao controle das mesmas, bem como minuciosamente planejados e perseguidos os efeitos potenciais e reais das mesmas. “Isso pressupõe uma avaliação regular e objetiva dos programas de ação afirmativa, com vistas a assegurar sua eficiência, redefinindo seu âmbito e seus conteúdos, sempre que se fizer necessário, e determinando quando eles devem chegar ao fim.”<sup>596</sup>

As ações afirmativas trabalhistas representam mecanismos capazes de gerar a igualdade de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores com vistas ao acesso, à formação, à promoção e à manutenção de empregos, bem com às condições de trabalho. Tais medidas podem ser veiculadas por normas jurídicas coletivas, fundamentadas no art. 7º, *caput*, segunda e última partes, nos incisos

---

<sup>593</sup>. TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios, p. 46. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>>. Acesso em 27/10/10.

<sup>594</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>595</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>596</sup> *Idem, ibidem.*

XX, XXX, XXXI e XXXIII, todos da CF/88, e nas convenções internacionais integradas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Além dos efeitos imediatamente referidos ao trabalhador, as normas jurídicas coletivas em questão ainda produzirão efeitos mediatos: a transformação cultural no ambiente de trabalho, a ampliação da diversidade e a garantia de os trabalhadores, independentemente de suas diferenças quanto a raça, cor, sexo, deficiência, etc., terem igualdade de condições para o desenvolvimento de seus projetos de vida.<sup>597</sup>

Estes efeitos dão cumprimento aos objetivos fundamentais prescritos no art. 3º, da Constituição,<sup>598</sup> pois representam a busca para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária; impulsionam o desenvolvimento nacional, na medida em que possibilitam a utilização mais uniforme dos talentos nacionais, colaboram para erradicar a pobreza e a marginalização das pessoas trabalhadoras, e, também, contribuem para a promoção do bem estar de todos os trabalhadores, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

#### **5.4. As ações afirmativas na Constituição de 1988**

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm encontrado na Constituição os fundamentos para a o albergue de medidas especiais temporárias.

---

<sup>597</sup> Por meio de ações afirmativas trabalhistas, trabalhadores partícipes de grupos laboralmente sub-representados podem por em prática aquilo que o art. 1º, 6, do Capítulo I, do *Anteprojeto de Convenção Interamericana contra o Racismo e toda forma de Discriminação e Intolerância* chama de *projeto de vida*. Segundo este dispositivo, que se encontra em discussão no âmbito da Organização dos Estados Americanos, o significado da expressão *projeto de vida* acha-se associado ao “conceito de realização pessoal e às opções de que dispõe o ser humano para conduzir sua vida e alcançar o destino a que se propõe. Os seres humanos não gozam de plena liberdade se, em função de tratamento discriminatório, carecem de condições igualitárias para encaminhar sua existência.”. E, para efeitos do referido Anteprojeto, “a restrição ou a anulação do projeto de vida de vítimas de racismo, discriminação e intolerância implica a redução objetiva de suas liberdades fundamentais, a perda de um valor existencial inerente à sua dignidade e a violação de seus direitos humanos.” Disponível em <[http://scm.oas.org/doc\\_public/portuguese/hist\\_06/CP16076P04.doc](http://scm.oas.org/doc_public/portuguese/hist_06/CP16076P04.doc)>. Acesso em 25/10/10.

<sup>598</sup> Neste sentido, Jörg Neuner considera que, “especialmente o art. 3º da Constituição brasileira contém um fundamento abrangente de legitimação para medidas legislativas e judiciais de proteção contra a discriminação.” NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão. *In Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 2, n. 2, jan./mar., 2008, p. 79.

Considerando apenas o Texto Maior, Cármen Lúcia Antunes Rocha considera que:

A passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio [da igualdade jurídica] é patenteado em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. A ação afirmativa está inserida no princípio da igualdade jurídica concebido pela Lei Fundamental do Brasil, conforme se pode comprovar de seu exame mais singelo.

O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República).<sup>599</sup>

Somente a *ação afirmativa*, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição Brasileira garante como direito fundamental de todos.<sup>600</sup>

No magistério da autora, na CF/88 “não se repetiu apenas o mesmo modelo principiológico que adotaram constituintes anteriormente atuantes no país. Aqui se determina agora uma *ação afirmativa*; aquela pela qual se promova o bem de *todos, sem preconceitos (de) quaisquer... formas de discriminação*”. Segundo ela, somente universaliza-se a igualdade e promove-se a igualação “com uma conduta ativa, positiva, afirmativa, é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República.”<sup>601</sup>

A autora em epígrafe entende que a CF/88 “buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justa e solidária. Com promoção de mudanças, com

---

<sup>599</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In *Revista Trimestral do Direito Público*, São Paulo, n. 15, 1996, p. 91.

<sup>600</sup> *Idem, ibidem*, p. 92.

<sup>601</sup> *Idem, ibidem*, p.93.

a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sócio-político é que se movimenta no sentido de recuperar o que de equivocado antes se fez.”<sup>602</sup>

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha: “A *ação afirmativa* constitui, pois, o conteúdo próprio e essencial do princípio da igualdade jurídica tal como pensado e aplicado, democraticamente, no Direito Constitucional Contemporâneo.”<sup>603</sup>

Também neste sentido, a lição de Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva:

o mandamento constitucional da igualdade tanto abriga a igualdade formal, vedando a criação de privilégios por adoção de tratamento diferenciado desarrazoado; bem como abriga a igualdade material, autorizando a adoção de discriminações positivas, que incidindo nas relações fáticas e concretas entre as pessoas buscam efetivar uma igualdade real.<sup>604</sup>

No mesmo caminho, Marco Aurélio Mendes Farias Mello destaca que a Constituição, em seu primeiro artigo, prescreveu, como fundamentos da República Brasileira, “a cidadania e a dignidade da pessoa humana”. Para o autor:

Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual. Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir - preste-se atenção a esse verbo - uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

---

<sup>602</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In **Revista Trimestral do Direito Público**, São Paulo, n. 15, 1996, p.93.

<sup>603</sup> *Idem, ibidem*, p. 99.

<sup>604</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In **Cadernos do CEJ** (Conselho Nacional de Justiça), Brasília, n 24, 2003, p. 140.

outras formas de discriminação. Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos 'construir', 'garantir', 'erradicar' e 'promover' implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar "ação."<sup>605</sup>

Além disso, continua o autor:

Não basta não discriminar. É preciso viabilizar - e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo - as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. Qual é o fim almejado por esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, que é uma das formas de discriminação, visando-se, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro? No âmbito das relações internacionais, a Constituição de 1988 estabelece que devem prevalecer as normas concernentes aos direitos humanos.<sup>606</sup>

Na mesma vertente, o Supremo Tribunal Federal, no MS n. 26.071-1,<sup>607</sup> relatado pelo Ministro Carlos Aires Britto, decidiu que o "o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, 'como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos'. Sendo certo que reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da

<sup>605</sup> FARIAS MELLO, Marco Aurélio Mendes. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In MARTINS, Ives Gandra Silva (org.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 38.

<sup>606</sup> *Idem, ibidem*, p. 39.

<sup>607</sup> "DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o "melhor". 2. A visão univalente -- comprometedoras das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido." (STF, RMS n. 26071, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018 publicado em 01-02-2008).

sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir das suas disposições preambulares”.

Além de as medidas especiais temporárias encontrarem fundamento direto no texto constitucional, como amplamente demonstrado acima, elas também encontram fundamento nas convenções internacionais sobre direitos humanos. E estas são inseridas no ordenamento jurídico brasileiro pela via do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF/88.

Do exposto, conclui-se que, na Constituição Federal de 1988, quer por seus dispositivos diretos (expressos ou implícitos), quer por seu art. 5º, §§ 2º e 3º, que internalizam as convenções internacionais sobre direitos humanos, há fundamento para a criação de medidas especiais temporárias.

### **5.5 Ações afirmativas trabalhistas e mérito laboral**

Na lição de Plácido e Silva, a palavra *mérito* tem o sentido de *merecimento*.<sup>608</sup> No mesmo sentido, segundo Nicola Abbagnano, a referida palavra representa um título de aprovação, recompensa ou prêmio. O mérito é diferente da virtude e do valor moral, ensina o autor, pois se constitui na “avaliação da virtude ou do valor moral, com fins de recompensa.”<sup>609</sup>

Daniela Ikawa entende que o ser humano “é dotado por definição de um potencial para uma autonomia contextualizada, pautada em escolhas contextualizadas, de um potencial para a liberdade moral, encontrado na articulação de hierarquias morais convencionais e na ação segundo essa articulação.”<sup>610</sup>

Dessa liberdade, ensina a autora, decorre uma responsabilidade.

---

<sup>608</sup> PLACIDO e SILVA. Oscar José de. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.914.

<sup>609</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, Tradução de Alfredo Bosi, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 660.

<sup>610</sup> IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008, p. 163.

O mérito tem, nesse sentido, o papel de levar em consideração essa liberdade e essa responsabilidade. Em outras palavras, o indivíduo desenvolve ou não suas capacidades, ao menos em parte, por mérito ou demérito seu, por escolhas feitas em uma esfera de liberdade (ainda que contextualizada). O mérito deve, portanto, ser considerado como reconhecimento dessa liberdade, dessa autonomia individual.<sup>611</sup>

No âmbito do direito do trabalho, o mérito pode ser usado como um balizador para as ações afirmativas relativas, especialmente as relativas à remuneração e à promoção.

O fundamento deôntico para esta baliza está no art. 1º, b, do Decreto n. 41.7221/57 que promulgou a Convenção 100, da OIT, e integrou ao ordenamento jurídico o princípio supralegal<sup>612</sup> que é o parâmetro de igual salário por trabalho de igual valor.

O termo *valor*, neste caso, veicula a noção de mérito laboral, que é a relação existente entre a quantidade e a qualidade de bens ou serviços produzidos e os efeitos daí atribuídos ao trabalhador que os produziu, sendo que a produção depende do empenho pessoal, da formação profissional e das condições de trabalho oferecidas ao trabalhador. Os elementos que interferem na relação de valor devem ser aferidos por meio de parâmetros objetivos.

O princípio supralegal posto em destaque não afasta a justificativa ôntica para a prescrição de ações afirmativas trabalhistas.

---

<sup>611</sup> IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008, p. 163.

<sup>612</sup> A condição de supralegalidade deste princípio foi conferida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do RE n. 466.343 e do RE n. 349.703, que reconheceram esta característica às convenções internacionais sobre direitos humanos internalizadas pelo ordenamento jurídico nacional. Este julgamento afastou a posição jurisprudencial contida no HC 80004, que conferia paridade entre as leis ordinárias e tais convenções internacionais. No mesmo sentido: "Supremacia da CF sobre todos os tratados internacionais. O exercício do 'treaty-making power', pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da CF. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. Precedentes." (STF, MI n. 772-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 24-10-2007, Plenário, DJE de 20-3-2009).

Como apontado, a qualidade da produção trabalhista depende especialmente da qualificação do trabalhador. E nesta podem ser especialmente centradas as medidas especiais. Pressupondo a utilização de parâmetros objetivos, fundados em critérios constitucionais e em estudos específicos, ações afirmativas também poderão ser tomadas para fins de se permitir o acesso a postos de trabalho, à diversificação de empregados em cada função ou estrato funcional, à promoção vertical e ao impedimento de rompimento arbitrário de contratos de trabalho.

A noção de mérito trabalhista também não afasta o disposto no art. 7º, XX, da Constituição, que autoriza a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos. Apesar de o mencionado inciso prescrever hipótese de reserva legal, conforme visto anteriormente, garantindo-se o objetivo prescrito na parte final do *caput* do art. 7º, os sujeitos coletivos trabalhistas têm autorização constitucional para criar direito novo que implemente o inciso XX, do artigo em referência.

O mérito trabalhista também não afasta a necessidade de sua ponderação ao fundamento constitucional que qualifica o interesse, das mulheres, dos afro-descendentes, dos deficientes e outros trabalhadores, à igualdade de oportunidades e à não-discriminação. Estes interesses constam dos incisos XXX e XXXI, do art. 7º, conforme já demonstrado em seções precedentes.

## **5.6 Critérios constitucionais para criação de ações afirmativas trabalhistas.**

No exercício de criação de ações afirmativas trabalhistas, os sujeitos coletivos sindicais devem buscar fundamentos e critérios no texto constitucional e normas jurídicas internacionais integradas ao ordenamento nacional. São estes critérios que conferirão validade às referidas medidas especiais.

Joaquim de Arruda Falcão sustenta que

se, por um lado, é tranqüila a constatação de que o princípio da igualdade formal é relativo e convive com diferenciações, nem todas as

diferenciações são aceitas. A dificuldade é determinar os critérios a partir dos quais uma diferenciação é aceita como constitucional.<sup>613</sup>

O autor considera que a justificação do estabelecimento da diferença é uma condição para a validade da diferenciação. Esta justificação deve ter seu conteúdo baseado na razoabilidade, na aferição objetiva dos parâmetros e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais.<sup>614,615</sup> Segundo o autor, o detentor do poder normativo, para o fim de criar ações afirmativas, deve respeitar “três critérios concomitantes”:

- (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais;
- (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e
- (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexos causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida.<sup>616</sup>

No entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, o cuidado para que eventual diferenciação, com vista à construção da igualdade substancial, não se torne inconstitucional, prende-se à observância dos seguintes parâmetros: demonstração do critério que autoriza eventual diferenciação, identificação da relação lógica entre aquele e o resultado pretendido, e, especialmente, indagação se este resultado está

---

<sup>613</sup> FALCÃO, Joaquim de Arruda. Direito da Mulher: igualdade forma e igualdade material. In AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (org.s). **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EdUSP, 1999, p. 305.

<sup>614</sup> *Idem, ibidem*, p. 305.

<sup>615</sup> Segundo Willis Santiago Guerra Filho, o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade “acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o princípio da isonomia traduz a idéia aristotélica – ou, antes ‘pitagórica’, como prefere Del Vecchio – de ‘igualdade proporcional’, própria da ‘justiça distributiva’, ‘geométrica’, que se acrescenta àquela ‘comutativa’, ‘aritmética’, meramente formal – aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações.” GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobe o princípio da proporcionalidade. In LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2.ed. rev. São Paulo: Método, 2008, p. 229.

<sup>616</sup> FALCÃO, Direito da Mulher..., p. 305.

albergado pela Constituição.<sup>617</sup> Com isso, firma-se “a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”,<sup>618</sup> assevera o autor.

Daniel Sarmento, analisando os limites constitucionais materiais aos quais estão sujeitas as ações afirmativas, no campo racial, destaca os seguintes:

- (a) as políticas de ação afirmativa não podem ser impostas aos seus beneficiários contra a vontade deles;
- (b) elas devem ser temporárias;
- (c) devem estar de acordo com o princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>619</sup>

Para o autor, as ações afirmativas “não podem implicar a imposição autoritária de ajuda forçada para quem não a queira”, sob pena de o seu direito fundamental ao respeito e à consideração, decorrente da sua dignidade humana ser violado; quanto à temporariedade, a ação afirmativa tem de cessar “quando não estiverem mais presentes as razões que ensejaram a sua criação.”<sup>620</sup>

No entendimento do autor, “o limite mais complexo para as ações afirmativas é o que diz respeito ao princípio da proporcionalidade”, pois obriga que as mesmas sejam “aptas para promover os objetivos a que se destina, de combate à desigualdade material e promoção do pluralismo”, também é necessário aferir, alerta o autor, “se não há outro meio mais brando” que promova “com a mesma intensidade, as finalidades almejadas através da medida de discriminação positiva em questão”; por fim, é mister verificar “se as vantagens de cada medida de ação afirmativa superam ou não os ônus que decorrem da sua imposição”; o autor ilustra sua preocupação a partir do “grau de restrição aos interesses daqueles não contemplados pela medida de discriminação positiva.”<sup>621</sup>

---

<sup>617</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 11 tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003, p.21.

<sup>618</sup> *Idem, ibidem*, p.18.

<sup>619</sup> SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. *In* PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, SEPPPIR, 2006, p. 90.

<sup>620</sup> *Idem, ibidem*, p. 90.

<sup>621</sup> *Idem, ibidem*, p. 90-92

Como já demonstrado anteriormente, a Constituição de 1988 foi generosa na prescrição de direitos fundamentais, dentre estes, transcreve-se os contidos nos incisos XX, XXX, XXXI e XXXIII, do art. 7º, da CF/88, *in verbis*:

Art. 7º (*omissis*).

(...)

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;<sup>622</sup>

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;<sup>623</sup>

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;<sup>624</sup>

(...)

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;<sup>625</sup>

---

<sup>622</sup> Daniel Sarmento considera que este dispositivo veicula, por si só, uma ação afirmativa, na mesma linha do art. 37, VIII, da CF/88 que prescreve reserva de vagas em concursos públicos para pessoas portadoras de deficiência. Cf. SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, SEPPIR, 2006, p.88.

<sup>623</sup> Deste dispositivo constitucional decorrem os seguintes enunciados: O trabalhador tem o direito de ter salário igual valor para trabalho de igual valor; o trabalhador tem direito a igual exercício de funções para igual habilitação; o trabalhador tem igual direito de admissão para igual habilitação; é proibido usar como critério para diferença de remuneração os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil; é proibido usar como critério para diferença de função os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil; é proibido usar como critério para admissão remuneração os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil; é proibido usar como critério para manutenção do emprego e/ou promoção, os seguintes critérios: sexo, idade, cor ou estado civil; c/c art. 3º IV: é proibido usar como critério para admissão, manutenção ou valor de salários os critérios de raça indígena ou outra qualquer; bem como origem: nacional ou estrangeiro; o legislador tem o dever constitucional de punir qualquer discriminação contra a liberdade ao trabalho (liberdade- direito fundamental) (art. 5º, inc. XLI).

<sup>624</sup> Decorrem deste dispositivo os seguintes enunciados: O trabalhador portador de deficiência tem o direito à admissão no trabalho, tal como o não portador, se for habilitado para a função a ser ocupada; o trabalhador portador de deficiência tem o direito a igual salário, tal como o do não portador, se o seu trabalho for de igual valor e habilitação; é proibida a exclusão do portador de deficiência do direito à admissão, em relação ao trabalhador não portador, se o primeiro for habilitado para a função a ser ocupada; é proibida a diferença de salário, do trabalhador portador de deficiência em relação ao não portador, se seu trabalho for de igual valor e habilitação.

<sup>625</sup> Deste dispositivo constitucional decorre o seguinte: É permitido o trabalho de pessoa com idade a partir de dezesseis anos até 18 anos se realizado durante o dia, se o labor não for perigoso, insalubre ou penoso; é proibido o trabalho de pessoa a partir de dezesseis anos até 18 anos se o labor fo

(...)

Sob o ponto de vista do exercício do poder normativo coletivo, conjugando-se o art. 7º, segunda e última partes, aos incisos XX e XXVI, constrói-se o seguinte enunciado: os sujeitos coletivos têm permissão para proteger o mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos; do mesmo modo que, substituindo-se o inciso XX pelos incisos XXX, XXXI e XXXIII, elabora-se o seguinte: é permitido aos sujeitos coletivos trabalhistas obrigar ou permitir, por meio de convenção coletiva de trabalho, medidas especiais temporárias capazes de igualizar o tratamento<sup>626</sup> relativo a salários, exercício de funções e critério de admissão, dado a trabalhadores com diferenças de sexo, idade, cor ou estado civil e deficiência.

Dos dispositivos transcritos e mediante interpretação sistemática, se identifica a eleição de características pessoais inalteráveis e alteráveis; nos primeiros enquadram-se o *gênero*, a *cor* e a *deficiência*, enquanto nos segundos encaixam-se a *idade* e o *estado civil*. Os mencionados características foram destacados pelo constituinte para proibir para fundamentar a diferenciação entre trabalhadores no processo de criação de medidas especiais temporárias trabalhistas.

Decorrentes de cada um dos critérios apresentados encontram-se os trabalhadores passíveis de serem beneficiados pelas referidas medidas afirmativas em epígrafe.

A escolha dos critérios para a criação de medidas afirmativas especiais deverá nortear-se a partir da realidade existente em dada categoria profissional específica representada por um sindicato laboral e poderão ser utilizados de forma individual ou mediante combinação. A importância da escolha dos mesmos, bem como a forma de relacionamento entre eles, está em que determinam os beneficiários da medida especial em referência.

---

realizado durante a noite, for perigoso, insalubre ou penoso; é proibido o trabalho de pessoa abaixo de 16 anos; é permitido trabalho de aprendizagem para pessoa acima de 14 anos, se o labor for realizado durante o dia, não for perigoso, insalubre ou penoso; é proibido o trabalho de aprendizagem para pessoa acima de 14 anos, se for realizado durante a noite, for perigoso, insalubre ou penoso.

<sup>626</sup> Segundo Hueck e Nipperdey: "Es un hecho reconocido generalmente hoy, que el principio de la igualdad de trato del trabajador en la Empresa representa un importante principio jurídico laboral." HUECK, Alfred; NIPPERDEY, Hans Carl. **Compendio de derecho del trabajo**. Traducción por Miguel Rodrigues Piñero e Luis Enrique de la Villa. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, p. 164.

A seguir serão tecidas considerações sobre os critérios referidos, dado que, aliados a estudos prévios que constatem ou presumam a existência de práticas discriminatórias em seus âmbitos de representação, servirão aos sindicatos patronais e laborais de fundamento distintivo para criação de medidas especiais temporárias trabalhistas:

a) *cor/raça*

No inciso XXX, do art. 7º, da CF/88, o constituinte proibiu a discriminação negativa de trabalhadores segundo o critério *cor*. O mesmo critério também consta do art. 3º, IV, da CF/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, *raça*, sexo, *cor*, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>627</sup>

Considerando os dispositivos referidos, percebe-se que o constituinte não tratou de *cor* com o mesmo e idêntico sentido de *raça*. Ao primeiro olhar, parece ser possível afirmar que o prescrito no inciso XXX, do art. 7º, tem extensão mais reduzida que o prescrito no inciso IV, do art.3º, da CF/88, apesar de existir uma interseção entre eles.

Porém, numa observação mais detida do inciso XXX, do art. 7º, percebe-se que o constituinte não pretendeu excluir do mesmo o elemento *raça*, apenas pretendeu ser mais objetivo, dado que, no âmbito trabalhista, a *cor* é um dos principais elementos externos da *raça* que leva à discriminação do trabalhador.<sup>628</sup>

---

<sup>627</sup> Destaque nosso.

<sup>628</sup> Julgados do Tribunal Superior do Trabalho relativos à discriminação de trabalhadores de *raça* negra: RR 823/2006-383-04-00.0 e RR-9952600-93.2006.5.09.0562.

Assim, quando o critério *cor* for utilizado para a criação de ações afirmativas, estar-se-á albergando e incluindo os trabalhadores também pelo critério *raça*.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o aspecto semântico do termo *raça* é de conteúdo social e político,<sup>629</sup> em detrimento do conteúdo biológico:

Num tempo em que nós já mapeamos o genoma humano, prodigiosa pesquisa que envolveu material genético de todos os grupos étnicos, sabemos que existe somente uma *raça* – a *raça humana*. Diferenças humanas em aspectos físicos, cor da pele, etnias e identidades culturais, não são baseadas em atributos biológicos. Na verdade, a nova linguagem dos mais sofisticados racistas abandona qualquer base biologia em seus discursos. Eles agora enfatizam diferenças culturais e irreconciliáveis como justificativa de seus pontos de vista extremistas.

Sob o ponto de vista biológico não se justifica a discriminação negativa de trabalhadores em função da cor de sua pele. Não obstante, existe um juízo negativo de valor sobre esta, dependendo da intensidade de sua pigmentação. Há uma gradação crescente ou decrescente de intensidade no comportamento

---

<sup>629</sup> “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...). 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. (...). 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. (...) 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. (...) No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. (...). Ordem denegada. (STF, HC n. 82.424, Relator Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 p. 00017).

discriminatório dependendo de a pele do trabalhador ser mais ou menos pigmentada<sup>630</sup> – se da cor parda ou preta.

Como instrumento de promoção da diferença e de garantia da não-discriminação negativa, a ação afirmativa segundo o critério *cor* e *raça* encontra-se autorizada tanto na CF/88, no art. 7º, XXX, quanto nos tratados de direitos humanos internalizados ao ordenamento jurídico nacional, conforme será demonstrado a seguir.<sup>631</sup>

No sistema global de proteção aos direitos humanos (ONU), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo II, dispõe:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de *raça, cor, (...)*, ou qualquer outra condição.

Com redação geral, mas igualmente pertinente, o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (ONU – 1966), promulgado pelo Decreto n. 591/1992, em seu artigo 7º, prescreve:

Os estados signatários do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa ao gozo de condições de trabalho equitativas e satisfatórias que lhe

---

<sup>630</sup> Esta circunstância mantém estreita relação com o nível de qualificação profissional dos indivíduos de cor branca, parda, preta e vermelha/indígena. Segundo o Centro de Gestão de Estudos Estratégicos – organização social vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia – em estudo fundado em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) 2007 - os doutores brasileiros, segundo a sua cor, dividem-se nos seguintes percentuais: brancos – 84,21%, pardos - 11,84%, pretos – 2,69%, amarelos – 0,90% e indígenas – 0,35%. Estas disparidades também ajudam explicar índices de discriminação por cor, no Brasil. Estas conclusões também podem ser verificadas no âmbito trabalhista. Fonte: **Doutores 2010: estudos da demografia da base técnico-científica brasileira**, Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2010, 508 p., ISBN - 978-85-60755-29-5.

<sup>631</sup> Sobre a discriminação de afrodescendentes, consultar: OSORIO, Rafael Guerreiro. **A mobilidade dos negros brasileiros**. Texto para discussão n. 1033. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2004; SOARES, Sergei Suarez Dillon. **O perfil da discriminação no mercado de trabalho: homens negros, mulheres brancas e mulheres negras**. Texto para discussão n. 769. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2000; THEODORO, Mário (org). **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição**. Brasília, Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2008.

assegurem em especial: a), I: Um salário eqüitativo e igual por trabalho de igual valor, *sem distinções de espécie alguma*(...).<sup>632</sup>

Ainda no sistema global geral de proteção internacional há também a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial (ONU – 1966), inserida no direito nacional pelo Decreto n. 65.810/69, que também prescreve em seu art. 1º, parágrafos 1 e 4, e art. 2º, parágrafo 2:

Art. 1º “1. Na presente convenção, a expressão *discriminação racial* significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na *raça, cor,*<sup>633</sup> descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública. (...)

4. Medidas especiais tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certo grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos

Art. 2º.

(...)

2. Os Estados Partes adotarão, se as circunstâncias assim o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurarem adequadamente o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos com os propósito de garantir-lhes, em igualdade de condições, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não poderão, em hipótese alguma, ter o escopo de conservar direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais depois de alcançados os objetivos perseguidos.

---

<sup>632</sup> Destaque nosso.

<sup>633</sup> Destaque nosso.

No sistema global especial de direitos humanos, a Organização Internacional do Trabalho, na Convenção n. 111, art. 1º, determina:

Art. 1º

(1) Para os fins da presente Convenção, o termo discriminação compreende:

- a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor..., que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Como se depreende do exposto, muitas são as normas jurídicas internas e internalizadas que autorizam a criação de ações afirmativas trabalhistas. E, na linha de Maria Aparecida Gugel, considera-se:

constitucional, legítima e instrumento eficaz de inclusão social, a eleição de cláusulas inseridas em instrumentos coletivos de trabalho que condicionem a contratação e a promoção de trabalhadores negros de forma a se atingir o direito à igualdade de acesso e permanência no emprego.<sup>634</sup>

Neste contexto, Mallet, Merino, Peres e Fava, destacam a profissionalização como um recurso importante para o combate racial no trabalho, bem como, sugerem a criação de cotas especiais para estagiários e aprendizes, inclusive, pela via da negociação coletiva de trabalho,<sup>635</sup> tal como defendido neste estudo.

---

<sup>634</sup> GUGEL, Maria Aparecida. Cláusula coletiva de promoção da igualdade no emprego e na ocupação para o trabalhador negro. *In Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano 15, n. 29, mar., 2005, p. 44.

<sup>635</sup> Segundo os autores em epígrafe: “A lei poderia impor a inserção de normas ou políticas contrárias à discriminação em convenções e acordos coletivos, traçando determinados parâmetros para proteção. A consequência esperada seria o surgimento de normas específicas, atendendo à especificidade de cada categoria, empresa ou região, além dos nítidos benefícios da simples existência do debate, desmistificando a suposta *democracia racial*.” (p. 337) “A CLT estabelece, no art. 613, a matéria mínima obrigatória a ser tratada por ambos os instrumentos de auto-composição

## b) sexo/gênero

Da mesma maneira que o critério *cor* permite considerar a *raça*, o critério *sexo* permite considerar o *gênero*.<sup>636</sup> O grupo mais frágil, sob o ponto de vista deste último, é o feminino,<sup>637</sup> conforme a exigência de proteção especial ao mercado de trabalho da mulher veiculada no inciso XX, do art. 7º, da CF, e demonstrado pelos relatórios indicados no início deste capítulo. *In verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

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

(...)<sup>638</sup>

coletiva. Nesse rol deveria constar a adoção de ações afirmativas, como, por exemplo, a inserção de cláusula de reserva de vagas aos afrodescendentes. A inserção de mais de um inciso no referido artigo – ou talvez a criação de um art. 613-A – estabeleceria o âmbito da política que, por ser fixada pela negociação coletiva, poderá atender, de forma mais satisfatória do que lei geral, às peculiaridades de cada região e de cada ramo de atividade econômica. A lei, para não ter o risco de cair no vazio, poderia apontar o conteúdo mínimo de tais políticas e prever uma regra geral para a hipótese de recusa à negociação.” MALLETT, Estevão et al. Direito do trabalho e igualdade étnico-racial. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, SEPPIR, 2006, p.337.

<sup>636</sup> Não obstante o critério em questão também permitir a discussão sobre a discriminação em função da opção sexual do trabalhador, dado os limites deste trabalho e as amplas polêmicas que esta nova discussão provocará, ora restringir-se-á a considerar a extensão “gênero”. E assim se faz, porque, sob o ponto de vista trabalhista, o inciso XX, do art. 7º, demonstra que o constituinte reconheceu e protegeu a mulher especialmente em função da capacidade reprodutiva da mesma e dos efeitos que esta circunstância provoca nas relações de trabalho subordinado.

<sup>637</sup> Sobre a discriminação por gênero, consultar também: LAVINAS, Lena. **Empregabilidade no Brasil**: inflexões de gênero e diferenciais femininos. Texto para discussão n. 826. Ipea – Instituto de Pesquisa Aplicada, Rio de Janeiro, 2001; SANTOS, Daniel Domingues *et al.* **Inserção no mercado de trabalho**: diferenças por sexo e conseqüências sobre o bem-estar. Texto para discussão n. 796. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, 2001; SACHSIDA, Adolfo; LOUREIRO, Paulo Roberto. **Homens x mulheres**: substitutos ou complementares no mercado de trabalho? Texto para discussão n. 595. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 1998; LAVINAS, Lena; MATESCO, Virene Roxo. **A reestruturação produtiva nas empresas brasileiras e seu reflexo sobre a força de trabalho, por gênero**. Texto para discussão n. 400. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 1996; IZZI, Daniela. **Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro**: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti. Napoli: Casa Editrice Jovene, 2005; CAPPELIN, Paola A valorização do trabalho feminino: contextualizando as ações afirmativas. **Revista Estudos Feministas**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1996, p. 158-171; CAPPELIN, Paola. **As experiências dos núcleos na promoção da igualdade de oportunidades e combate à discriminação no emprego e na ocupação**. Organização Internacional do Trabalho, Brasília, 2005, v. 1.

<sup>638</sup> Do dispositivo constitucional decorrem os seguintes enunciados: A trabalhadora tem direito à proteção de seu mercado de trabalho, conforme o legislador assim dispuser; a trabalhadora tem

Para José Carlos Evangelista de Araújo, o art. 7º, XX, da CF/88 é uma disposição instituidora de ação afirmativa.<sup>639</sup> “Depois de equiparar homem e mulher perante a lei, requer-se uma nova lei que os desequipare, compensando, por meio de uma desigualdade jurídica, uma desigualdade de fato.”<sup>640</sup> Entende-se que o dispositivo em questão veicula uma norma que obriga o legislador<sup>641</sup> a criar medidas especiais temporárias trabalhistas de proteção ao mercado de trabalho da mulher, pela via legal; além de permitir aos sujeitos coletivos o mesmo desiderato.

No sistema global geral de direitos humanos, o Decreto n. 4.377/2002 promulgou a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (ONU – 1979), cujos artigos 1º, 4º e 11, dispõem:

Art. 1º. Para os fins da presente convenção, a expressão *discriminação contra a mulher* significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultura e civil ou em qualquer outro campo.

Art.4º. 1. A adoção pelos Estados-partes de *medidas especiais de caráter temporário* destinada a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como conseqüência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

---

direito a mercado de trabalho com incentivos específicos, conforme o legislador assim dispuser; o legislador tem o dever constitucional de criar regime jurídico que proteja o mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos que desestimulem a discriminação.

<sup>639</sup> ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. **Ações afirmativas e Estado Democrático e Social de Direito**. São Paulo: LTr, 2009, p. 125.

<sup>640</sup> *Idem, ibidem*, p. 125.

<sup>641</sup> Referindo-se à disposição proibitiva de discriminação trabalhista, presente Constituição Portuguesa, Ana Prata considera que ao Estado cabe um dever de proteção, especialmente às mulheres em função da maternidade. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 102.

2. A adoção pelos Estados partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente convenção destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória.

Art. 11. 1. Os Estados partes adotarão todas as *medidas apropriadas* para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular:

- a) O direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano;
  - b) O direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego;
  - c) O direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios...
  - d) O direito à igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação de qualidade do trabalho;
- (...) 2. a) proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença de maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil;(...).<sup>642</sup>

A Convenção n. 100, da OIT, sobre a Igualdade de remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual valor, promulgada pelo Decreto n. 41.7221/57, prescreve o seguinte:

Art. 1º. Para os fins desta convenção:

- a) o termo *remuneração* compreende o vencimento ou salário normal, básico ou mínimo e quaisquer vantagens adicionais pagas, direta ou indiretamente, pelo empregador ao trabalhador em espécie ou *in natura*, e resultantes do emprego;
- b) a expressão *igual remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor* refere-se a tabelas de remuneração estabelecidas sem discriminação baseada em sexo.

Art. 2º. 1. Todo país-membro deverá ... assegurar a aplicação, a todos os trabalhadores, do princípio da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor.

---

<sup>642</sup> Destaques nossos.

2. Esse princípio pode ser aplicado por meio de:

- a) leis ou regulamentos nacionais;
- b) mecanismos legalmente estabelecidos e reconhecidos para a fixação de salários;
- c) convenções ou acordos coletivos entre empregadores e trabalhadores, ou
- d) combinação desses meios.

Art. 3º “(...)

3. As diferenças entre as tabelas de remuneração, que correspondem, sem consideração de sexo, a diferenças no trabalho a ser executado, conforme verificados por essa avaliação objetiva, não serão consideradas como contrárias ao princípio da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor.

No sentido de se reconhecer as diferenças, ao invés de formalmente ignorá-las, a 4ª Turma, do Tribunal Superior do Trabalho, assim decidiu:

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.(.)IV Recurso não conhecido. TRABALHO DA MULHER. HORAS EXTRAS DECORRENTES DO INTERVALO PARA DESCANSO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. PRINCÍPIO ISONÔMICO. I - Conquanto homens e mulheres, à luz do inciso I do art. 5º da Constituição da República/88, sejam iguais em direitos e obrigações, é forçoso reconhecer que elas se distinguem dos homens, sobretudo em relação às condições de trabalho, pela sua peculiar identidade biossocial. II - Inspirado nela é que o legislador, no artigo 384 da CLT, concedeu às mulheres, no caso de prorrogação da jornada normal, um intervalo de quinze minutos antes do início do período de sobretrabalho, cujo sentido protetivo, claramente discernível na ratio legis da norma consolidada, afasta, a um só tempo, a pretensa agressão ao princípio da isonomia e a avantajada idéia de capitis deminutio em relação às mulheres. III - Aliás, a se levar as últimas conseqüências o que prescreve o inciso I do artigo 5º da Constituição, a conclusão então deveria ser no sentido de estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres, considerando a penosidade inerente ao sobretrabalho, comum a ambos os sexos, e não a que preconizam aqui e acolá de o princípio da isonomia, expresso também no tratamento desigual dos desiguais na medida das respectivas desigualdades, prestar-se como fundamento para a extinção do direito consagrado no artigo 384 da CLT.

Recurso provido. (PROC. Nº TST-RR-12600/2003-008-09-00.3, 4ª Turma, publicação no DJ - 27/04/2007).<sup>643</sup>

Tanto a discriminação em geral das mulheres, quanto a trabalhista, são proibidas pelo ordenamento jurídico vigente. Mas, não obstante isso, está constitucional e convencionalmente autorizada a criação de ações afirmativas que protejam o mercado de trabalho da mulher, assim como lhe permitam o exercício da igualdade de oportunidades em relação ao acesso, à qualificação profissional, à promoção e a manutenção do emprego.

Em 1999, Amartya Sen afirmou:

Já não mais receptoras passivas de auxílio para melhorar seu bem-estar, as mulheres são vistas cada vez mais, tanto pelos homens como por elas próprias, como agentes ativos de mudança: promotoras dinâmicas de transformações sociais que podem alterar a vida das mulheres e dos homens.<sup>644</sup>

Segundo este autor, a condição da mulher afeta a vida de *todas* as pessoas – homens, mulheres, crianças e adultos.

Ainda que haja razões de sobra para não abrandar a preocupação com o bem-estar e o mal-estar das mulheres e para que se continue a atentar para as privações e sofrimentos femininos, existe também uma necessidade urgente e básica, particularmente neste momento, de adotar uma abordagem voltada para a condição de agente da pauta feminina.<sup>645</sup>

---

<sup>643</sup> Recentemente a Seção de Dissídios Individuais – 1, do Tribunal Superior do Trabalho assim decidiu: “EMBARGOS - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. O Tribunal Pleno desta Corte, no julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, em 17/11/2008, decidiu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República. São, assim, devidas horas extras pela não-concessão do intervalo nele previsto. Embargos conhecidos e desprovidos.” (TST- E-RR - 46500-41.2003.5.09.0068, publicado no DEJT - 12/03/2010).

<sup>644</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta, 7ª reimpressão, 2000, p. 220-222. Destaques no original.

<sup>645</sup> *Idem, ibidem*, p. 220-222.

Corroborando este entendimento, em 2010, o Relatório da Organização das Nações Unidas sobre o Índice de Desigualdade de Gênero (IDG), às fls. 93, asseverou que: “A desigualdade entre os gêneros continua a ser a principal barreira ao desenvolvimento humano.”<sup>646</sup>

Segundo Paula Oliveira Cantelli as ações afirmativas podem veicular diversos aspectos do trabalho feminino, dentre eles o acesso ao trabalho e à formação profissional, a implementação de mecanismos de conciliação entre a vida profissional, familiar e social,<sup>647</sup> favorecimento e estímulo à diversificação de escolhas profissionais e ao domínio de novas tecnologias, dentre outras.

Em sede infraconstitucional, a CLT já prescreve em seus art. 5º e 76 que a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo; sendo que toda medida de proteção ao trabalho das mulheres não autoriza, em hipótese alguma, a redução de salário, segundo o art. 377, da CLT.

Especificamente em relação a medidas temporárias, o art. 373-A, parágrafo único, do texto celetário, com a redação dada pela Lei n. 9.799/99, autoriza a adoção das mesmas visando o estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher, sendo obrigatória a oferta de vagas em cursos de formação de mão-de-obra também às mulheres (art. 390-B).

Além de medidas temporárias, há ainda as distinções legais permanentes relativas à proteção à maternidade (arts. 391 a 401, da CLT).

Face às circunstâncias e fundamentos constitucionais e convencionais expostos, os sujeitos coletivos laborais têm o dever de defender os interesses das trabalhadoras por eles representadas, bem como a autorização para, no exercício

---

<sup>646</sup> Documento disponível em: <[http://hdr.undp.org/en/media/HDR\\_2010\\_PT\\_Chapter5.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Chapter5.pdf)>. Acesso em 04/11/10.

<sup>647</sup> CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação**. São Paulo: LTr, 2007, p. 176.

do poder normativo coletivo, criar medidas especiais trabalhistas que implementem o direito à igualdade de oportunidades trabalhistas e o direito à não-discriminação que as mulheres possuem.

c) idade

Segundo Daniela Lustosa Marques de Souza Chaves, ao lado das dificuldades enfrentadas, no mercado de trabalho, por mulheres e negros, “a idade consiste em outro fator de segregação”. “A idade constitui-se em um dos pontos frágeis das relações laborais”, ensina a autora. “Nesse aspecto, tanto os jovens como os idosos sentem os efeitos de um mercado de trabalho que não alberga a sua população economicamente ativa, deixando de fora um contingente expressivo de trabalhadores.”<sup>648</sup>

As ações afirmativas trabalhistas também podem ter por critério a *idade*, seja quando utilizado de forma individualizada ou de forma cumulada.

Qualquer ação discriminatória fica mais severa quando o indivíduo possui mais idade. Se o indivíduo for mulher, negro ou indígena, quando idoso, será mais discriminado do que quando jovem.<sup>649</sup> Esta circunstância confere forte fundamento de validade para as ações afirmativas trabalhistas que tenham por critério a *idade*.

Por outro lado, segundo o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, é possível discriminar negativamente o trabalhador segundo a sua a idade – mínima ou máxima –, se esta for imprescindível para o desenvolvimento da função objeto da relação de trabalho, *in verbis*: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.” (Súmula 683, STF).<sup>650,651</sup>

---

<sup>648</sup> CHAVES, Daniela Lustosa de Souza. **Mercado de trabalho e discriminação etária: a vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhescentes”**. São Paulo: LTr, 2006, p. 97.

<sup>649</sup> Na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a discriminação trabalhista por idade, consultar: TST, AIRR n. 17129/2000-009-09-40.8 e RR n. 462888/1998.

<sup>650</sup> Ainda neste sentido: STF, RE n. 209714, publicado no DJ 20-03-1998 e RE n. 176479, publicado no DJ 05-09-1997.

O posicionamento inverso, da Corte, também é verdadeiro, qual seja, de que é inconstitucional a discriminação negativa do trabalhador quando a idade não for reclamada pelas atribuições da função.<sup>652</sup>

Sob o aspecto legislativo trabalhista, além do art. 7º, XXX, da CF/88, o Estatuto do Idoso - Lei n. 10.741/2003 – em seus arts. 26 e seguintes, prescreve:

Art. 26. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

Art. 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.

Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada.

Art. 28. O Poder Público criará e estimulará programas de:

I – profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas;

II – preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania;

III – estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

Destaca-se que, o estatuto citado refere-se ao idoso e este, para fins dessa lei, é a pessoa que tiver mais de 60 anos (art. 1º). Os tribunais trabalhistas têm prolatado julgados que demonstram a incidência de discriminação trabalhista sobre pessoa

---

<sup>651</sup> “A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de Trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se estende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares – CF, art. 42, § 11), a todo o sistema do pessoal civil. É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher. Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado.” (STF, RMS n. 21.046, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-1990, Plenário, DJ de 14-11-1991).

<sup>652</sup> Neste sentido: STF, RE n.141.357 publicado no DJ de 8-10-2004.

com idade igual ou superior a 60 anos.<sup>653</sup> Mas, segundo Emmanuel Teófilo Furtado há uma

verdadeira precocidade da idéia de velhice para o mundo do trabalho, vale dizer, enquanto biológica e fisiologicamente, a chamada velhice acontece além dos 60 anos de idade, para o mercado de trabalho, já a partir de 35 anos, em média, o obreiro já é considerado idoso, com toda essa carga de preconceito e discriminação.<sup>654,655</sup>

Em função de a discriminação trabalhista ocorrer em relação a pessoas com idade inferior ao prescrito no estatuto do idoso, o art. 7º, XXX, da Constituição, fala apenas em *idade*.<sup>656</sup>

---

<sup>653</sup> Neste sentido a decisão prolatada pela 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista n. 462.888, procedente da 9ª Região, cujo conteúdo foi publicado no DJ 26.09.2003, sob a relatoria do Juiz Convocado André Luis Moraes de Oliveira: "RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do "poder potestativo", para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema."

<sup>654</sup> FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade**. São Paulo: LTr, 2004, p.324.

<sup>655</sup> Sobre a discriminação por idade, consultar ainda: CAMARANO, Ana Amélia. **O idoso brasileiro no mercado de trabalho**. Texto para discussão n. 830. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, 2001; CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. **Envelhecimento funcional e suas implicações para a oferta da força de trabalho brasileira**. Texto para discussão n. 1.326. Ipea – Instituto de pesquisa econômica aplicada. Rio de Janeiro, 2008.

<sup>656</sup> Emblemático é o caso de demissão retratado no TST, AIRR 17129/2000-009-09-40.8, pois demonstra que uma vendedora foi considerada velha, pela C& A, loja de departamentos, aos 38 anos.

Da mesma maneira que o trabalhador com mais idade não pode ser discriminado negativamente, também não o pode o trabalhador com idade entre 16 e 18 anos.<sup>657,658</sup> Por conseqüência, também é constitucionalmente válida a ação afirmativa que tiver por fim beneficiar os jovens, especialmente quando o objetivo for capacitação ou acesso ao primeiro emprego. Em sede infraconstitucional a CLT em seus art. 402 a 441 também prescreve hipóteses protetivas especiais para o trabalhador entre 16 e 18 anos, bem como para o trabalhador aprendiz entre 14 e 24 anos (art. 428).

Acerca da formação e qualificação profissional, Amilton José Moretto considera:

cabe destacar a questão do jovem que tem sido apresentada como o grande problema do mercado de trabalho, dado que esse grupo apresenta taxas de desemprego mais elevadas, ainda que não se constitua no maior grupo de desempregados em termos absolutos.<sup>659</sup>

Neste cenário, as ações afirmativas para formação, qualificação e acesso de jovens ao mercado de trabalho são muito relevantes.<sup>660</sup> Assim como também são relevantes tais medidas especiais para o recesso ou manutenção do emprego para as pessoas com idade de 40, 50 ou mais anos de vida, dependendo da categoria profissional representada.

d) estado civil

O art. 7º, XXX, da CF/88, também identifica como *motivo* para a discriminação

<sup>657</sup> Note-se que, o trabalho do jovem, aqui referido não é o trabalho infantil, ou seja, do menor de 16 anos, uma vez que este é proibido pela Constituição Federal (art. 7º, XXXIII) e por convencionais internacionais. Sobre o trabalho infantil, consultar: CORRÊA, Lélío Bentes; VIDOTTI, Tércio José (coord.s). **Trabalho infantil e direitos humanos**: homenagem a Oris de Oliveira. São Paulo: LTr, 2005; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Trabalho infantil**. São Paulo: Malheiros, 2006; CURLEY, Lígia Maio Gagliardi. A proteção internacional dos direitos humanos e o trabalho infantil *In Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XV, n. 29, mar., 2005, p. 102-121; GOULART, Marcelo Pedroso. A convenção sobre a idade mínima e o direito brasileiro. *In CORRÊA, Lélío Bentes et al* (coord.s). **Trabalho infantil e direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2005, p. 94-120. Na jurisprudência, consultar também: TST, RR-334/1999-411-02-00.2.

<sup>658</sup> STF, Súmula 205: "Tem direito a salário integral o menor não sujeito a aprendizagem metódica."

<sup>659</sup> MORETTO, Amilton José. **Políticas de emprego e sua contribuição à redução da informalidade e discriminação no mercado de trabalho brasileiro**: a experiência recente. Brasília: OIT, 2010, v.1, p. 25.

<sup>660</sup> *Idem, ibidem*, p. 25.

negativa o estado civil das pessoas. Em função disso, apesar de aparentemente este não ser o critério mais relevante para a criação de ações afirmativas trabalhistas, em havendo necessidade, o mesmo poderá ser utilizado de forma individual ou cumulada aos outros critérios já apresentados.

Em sede convencional, a Convenção n. 111 sobre Discriminação no emprego e profissão, promulgada pelo Decreto n. 62.150/68, dispõe:

Art.1º.1 - Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" compreende:

(...)

b) *qualquer outra distinção*; exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

(...)

Neste sentido, também art. 391, da CLT, que proíbe a rescisão do contrato de trabalho da mulher pelo fato de esta haver contraído matrimônio e cujo parágrafo único também proíbe a veiculação, em regulamentos de qualquer natureza e em instrumentos coletivos de trabalho, de restrições ao direito da mulher ao seu emprego por motivo de casamento.

Note-se que os referidos dispositivos constam na CLT na seção de "Proteção à maternidade", mas a Constituição é mais genérica, quando em seu art. 7º, XXX, elegeu apenas o critério *estado civil*.

e) deficiência

Afora os critérios constantes do art. 7º, XXX, da CF/88, e acima já referidos, o inciso XXXI do mesmo artigo também aponta a condição dos trabalhadores portadores de

deficiências<sup>661</sup> como critério para fundamentar a criação de medidas afirmativas trabalhistas.

Os incisos constitucionais em referência alinham-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU -1948), cujo seu artigo II dispõe:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie(...).

No sistema global geral de direitos humanos, o Decreto n. 591/1992 promulgou o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (ONU – 1966), que em seu artigo 7º dispõe:

Os estados signatários do presente Pacto reconhecem o direito *de toda pessoa* ao gozo de condições de trabalho equitativas e satisfatórias que lhe assegurem em especial:

a) I: “Um salário equitativo e igual por trabalho de igual valor, *sem distinções de espécie alguma*, (...), com salário igual por trabalho igual.

Aqui, considera-se por deficiência o disposto no art. 1º, da Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiências (OEA-1999), promulgada pelo Decreto n. 3.956/2001, *in verbis*:

Art. 1º. Para efeitos desta convenção, entende-se por:

1. Deficiência

O termo *deficiência* significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer

---

<sup>661</sup> Sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiências, consultar: ARAÚJO, Luiz Alberto David (coord). **Defesa dos direitos das pessoas portadora de deficiência**. São Paulo: RT, 2006; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direitos da pessoa portadora de deficiência**. São Paulo: Max Limonad, 1997; GUGEL, Maria Aparecida *et al* (coord). **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A pessoa com deficiência sob a ótica do Judiciário. *In Revista do Advogado*. São Paulo, Ano XXVII, nº 95, 2007, p. 7- 20; GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007; GOLDFARB, Cibelle Linero. **Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008; SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a prestações positivas e igualdade: a deficiência em perspectiva constitucional**. São Paulo: LTr, 2007.

uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.<sup>662</sup>

Esta Convenção, no mesmo art. 1º, item 2, alínea “a” também define o que vem a ser discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência:

a) o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

Já a alínea “b” do mesmo item considera que:

b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

Em 25 de agosto de 2009, o Decreto n. 6.949 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, cujos artigos 3º, 5º e 27, prescrevem:

Art. 3º

Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

---

<sup>662</sup> Sobre considerações mais detalhadas acerca do conceito de deficiência, consultar: ARAÚJO, Luiz Alberto David. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 11 – 24.

(...)

b) A não-discriminação;

(...)

#### Artigo 5

##### Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.

2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e *garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.*

3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as *medidas apropriadas* para garantir que a *adaptação razoável seja oferecida.*

4. Nos termos da presente Convenção, as *medidas específicas* que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

(...)

Fixando regras especiais em relação ao trabalho e emprego, a referida Convenção Internacional, em seu art. 27, oferece importantes subsídios aos sujeitos coletivos para, no exercício de seu poder normativo coletivo, criar ações afirmativas que alberguem os interesses individuais homogêneos dos trabalhadores, portadores de deficiência, que integrem a sua categoria profissional.

Dentre as hipóteses de medidas afirmativas, passíveis de criação mediante normas jurídicas coletivas, com fundamento no referido documento internacional, encontram-se: a) mecanismos que garantam a igualdade de condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, de ascensão profissional e de condições seguras e salubres de trabalho; b) normas coletivas que imponham o direito de que as pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, tenham condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho; c) normas coletivas que prescrevam às pessoas com deficiência o direito ao acesso efetivo a programas de orientação

técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado; e, d) normas coletivas que assegurem que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho, dentre outras.

E, retomando-se a Convenção Interamericana (OEA-1999) destaca-se que esta também autoriza a criação de medidas afirmativas que beneficiem os trabalhadores deficientes. Esta Convenção, em seu art. 3º, dispõe que seus objetivos poderão ser alcançados por meio de medidas promovidas, inclusive, por entidades privadas, que tenham por fim eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de, entre outras coisas, o emprego. Ressalte-se que, na definição das tais entidades, encontram-se especialmente legitimados os sindicatos laborais, uma vez que, conforme visto no quarto capítulo deste estudo, eles têm o dever constitucional de representar os interesses dos trabalhadores aos quais estão vinculados.

Além das convenções globais e regionais apresentadas acima, destaca-se ainda o Decreto n. 129/91, que promulgou a Convenção n. 159, da OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Esta Convenção, em seu art. 3º, prescreve como um dos princípios da reabilitação profissional para pessoas deficientes, que toda política neste sentido deve abranger todas as categorias de pessoas deficientes e promover oportunidades de emprego no mercado regular de trabalho.

O princípio da igualdade de oportunidades para os trabalhadores portadores de deficiências também encontra fundamento positivo no art. 4º da Convenção n. 159, da OIT, que prescreve que as políticas de reabilitação deverão ter como base o princípio de igualdade de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. O mesmo artigo prescreve ainda que as *medidas positivas especiais* com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.

Além do art. 7º, XXXI, da CF/88, e das várias normas supralegais retro referidas, não se pode deixar de mencionar que as ações afirmativas trabalhistas que tiverem por fim atingir trabalhadores portadores de deficiências também se fundamentam no art. 93, da Lei n. 8.213/93, que criou o sistema de quotas para os referidos trabalhadores e no inciso VIII, do art. 37, da CF/88, que, no mesmo caminho, também prescreve: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Do exposto, se constata que, o sindicato laboral tem o dever constitucional de defender os interesses dos trabalhadores portadores de deficiência, bem como estão autorizados a criar ações afirmativas que prescrevam medidas de acessibilidade, de ergonomia ou de qualquer outra natureza, capazes de permitir a tais trabalhadores melhores condições de trabalho e o exercício pleno do direito à igualdade de oportunidades trabalhistas.

Mas, assim como já referido em item supra, os sindicatos, para criação de tais medidas, deverão prescrevê-las de forma a não gerarem novas discriminações, o que impõe que o tratamento não seja dado separadamente dos demais trabalhadores e que tais medidas sejam razoáveis e proporcionais à condição do trabalhador protegido.

### **5.7 Modalidades de ações afirmativas trabalhistas**

As ações afirmativas ou medidas afirmativas temporárias trabalhistas podem ser apresentadas em modalidades e em técnicas diversas. No exame da doutrina nacional, notou-se uma carência na identificação e na descrição das mesmas.<sup>663</sup>

Esta também é a opinião de Joaquim Barbosa Gomes:

falta ao Direito brasileiro um maior conhecimento das modalidades e das técnicas que podem ser utilizadas na implementação de ações

---

<sup>663</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 31.

afirmativas. Entre nós, fala-se quase exclusivamente do sistema de cotas, mas esse é um sistema que, a não ser que venha amarrado a um outro critério inquestionavelmente objetivo, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal.<sup>664</sup>

Além do sistema de cotas, o autor cita as seguintes espécies de ação afirmativa: o estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais.

No mesmo esforço, Paola Cappelin<sup>665</sup> cita os seguintes modelos de medidas especiais temporárias: políticas anti-discriminatórias, políticas que reconhecem que a discriminação se produz num complexo sistema de relações e tem múltiplas manifestações e políticas de ampliação de oportunidades.

Segundo a autora, o primeiro modelo (políticas antidiscriminatórias) reúne normas jurídicas trabalhistas que proíbem os empregadores de discriminarem negativamente os trabalhadores e incentiva-os a ignorar as características discriminantes presentes nas pessoas. O segundo modelo abrange políticas que tratam da discriminação do mercado de trabalho, buscam o aperfeiçoamento profissional dos grupos discriminados e até podem adotar a reserva legal de postos de trabalho. Além disso, estas políticas podem regular medidas para compensar os efeitos de discriminações praticadas no passado contra um determinado grupo. Por fim, no terceiro modelo reconhece-se que as desigualdades têm origem fora do mercado de trabalho, daí que a atuação deste modelo é mais ampla que a dos modelos anteriores e inclui a adoção de serviços de apoio para enfrentar as desigualdades dos grupos sociais discriminados em todos os âmbitos.<sup>666</sup>

Além dos modelos expostos encontrou-se, em Manuela Tomei, a classificação de ações afirmativas trabalhistas segundo os estágios da relação empregatícia sobre os quais as mesmas incidem. A referida autora divide tais medidas em três grandes

---

<sup>664</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Instrumentos e Métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000, p. 18. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br>>. Acesso em 20/10/2010.

<sup>665</sup> CAPPELIN, Paola. Ações afirmativas: uma estratégia para corrigir as desigualdades entre homens e mulheres. *In Discriminação positiva ações afirmativas: em busca da igualdade*. São Paulo. CFEMEA/ELAS, p. 23.

<sup>666</sup> *Idem, ibidem*, p. 23.

categorias: medidas de divulgação e recrutamento, metas de contratação e promoção e metas para as políticas públicas de aquisição.<sup>667,668</sup>

Em relação à primeira categoria (medidas de divulgação e recrutamento), Manuela Tomei considera que as medidas afirmativas visam atrair o trabalhador, promover candidatos qualificados dentro dos grupos-alvo e manter o trabalhador no emprego após a obtenção deste. Isso pode ser alcançado chamando a atenção de membros dos grupos envolvidos para as oportunidades de emprego, encorajando-os a se candidatar,<sup>669</sup> ensina a autora.

Nesta fase preparatória para a relação jurídica de trabalho, propriamente dita, poderão ser consideradas como medidas afirmativas: programas de estágio envolvendo estudantes de grupos discriminados e programas de formação que promovam contato entre membros de grupos sub-representados situados em diferentes posições hierárquicas,<sup>670</sup> exemplifica Manuela Tomei.

Outra medida afirmativa que poderá ser prescrita, tanto para a fase preparatória quanto para o decorrer da relação jurídica trabalhista “consiste em oferecer a grupos sub-representados habilitações e competências que possam aumentar suas

---

<sup>667</sup> TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios, p. 17. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>>. Acesso em 27/10/10.

<sup>668</sup> Em sede federal, em 2002, foi publicado o Decreto n. 4.228/02, que criou o Programa Nacional de Ações Afirmativas, cujo art. 2º, prescreveu, *in verbis*: “Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor: I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS; II - inclusão, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa; III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.” Sendo que, nos termos do art. 5º, do referido Decreto, os trabalhos de Secretaria-Executiva do Comitê de Avaliação e Acompanhamento de Ações Afirmativas ficaram ao encargo do Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

<sup>669</sup> TOMEI, **Ação afirmativa para...**, p. 18.

<sup>670</sup> *Idem, ibidem*, p. 18.

chances de recrutamento e de promoção”.<sup>671</sup> Nesta categoria de medida afirmativa, considera a autora, os critérios sexo, raça e origem étnica são relevantes para determinar quem deve ser informado e treinado.

Segundo Tomei, os objetivos destas medidas especiais “são estabelecidos em relação aos aumentos desejados na representação de determinados grupos dentro de um certo período de tempo”. Em função disso, os levantamentos sobre a mão-de-obra, por meio da revisão periódica da composição da categoria profissional, são úteis para assegurar o cumprimento dos objetivos que deverão ser previamente estabelecidos.<sup>672</sup>

Para Manoela Tomei, as referidas medidas afirmativas podem ser associadas à prescrição de:

metas e cronogramas para contratação, treinamento ou demissão, ou com a definição de cotas para que certa proporção de posições em departamentos ou escritórios seja destinada a membros de grupos sub-representados. As metas procuram estabelecer patamares em relação aos quais se possa medir o progresso em relação a objetivos fixados, ao passo que as cotas constituem um fim em si mesmas.<sup>673</sup>

Estas metas compõem a segunda categoria de medidas afirmativas, na classificação elaborada pela autora.

Para complementar as categorias anteriores, a autora cita como terceira categoria de medidas especiais as políticas de aquisição de bens e serviços. Segundo Tomei, estas políticas visam incrementar e estimular o estabelecimento de políticas das categorias anteriores, no âmbito das empresas.

Nos Estados Unidos da América, exemplifica a autora:

---

<sup>671</sup> TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios, p. 18. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>>. Acesso em 27/10/10.

<sup>672</sup> *Idem, ibidem*, p. 18.

<sup>673</sup> *Idem, ibidem*, p. 23.

prestadores de serviço para o poder federal, que tenham 50 ou mais empregados e contrato de US\$ 50 mil ou mais, devem implementar medidas de ação afirmativa. Isso implica submeter e implementar um plano quinquenal com metas e cronogramas detalhando medidas previstas para atingir os objetivos. Estes devem ser 'significativos, factíveis e específicos'. Vale ressaltar que toda a empresa deva atender à exigência, e não apenas a fração da empresa diretamente relacionada ao contrato federal.<sup>674</sup>

Como estímulo similar ao apresentado por Manuela Tomei, cita-se o prescrito na Lei n.11.770/08, que instituiu o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal, e cujo art. 5º prescreve que a pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto de renda, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, sendo, contudo, vedada a dedução de tal valor como despesa operacional.

Além disso, os sujeitos coletivos e empresas brasileiras poderão viabilizar treinamentos e capacitação com base nos programas de financiamento autorizados pela Lei n. 12.228/2010, cujo art. 40 prescreve: “O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (CODEFAT) formulará políticas, programas e projetos voltados para a inclusão da população negra no mercado de trabalho e orientará a destinação de recursos para seu financiamento”.

Antes da publicação desta priorização de transferência de recursos para a capacitação de pessoas discriminadas, o CODEFAT, por meio da Resolução n. 333, art. 8º, IV, já havia determinado que na população prioritária do Plano Nacional de Qualificação, para fins de aplicação de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador, estavam compreendidas pessoas beneficiárias de ações afirmativas de combate à discriminação, aí incluídas, dentre outras, afro-descendentes, índio-

---

<sup>674</sup> TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios, p. 10. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>>. Acesso em 27/10/10.

descendentes, mulheres, jovens, portadores de deficiência e pessoas com mais de 40 anos.

Atualmente, no mesmo sentido a Resolução n. 575, de 28 de abril de 2008, do CODEFAT, que prescreve em seu art. 4º, IV, que as ações de qualificação social e profissional deverão ser direcionadas prioritariamente para as populações: pessoas beneficiárias de políticas de ações afirmativas de combate à discriminação. Por este direcionamento prioritário de recursos para capacitação e qualificação profissional, o CODEFAT estimula as empresas a criar e implantar ações afirmativas contra a discriminação.

Yara Maria Pereira Gurgel considera que, na fase pré-contratual, o empregador “deve destinar um percentual de vagas aos grupos vulneráveis, como mulheres, negros, idosos e pessoas portadoras de deficiência”. Assim como o empregador “deve estabelecer, inclusive, por meio de programa de metas, um percentual homogêneo de homens e mulheres nos postos de trabalho, bem como nas diversas funções”, assevera a autora.<sup>675</sup>

Mas, entende-se que os empregadores deverão assim proceder, em cumprimento de dever, se assim estiverem obrigados por normas jurídicas vinculantes. Enquanto isso não acontecer, nada os obrigará a assim agir.

Se normas coletivas veicularem ações afirmativas, além das espécies de ações afirmativas apresentadas acima – salvo os incentivos fiscais e o sistema de aquisições públicas – outras poderão ser desenvolvidas, dentre elas:

- a) na fase pré-contratual: a proibição de inclusão de aparência em anúncios de emprego e cadastros de seleção com a opção de raça ou cor, segundo o critério de auto-reconhecimento;

---

<sup>675</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não-discriminação: sua aplicação às relações de trabalho.** Tese de doutorado apresentada à PUC/SP, em 2007, p. 75.

b) na fase contratual: comissões bipartites que definam, implantem e controlem o desenvolvimento de metas de capacitação preferencial e ascensão profissional de mulheres, de igualação salarial entre homens e mulheres com igual capacitação; estabelecimento de preferências para a contratação e capacitação de jovens pretos e pardos, dentre outras.

Os sindicatos, na criação de políticas de ação afirmativa, por intermédio de suas convenções coletivas, têm ampla liberdade e permissão constitucional para regradar. Todavia, deverão observar os critérios constitucionais que autorizam a discriminação positiva, bem como deverão ser cuidadosos quanto à transparência dos procedimentos, das metas, dos mecanismos de controle e, se possível, da duração das medidas especiais promocionais.

Também corrobora este entendimento o magistério de Maria Aparecida Gugel ao defender que os sujeitos coletivos trabalhistas, ao prescreverem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito de suas categorias, “irão negociar para além da proibição da discriminação contida na Constituição e leis, criando condições de discriminação positiva e temporária, ao longo de dois anos (§ 3º, art. 614, CLT), de forma a recuperar e restabelecer a condição de igualdade do trabalhador negro no trabalho e na ocupação.”<sup>676</sup>

A autora também entende que:

os sindicatos têm legitimidade para negociar e fixar cláusulas estabelecendo condições de trabalho, forma de remuneração dentre outras, podendo alcançar resultados positivos indiscutíveis com os seguintes balizamentos para cláusulas com conteúdo afirmativo e de promoção de igualdade.<sup>677</sup>

Maria Aparecida Gugel, inclusive, sugere que normas jurídicas coletivas sejam enunciadas nos seguintes termos:

---

<sup>676</sup> GUGEL, Maria Aparecida. Cláusula coletiva de promoção da igualdade no emprego e na ocupação para o trabalhador negro. *In Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano 15, n. 29, mar., 2005, p. 42.

<sup>677</sup> *Idem, ibidem*, p. 43.

Objetivando corrigir a distorção do acesso ao emprego de homens e mulheres negros, no período de dois anos, as empresas do setor atingirão o percentual mínimo de X% de trabalhadores negros em atividade no quadro geral da empresa.

Ou: Objetivando corrigir a distorção da distribuição de funções na empresa em postos de maior complexidade e visibilidade, dar preferência de promoção para trabalhadores negros, homens e mulheres, até atingir um percentual mínimo de X% de trabalhadores negros trabalhando nas funções na empresa.<sup>678</sup>

Como exemplo real do exercício normativo coletivo defendido neste estudo, cita-se as cláusulas *trigésima quinta*<sup>679</sup> das Convenções Coletivas de Trabalho, vigentes nos períodos de 2009/2010 e 2010/2011, firmadas entre os Sindicatos dos Bancários do Estado de São Paulo e os sindicatos patronais filiados à Federação Nacional dos Bancos.

Outro exemplo emblemático está no Acordo Coletivo de Trabalho, que vigeu em 2003, firmado entre o Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de São Paulo e a Camisaria Colombo, que instituiu um percentual de vagas de empregos para afrodescententes.<sup>680</sup>

---

<sup>678</sup> GUGEL, Maria Aparecida. Cláusula coletiva de promoção da igualdade no emprego e na ocupação para o trabalhador negro. In **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, ano 15, n. 29, mar., 2005, p. 43.

<sup>679</sup> Convenção Coletiva de Trabalho, registrada no Ministério do Trabalho em Emprego sob o n. SRT00144/2010, sob a solicitação de registro n. MR012351/2010 e processo n. 46000.012352/2010-99: "CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA - IGUALDADE DE OPORTUNIDADES. As partes ajustam entre si a manutenção da Comissão Bipartite que desenvolverá propostas de orientação a empregados, gestores e empregadores no sentido de prevenir eventuais distorções que levem a atos e posturas discriminatórias nos ambientes de trabalho e na sociedade de forma geral. Parágrafo Único: O Programa FEBRABAN de Valorização da Diversidade no Setor Bancário e o Programa FEBRABAN de Capacitação Profissional e Inclusão Social de Pessoas com Deficiência do Setor Bancário servirão de premissa para orientação dos bancos na implementação de suas ações, de acordo com as diretrizes e planos de ação definidos ou que vierem a ser definidos no Programa." Esta cláusula, atualmente, vige sob na Convenção Coletiva de Trabalho registrada sob o n SRT00083/2011, mediante a solicitação de n. MR075400/2010 e processo n. 46000.001427/2011-97. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/mediador>. Acesso em 02/04/2011.

<sup>680</sup> "Acordo Coletivo de Trabalho. Por este instrumento e na melhor forma de direito, de um lado, como representante da categoria profissional, o SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DE SÃO PAULO, com sede na Rua Formosa nº 367 – 4º andar – Centro – SP, neste ato representado por seu Presidente, Sr. Ricardo Patah, doravante denominado SINDICATO, e de outro lado a empresa ADM COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. nome fantasia CAMISARIA COLOMBO LTDA,

Não obstante o exposto, entende-se que, para garantia de maior eficácia social das normas jurídicas coletivas que veicularem ações afirmativas, é importante que, como procedimento prévio à pactuação das mesmas, os trabalhadores integrantes da categoria alvo sejam consultados e pesquisados por seus respectivos sindicatos laborais.

---

estabelecida na Rua Miguel Couto 53, 9º Andar, com CNPJ nº 04.744.781/0001-80, doravante denominada EMPRESA, celebram entre si o presente ACORDO COLETIVO DE TRABALHO, em conformidade com o que segue: CLÁUSULA PRIMEIRA - A EMPRESA se compromete a reservar, pelo menos, 20% (vinte por cento) de seus postos de trabalho, destinados a pessoas de cor negra. CLÁUSULA SEGUNDA - Os acordantes, ao firmar o presente acordo, procuram tão somente contribuir para uma melhor interação e equilíbrio social, jamais objetivando prejudicar pessoas de outras raças ou cores. CLÁUSULA TERCEIRA - O presente acordo terá vigência de um ano, a partir de sua assinatura. E assim, por estarem de acordo, assinam o presente instrumento. São Paulo, 08 de dezembro de 2003." . BRASIL, MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE), Delegacia Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul. Publicação do Seminário Formação de Sindicalistas para a Promoção da Igualdade de Oportunidades através da Negociação Coletiva, realizado em outubro de 2005, p. 32 e 33. Disponível em: [http://www.oit.org.br/info/download/publ/oit\\_igualdade\\_racial\\_07.pdf](http://www.oit.org.br/info/download/publ/oit_igualdade_racial_07.pdf). Acesso em 02/04/2011.

## CONCLUSÕES

1. O Direito Positivo pátrio constitui-se, formalmente, em um sistema e em seu topo está a Constituição Federal de 1988, cujo texto planifica os veículos introdutores de normas, prescreve os sujeitos autorizados a inseri-las e dirige, em certa medida, os conteúdos das normas jurídicas presentes no ordenamento.

2. Todas as normas jurídicas constantes do Texto Maior têm a mesma estatura formal e representam o fechamento e a unidade do ordenamento jurídico.

3. Tal fechamento exprime que o dever-ser provém de um dever-ser. Ele não significa que o direito positivo regule todas as hipóteses de condutas intersubjetivas, nem que a autoprodução normativa desconsidere os fatos sociais, que lhe dão suporte. A idéia de fechamento é apenas um critério de qualificação deôntica, para reconstruir gnosiologicamente o sistema jurídico positivo.

4. O Direito Positivo forma um sistema. Sob o ponto de vista da estrutura formal, as normas jurídicas são ordenadas num sentido vertical de subordinação e derivação. As normas jurídicas superiores funcionam como fundamento de validade das que lhes são imediatamente inferiores e estas se espelham naquelas. No sentido horizontal, as normas jurídicas relacionam-se coordenadamente umas com as outras, formando uma teia, entrelaçada e complementar, de sentidos. Criadas as normas jurídicas (unidades deônticas), estas se fundam formalmente (sintaticamente) em normas constitucionais de estrutura que as permitiram nascer, e materialmente (semanticamente) no conteúdo presente nas demais normas constitucionais, bem como se relacionam coordenadamente com as demais normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico.

5. Uma norma jurídica não pode ser entendida como sinônimo de um dispositivo, de um artigo ou um inciso de dado texto legal, mas como uma ordenação lógica mental com sentido, ou seja, um juízo condicional. E o intérprete tem a função de organizar sintaticamente as normas jurídicas.

6. A linguagem – natural ou técnica – é um bem cultural, veiculando, nessa condição, cargas valorativas. Como decorrência, se o direito positivo se expressa por meio de uma estrutura lingüística, identicamente está impregnado de sentidos e de valores. Por as normas jurídicas serem as representações mentais criadas pelo intérprete e aplicador, a partir de contatos com um texto (grafado ou falado) carregado de valores, justificam-se as diferentes interpretações dadas por diferentes sujeitos a um mesmo enunciado prescritivo, uma vez que cada um deles vê o substrato físico com os olhos de seus valores e experiência, projetando em suas mentes normas jurídicas distintas. Assim, todo intérprete, teoricamente, pode participar da elaboração do sentido veiculado pelas normas jurídicas, na medida em que puder influir na interpretação das mesmas, não a partir de seu arbítrio, mas das opções intranormativas.

7. Para fins de classificação das espécies das normas constitucionais, descreve-se o conceito de constituição como sendo um conjunto de normas jurídicas reunidas em um documento escrito, solene e rígido, estabelecido por um constituinte em dado espaço e tempo.

8. Na doutrina as normas constitucionais são classificadas, segundo critérios distintos, em: princípios e regras; normas de eficácia plena e incidência imediata ou eficácia limitada e incidência mediata; e, normas de estrutura e normas de conduta.

9. O art. 7º, XXVI, da CF/88, é uma norma de estrutura de eficácia plena e prescreve no ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. A combinação deste inciso com o conteúdo veiculado pelo art. 8º, III e VI, do Texto Maior, atribui aos sindicatos a condição de centro de produção normativa e lhes confere uma porção de poder para criar normas jurídicas trabalhistas, no âmbito das categorias que representam.

10. A subordinação ao texto constitucional impõe a tais sujeitos o exercício condicionado do poder normativo a um objetivo específico: a melhoria das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, segunda e última partes, art. 1º, III, art. 3º, e, art. 170, todos da CF/88).

11. O art. 7º, *caput*, da CF/88 e seus incisos, encontram-se, na CF/88, sob o Título II “Dos direitos e garantias fundamentais” e no Capítulo II “Dos Direitos Sociais”. Para a análise do *caput* do art. 7º, o mesmo deve ser separado nos seguintes termos: 1º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”; 2º “São direitos (...) além de outros (...)”; 3º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...) outros (direitos) que visem à melhoria de sua condição social”. O art. 7º, *caput*, 1ª parte, outorga direitos aos trabalhadores e confere fundamentalidade formal e material aos mesmos. Esta porção textual conjuga-se a cada um de seus incisos, considerados em si mesmos, para criar direitos e correspondentes deveres.

12. Como direitos fundamentais, os direitos prescritos nos incisos do art. 7º têm aplicabilidade imediata, na medida da eficácia impregnada nos textos constitucionais que os prescrevem e nos termos do art. 5º, § 1º, da CF/88. Além da aplicabilidade imediata, colaboram para a definição da natureza jurídica dos direitos contidos no art. 7º, *caput*, 1ª parte e incisos, o artigo 60, § 4º, IV, da CF/88, que lhes atribui natureza pétrea e irredutível, salvo nos casos previstos no próprio texto constitucional e sob a condição teleológica imposta pela parte final do *caput* do próprio art. 7º.

13. Do *caput* do art. 7º, da CF/88, também se depreende um segundo enunciado: “São direitos dos trabalhadores (...) além de outros (...)”. Ao utilizar a expressão “além de...”, combinada com cláusula de eternidade supra, o constituinte imputou ao rol de direitos expressos nos incisos do art. 7º a condição de mínimos, ao mesmo tempo em que autorizou a criação de outros direitos trabalhistas.

14. Ou seja, a expressão “além de...” também cria uma norma de estrutura – que pode ser chamada de *cláusula de abertura* - que permite obrigar; i.e., permite tanto ao legislador quanto aos sujeitos coletivos trabalhistas a criação de outros direitos materialmente fundamentais ao trabalhador, desde que esta permissão seja exercida com o fito de melhorar as condições sociais dos trabalhadores urbanos e rurais. Esta norma de estrutura possui a mesma natureza jurídica daquela prescrita no art. 5º, § 2º, da CF/88. Tal norma se conjuga ao inciso XXVI, do mesmo art. 7º, e ao inciso I, última parte, do art. 22, da CF/88, para autorizar a criação de *novos direitos* materialmente fundamentais aos trabalhadores.

15. A parte final do *caput*, do art. 7º, da CF/88, veicula a expressão: “(...) outros (direitos) que visem à melhoria de sua (dos trabalhadores urbanos e rurais) condição social”. Esta porção textual põe em evidência um objetivo constitucional e conjuga-se à segunda parte já destacada acima. Seja no caso de criação de direito efetivamente novo, seja o caso de recriação de direito já existente, o legislador e os sujeitos coletivos trabalhistas somente poderão fazê-los se para melhorar a condição social do trabalhador.

16. A parte intermediária e a parte final do *caput* do art. 7º, aliado ao art. 60, §. 4º, IV, prescrevem um princípio constitucional comumente chamado pela doutrina de princípio protetor. Este princípio impede a redução de direitos fundamentais do trabalhador e torna indisponível – inclusive à vontade do próprio titular - os direitos criados pelo constituinte. Desta proteção decorre o subprincípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas ou da irrenunciabilidade destes.

17. O princípio protetor trabalhista veicula tanto um valor que é “melhorar a condição social do trabalhador” quanto um dever de implementação daquele valor quando do exercício, pelos sujeitos autorizados, da parcela de poder normativo. Descumprido o dever de implementar o valor e a finalidade pretendidos pelo constituinte, inconstitucional será o produto normado.

18. Quanto ao princípio da irredutibilidade dos direitos fundamentais trabalhistas, este decorre do caráter pétreo que aos mesmos foi conferido pelo art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Se no exercício de seu poder de conformação o legislador regular o direito fundamental a patamares desproporcionais ou desiguais, caracterizar-se-á a inconstitucionalidade por omissão parcial. Já se os sujeitos coletivos, dentro dos limites permitidos pela constituição, criarem ou alterarem os direitos constitucionalmente prescritos em prejuízo do trabalhador, o produto normado será inválido.

19. Quanto ao princípio da indisponibilidade dos direitos fundamentais trabalhistas, este decorre da noção de proteção constante da própria natureza destes direitos. Se

eles fossem disponíveis não precisariam da proteção reforçada constante do art. 60, § 4º, IV, da CF/88.

20. Sobre a vinculação dos direitos fundamentais trabalhistas, é pela análise dos vários dispositivos constitucionais que tratam dos mesmos que se poderá afirmar, ou não, a aplicabilidade direta e imediata ou indireta e mediata dos mesmos, quer às relações jurídicas estabelecidas entre particulares, quer às relações jurídicas entre estes e o Estado. O *quantum* de vinculabilidade dependerá sempre da configuração do produto constitucional apresentado por cada constituinte em cada tempo e lugar.

21. Quando há a necessidade de intervenção do legislador para implementar um direito fundamental prescrito na Constituição, diz-se que este possui vinculação mediata. Há direitos fundamentais trabalhistas prescritos no art. 7º, da CF, que não demandam a ação do legislador. Neste caso, diz-se que os mesmos possuem eficácia imediata em relação aos seus destinatários, quer o Estado, quer os empregadores ou sujeitos coletivos trabalhistas.

22. Dos direitos fundamentais trabalhistas prescritos no art. 7º que atribuem, proíbem e impõem, concomitantemente, comportamentos, quer ao titular do direito, quer ao legislador, quer para terceiros, destacam-se os prescritos no inciso XXX: proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Este dispositivo veicula o direito à igualdade de oportunidades e à não-discriminação trabalhista.

23. Além dos referidos direitos e correspondentes deveres, impostos ao empregador, o inciso XXX, do art. 7º, conjugado com o art. 22, I, parte final, também veicula normas constitucionais que proíbem o legislador e os sujeitos coletivos trabalhistas de criarem normas em sentido contrário.

24. O desenho da liberdade sindical presente na CF/88 combina-se com o princípio protetor e o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, constantes do art. 7º, *caput*, segunda e última partes. Estas normas constitucionais condicionam o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

25. Pela conjugação entre o art. 8º, III e VI, o art. 7º, *caput*, segunda e última partes, e inciso XXVI, todos do Texto Maior, é atribuída aos sindicatos a condição de centro de produção normativa, bem como a eles conferida uma porção de poder para criar normas jurídicas trabalhistas relativas a interesses coletivos e individuais dos membros de sua categoria.

26. O sindicato tem natureza jurídica contratual privada, é reconhecido pelo ordenamento jurídico estatal nos termos de sua adequação a este e possui configuração constitucional própria e apartada dos membros da categoria por ele representada.

27. O sindicato vincula-se à noção de categoria e à representação, tem competência para defender os direitos coletivos ou individuais já jurisdicizados, bem como perseguir e jurisdicizar interesses individuais homogêneos e coletivos dos membros da categoria por ele representada.

28. Dentre as acepções existentes para a palavra *defesa* destaca-se a que significa a promoção de ações administrativas ou políticas através das quais se busque obter para o trabalhador, interesses individuais homogêneos ou coletivos. Assim, além da legitimação processual conferida pela Constituição ao sindicato para a defesa de *direitos já criados*, o art. 8º, III e VI, também atribuiu a tal ente coletivo a competência para discutir, negociar e obter para o trabalhador o objeto de seus interesses individuais homogêneos ou coletivos.

29. A noção de categoria, prescrita na Constituição, integra-se pelo conteúdo das expressões *interesses coletivos* e *interesses individuais homogêneos*.

30. A exigência de proteção individual homogênea dos membros que compõem a categoria profissional nasce do próprio art. 8º, III e VI, combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana (1º, III, da CF/88). Nestes interesses estão inseridos aqueles albergados pelo art. 7º, XX, XXX, XXXI e XXXIII, da CF/88, que proíbem a discriminação entre trabalhadores integrantes de uma mesma categoria profissional, por motivos não relacionados à habilitação profissional e ao valor do trabalho realizado.

31. Na Constituição Brasileira de 1988, a autonomia privada coletiva – poder normativo coletivo – tem fundamento no art. 1º, III, no art. 3º, no art. 7º, XXVI, no art. 8º, III, IV, VI e no art. 170, todos da CF/88. Outro fundamento para a mesma, são as normas proibitivas decorrentes do caráter imutável dos direitos constantes do art. 7º, conforme já demonstrado.

32. O poder normativo coletivo exercido pelo sindicato é uma fonte derivada do direito do trabalho, criada e regulada pelo ordenamento jurídico vigente. Se na produção normativa forem observadas as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais imperativas e/ou proibitivas, atribuir-se-á às normas jurídicas coletivas a garantia de inserção válida no ordenamento jurídico.

33. O art. 7º, VI, XIII e XIV, da CF/88, veicula normas de estruturas especiais que atribuem aos sindicatos uma permissão negocial mais ampla, nos casos que regula.

34. A subordinação do poder normativo coletivo ao texto constitucional impõe às entidades sindicais um exercício condicionado e com vista a um objetivo: a melhoria das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores – princípio da proteção (art. 7º, caput, 2ª parte) e demais princípios e regras constitucionais, especialmente os constantes do art. 1º, e do art. 170, da CF. Em função destes condicionamentos constitucionais, postos para o exercício do poder normativo reconhecido pelo texto constitucional, é possível afirmar que há um dever de proteção dos sujeitos coletivos em relação aos interesses de seus representados. Esta finalidade protetiva está implícita no poder normativo. Sem aquela, este não existe.

35. O art. 8º, VI, da CF/88, obriga o sindicato laboral a participar do processo negocial coletivo, o que lhe impõe o dever de propor, contrapor, discutir, pressionar, etc. Os sindicatos laborais têm o dever de propor a promoção e a implementação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, assim como de propor e defender os interesses coletivos da categoria e os interesses individuais dos membros ou de parte dos membros da categoria.

36. Considerando-se que, no Brasil, a discriminação é estrutural e reflete-se fortemente no mercado de trabalho, a partir do art. 8º, VI, da Constituição, é imperativo que os sujeitos coletivos laborais empreendam ações capazes de alterar a realidade e de contribuir para dar maior eficácia ao direito à igualdade de oportunidades e à não-discriminação trabalhista, prescritos na Carta Maior, especialmente os elencados no art. 7º, XX, XXX, XXXI e XXXIII.

37. A ação afirmativa trabalhista é um mecanismo apto a promover e implementar os direitos em referência. Ela tem fundamento constitucional no art. 1º, art. 3º, art. 7º, XX, XXX, XXXI e XXXIII, e, art. 170, *caput* e incisos, todos da Constituição. As convenções internacionais sobre direitos humanos, internalizadas ao ordenamento jurídico brasileiro, também dão suporte positivo para o exercício destas ações promocionais pelos sujeitos coletivos trabalhistas: art. 2º, item 2, da Convenção Internacional da ONU sobre a *Eliminação de todas as formas de discriminação racial* - Decreto n. 65.810/69; art. 4º, da Convenção sobre a *Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher* - Decreto 4.377/2002; art. 5º, item 1, da Convenção nº. 111, da Organização Internacional do Trabalho, sobre *Discriminação em matéria de emprego e profissão* - Decreto n. 62.150/68; art. 20, da Convenção n. 169, da OIT, sobre *Povos Indígenas e Tribais* - Decreto 5.051/04; dentre outras.

38. Os critérios a serem considerados na criação de ações afirmativas trabalhistas constam do texto constitucional e conferem fundamento de validade às referidas medidas especiais. Estes critérios constam especialmente dos incisos XX, XXX, XXXI e XXXIII, do art. 7º, da CF/88.

39. As ações afirmativas podem ser apresentadas em modalidades e em técnicas diversas, dentre elas, segundo os estágios da relação empregatícia: mecanismos que visam atrair, manter no emprego e promover candidatos qualificados dos grupos-alvo; programas de estágio envolvendo estudantes de grupos discriminados e programas de formação que promovam contato entre membros de grupos sub-representados situados em diferentes posições hierárquicas; oferta de habilitações e competências que possam aumentar suas chances de recrutamento e de promoção; estabelecimento de metas e cronogramas para contratação, treinamento ou

demissão, ou com a definição de cotas para que certa proporção de posições em departamentos ou escritórios seja destinada a membros de grupos sub-representados.

40. O sindicato, na criação de políticas de ação afirmativa, por intermédio de suas convenções coletivas, tem ampla liberdade para reger. Todavia, deverá observar os critérios constitucionais que autorizam a discriminação positiva, bem como deverá ser cuidadoso quanto à transparência dos procedimentos, das metas, dos mecanismos de controle, além da duração das medidas especiais promocionais.

41. No exercício do poder normativo sindical, o mérito pode ser usado como um balizador para as ações afirmativas. O fundamento deontico para esta baliza está no art. 1º, *b*, do Decreto n. 41.7221/57 que promulgou a Convenção 100, da OIT e que integrou ao ordenamento jurídico o princípio supralegal do igual salário por trabalho de igual valor. O “valor”, neste caso, nada mais é que uma decorrência do mérito laboral, que é a quantidade de bens e serviços produzidos conjugada à qualidade destes. Ambas, quantidade e qualidade, estão ligadas ao empenho pessoal e à formação profissional de cada trabalhador, requisitos mensuráveis objetivamente; o mérito trabalhista alia-se, necessariamente, à exigência de fixação de critérios objetivos que permitam a sua mensuração objetiva. Mas, o mérito laboral convive deonticamente com a ação afirmativa por meio da técnica da ponderação de valores e do princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derecho exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ABREU, Sérgio. **Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o princípio da igualdade e da isonomia no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *In* **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set., 1999, p. 67-79.

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito constitucional do trabalho**. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *In* **Revista de Direito Civil**, São Paulo, ano 12, n. 46, out./dez., 1988, p. 7-26.

ANDRADE, Carlos Drummond. **Procura da poesia**. Disponível em <<http://www.memoriaviva.com.br/drummond/poema025.htm>>. Acesso em: 13/08/2010.

ARAÚJO, Adriane Reis de. A liberdade sindical e os atos anti-sindicais no direito brasileiro. *In* **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, ano XVI, n. 32, out., 2006, p. 29-48.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 104.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. **Ações afirmativas e Estado Democrático e Social de Direito**. São Paulo: LTr, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. *In* GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Deficiência no Brasil**: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 11 – 24.

\_\_\_\_\_. (coord). **Defesa dos direitos das pessoas portadora de deficiência**. São Paulo: RT, 2006.

ARDAU, Giorgio. **Lezioni di diritto sindacale**. Milano: Giuffrè, 1956.

ARGÜESO, Mariola Serrano. **La teoría de las fuentes en el derecho individual del trabalho**. Revisión crítica. Madrid: Dykinson, 2000..

AROUCA, José Carlos. **O sindicato em um mundo globalizado**. São Paulo: LTr, 2003.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

\_\_\_\_\_. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. *In* **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.13, 1970, p. 35-44.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras e a segurança jurídica. *In* **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 10-A, vol. 1, 2006, p. 539-556.

AVILÉS, Antonio Ojeda. **Derecho sindical**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais do Trabalhador: tutela jurídica e cidadania na empresa. *In* CAIXETA, Sebastião *et al* (coord.s). **O MPT como promotor dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2006, p. 29-52.

AZZARITTI, Gaetano. **Problemi attuali di diritto costituzionale**. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1951.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quatier Latin, 2004.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais e direitos sociais**. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBAGELATA, Hector-Hugo. **O direito do trabalho na América Latina**. Tradução por Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. A doutrina brasileira da efetividade. In BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.s). **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 435-448.

\_\_\_\_\_. Igualdade perante a lei. *In* **Revista de Direito Público**, n. 78. São Paulo: Malheiros, 1986, p. 65-77.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Ed., 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BENITES, Flávio Antonello. Autonomia coletiva e Estado Democrático de Direito. *In* **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 106, abr./jun., 2002, p.28-54.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Derecho Constitucional**. Traducción de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1973.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoria general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: Edipro, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1990.

BONNARD, Roger. **Sindicalismo, corporativismo e estado corporativo**. Tradução de Themistoche Brandão Cavalcanti. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **La Democracia**. Barcelona: Ariel, 1958.

BRAMANTE, Ivani Contini. Negociação coletiva e direitos fundamentais nas relações de trabalho. *In* CAIXETA, Sebastião *et al* (coord.s). **O MPT como promotor dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2006, p.197-206

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A Colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. **Revista Direito Público**. Porto Alegre, n. 2, out./dez., 2003, p. 170-174.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008..

BRASIL. Programa Nacional de Direitos Humanos. **Brasil. Gênero e raça: todos pela igualdade de oportunidades: teoria e prática**. Brasília: MTb, Assessoria, 1998.

BRITO, Carlos Ayres; BASTOS, Celso Ribeiro. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

\_\_\_\_\_. Registro das entidades sindicais. *In* **Revista do Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, v. 6, n. 12, set., 1996, p. 86 – 96.

\_\_\_\_\_. Sindicalização por categoria. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, v. 7, n. 14, set., 1997, p. 82-94.

\_\_\_\_\_. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

CABANELLAS, Guillermo. **Derecho sindical y corporativo**. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

CALDAS AULETE, Francisco J. *et al.* **Dicionário da Língua Portuguesa Caldas Aulete Digital**. Edição brasileira original: Hamílcar de Garcia, Lexikon. Disponível em: <[www.auletedigital.com.br](http://www.auletedigital.com.br)>. Acesso em: 09/03/11.

CHAVES, Daniela Lustoza de Souza. **Mercado de trabalho e discriminação etária: a vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhescentes”**. São Paulo: LTr, 2006.

CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. **Envelhecimento funcional e suas implicações para a oferta da força de trabalho brasileira**. Texto para discussão n. 1.326. Ipea – Instituto de pesquisa econômica aplicada. Rio de Janeiro, 2008.

CAMARANO, Ana Amélia. **O idoso brasileiro no mercado de trabalho**. Texto para discussão n. 830. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006 (Reimpr. 2003).

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação**. São Paulo: LTr, 2007.

CAPPELIN, Paola. Ações afirmativas: uma estratégia para corrigir as desigualdades entre homens e mulheres. *In* **Discriminação positiva ações afirmativas: em busca da igualdade**. São Paulo: CFEMEA/ELAS, 1996, p. 13-34.

\_\_\_\_\_. A valorização do trabalho feminino: contextualizando as ações afirmativas. **Revista Estudos Feministas**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1996, p. 158-171.

\_\_\_\_\_. **As experiências dos núcleos na promoção da igualdade de oportunidades e combate à discriminação no emprego e na ocupação**. Organização Internacional do Trabalho, Brasília, 2005, v. 1.

CARBONELL, Miguel. ¿Se pueden hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares? *In* RAMÍREZ, Sergio Garcia (coord). **Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal**. México: UNAM, 2007, (t.1), p. 201-234.

CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Método, 2004.

CARRIÓ, Genaro. **Algunas palabras sobre las palabras de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

\_\_\_\_\_. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Apostila de lógica jurídica**. Texto ofertado na disciplina de Filosofia do Direito, do Curso de pós-graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2001.

\_\_\_\_\_. IPI – Comentários sobre as regras gerais de interpretação da tabela NBM/SH (TIPI/TAB). *In Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 12, 1996, p. 42-60.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira; CARDONE, Marly A.. **Direito social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho e direito protecionista do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993,v.1.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A pessoa com deficiência sob a ótica do Judiciário. *In Revista do Advogado*. São Paulo, Ano XXVII, nº 95, 2007, p. 7- 20.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares: problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade**. Dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORRÊA, Lélío Bentes; VIDOTTI, Tarcio José (coord.s). **Trabalho infantil e direitos humanos: homenagem a Oris de Oliveira**. São Paulo: LTr, 2005.

COTTROL, Robert J. *Civil rights* e a ação afirmativa nos Estados Unidos: Uma visão geral. *In Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 3, jul./set., 2006, p. 377-403.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. *In SARLET*, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Desafios para arquitetar um mundo de trabalho: grupos de pressão e rejeição da racionalidade econômica. *In ROCHA*, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord.s). **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 13-24.

\_\_\_\_\_. Relações de gênero no mercado de trabalho: uma abordagem da discriminação positiva e inversa. *In Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 34, p.13-34.

CUEVA, Mario de la. **Derecho mexicano del trabajo**. México: Porrúa, 1960, t.2.

CURLEY, Lúgia Maio Gagliardi. A proteção internacional dos direitos humanos e o trabalho infantil *In Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XV, n. 29, mar., 2005, p. 102-121.

CRISAFULLI, Vezio. Efficacia delle Norme Costituzionali Programmatiche. *In Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n.1, gen./mar., Giuffrè, 1951.

CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: CEPC, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DAL COL, Helder Martinez. **Responsabilidade civil do empregador: acidentes do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. Classificação das normas jurídicas e sua análise, nos planos da validade, existência e eficácia. *In Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, ano 3, n.31, jul., 2002, p. 24-33.

D'EUFEMIA, Giuseppe. **L'Autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo**. Milano: Giuffrè, 1942.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2004

DESPAX, Michel. **O direito do trabalho**. Tradução de Yolanda Steidel de Toledo. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Conflitos de normas**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOBROWOLSKI, Silvio. Direitos fundamentais: a cláusula de expansão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 13, jul., 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O direito de liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: LTr, 2008.

ESTRADA, Alexei Julio. La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales: una presentación del caso colombiano. *In* CARBONELL, Miguel (coord.) **Derechos fundamentales y Estado.** Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002, p. 267-296.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Direito da Mulher: igualdade forma e igualdade material. *In* AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (org.s). **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.** São Paulo: EdUSP, 1999, p.291-315.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1996.

FARIAS MELLO, Marco Aurélio Mendes. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *In* MARTINS, Ives Gandra Silva (org.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 37-39.

FERES JR, João e ZONINSEIN, Jonas (org.). **Ação afirmativa e universidade:** experiências nacionais comparadas. Brasília: Editora UnB, 2006.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito:** uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

\_\_\_\_\_. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais/USP, 1976.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FERRARO, Giuseppe. **Autonomia e poteri nel diritto del lavoro**. Padova: CEDAM, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional comparado**. São Paulo: Bushatsky, 1974, (v.1).

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Traducción y notas de Derecho español por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direitos da pessoa portadora de deficiência**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 1996.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho**: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2006.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Discriminação na admissão do empregado. *In Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, ano 23, n. 260, fev, 2011, p. 51-55.

FRANCO, Samuel; BARROS, Ricardo Paes de; MENDONÇA, Rosane. **Discriminação e segmentação no mercado de trabalho e desigualdade de**

**renda no Brasil.** Texto para discussão n. 1288. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, 2007.

FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização:** redistribuição, reconhecimento e participação, p. 1-11. Disponível em: <<http://www.eurozine.com/articles/2003-01-24-fraser-pt.html>> Acesso em 23/10/10.

FREIJEDO, Francisco J. Batista *et al.* **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978.** Madrid: Tecnos, 2004.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade.** São Paulo: LTr, 2004.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência:** a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004.

GARCÍA, Pedro de Vega. La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*). In CARBONELL, Miguel (coord). **Derechos fundamentales y Estado:** memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002, p. 687-708.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Hermenêutica e Supremacia Constitucional. In **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 77, 1986, p.33-38.

\_\_\_\_\_. Constituição como norma. In **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 78, 1986, p.5-17.

GAROFALO, Mario Giovanni. **Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore.** Napoli: Ed. Jovene Napoli, 1979.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Ações afirmativas, concursos e reservas de vagas. **ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal**, v.23, n.32, ago., 2003, p. 466-465.

GIUGNI, Gino. **Il diritto sindacale**. Bologna: Zanichelli, 1990.

\_\_\_\_\_. **Direito sindical**. Tradução e notas Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991.

\_\_\_\_\_. **Introduzione allo studio della autonomia collettiva**. Milano: Giuffrè, 1960.

GÓIS, Luiz Marcelo F. de. Discriminação nas relações de trabalho. *In* PIOVESAN, Flávia *et al* (coord.s). **Direitos Humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p.131 – 165.

GOLDFARB, Cibelle Linero. **Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego**: o sistema de cotas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *In* SANTOS, Renato Emerson dos *et al* (coord.s). **Ações afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 15-58.

\_\_\_\_\_. **Instrumentos e Métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000, p. 18. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br>>. Acesso em 20/10/2010.

\_\_\_\_\_. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *In* **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 38, n. 151, jul./set., 2001, p. 129-152.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. Brasília: Cadernos do CEJ, 24, p. 86-153.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

\_\_\_\_\_. **A convenção coletiva de trabalho** (edição fac-similada). São Paulo: LTr, 1995.

GOTTSCHALK, Egon Felix. **Norma pública e privada no direito do trabalho**: um ensaio sobre tendências e princípios fundamentais do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1944.

GUGEL, Maria Aparecida *et al* (coord). **Deficiência no Brasil**: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

\_\_\_\_\_. **Ação afirmativa**: reserva legal. Disponível em: <[http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_maio2003/convidados/c2.doc](http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_maio2003/convidados/c2.doc)>. Acesso em 21/10/10.

\_\_\_\_\_. Cláusula coletiva de promoção da igualdade no emprego e na ocupação para o trabalhador negro. *In Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano 15, n. 29, mar., 2005, p. 28 - 44.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México: UNAM, 2001.

\_\_\_\_\_. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobe o princípio da proporcionalidade. *In LEITE, George Salomão* (coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, 2. ed. rev. São Paulo: Método, 2008, p. 225-243.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: EUBEDA, 1985.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não-discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. Tese de doutorado apresentada à PUC/SP, em 2007.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1988.

\_\_\_\_\_. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2001.

GOULART, Marcelo Pedroso. A convenção sobre a idade mínima e o direito brasileiro. *In* CORRÊA, Lélío Bentes *et al* (coord.s). **Trabalho Infantil e Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2005, p. 94-120.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexo interno. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.11-28.

HAURIOU, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**: ensayo de vitalismo social. Traducción por Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985, v.1.

HESSE, Honrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por ALMEIDA, Carlos dos Santos MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUECK, Alfred; NIPPERDEY, Hans Carl. **Compendio de derecho del trabajo**. Traducción por Miguel Rodrigues Piñero e Luis Enrique de la Villa. Madrid: Revista de Derecho Privado.

IHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Tradução de José Antonio Faria Correa, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, v.1.

IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ed., 2008.

IVO, Gabriel. A incidência da norma jurídica tributária: o cerco da linguagem. *In Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 79, 2001, p.187-197.

IZZI, Daniela. **Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro**: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti. Napoli: Casa Editrice Jovene, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMBERT, H. Johann. **Fragment einer systematologie**. In System und Klassifikation in wissenschaft und dokumentation. Meisenheim/Glan: A. Diemer, 1968.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego da 5ª edição alemã. 2. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

\_\_\_\_\_. **Derecho civil**: parte general. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Trabalho infantil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Igualdade de tratamento nas relações de trabalho**: anotações à Lei n. 9.029/95 em confronto com as Leis ns. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97 (aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997.

LAVINAS, Lena. **Empregabilidade no Brasil**: inflexões de gênero e diferenciais femininos. Texto para discussão n. 826. Ipea – Instituto de Pesquisa Aplicada. Rio de Janeiro, 2001.

LAVINAS, Lena; MATESCO, Virene Roxo. **A reestruturação produtiva nas empresas brasileiras e seu reflexo sobre a força de trabalho, por gênero**. Texto para discussão n. 400. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 1996.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos. **Ações afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

LOGUERCIO, José Eymard. **Pluralidade sindical**: da legalidade à legitimidade no sistema sindical brasileiro. São Paulo: LTr, 2000.

LOPES, Otávio Brito. Limites Constitucionais à Negociação Coletiva. *In Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, n. 9, fevereiro, 2000. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_09/neg\\_coletiva\\_Otavio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm). Acesso em: 26/01/2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008 (Das origens à Escola Histórica, v.1).

KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la lógica jurídica**: elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Traducida por Juan A. Casaubon. Buenos Aires: Eudeba, 1973.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Tradução e Revisão de José Florentino Duarte, Porto Alegre: Fabris Editor, 1986.

\_\_\_\_\_. A convenção coletiva do direito social. *In Revista do Trabalho*, Rio de Janeiro, n. 560, out. 1944, p. 8-11.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Tradução da 6ª edição alemã por Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva**: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MAGANO, Octávio Bueno. **Organização sindical brasileira**. São Paulo: RT, 1982.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito do trabalho**: direito coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 1980, v.3.

\_\_\_\_\_. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1972.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

MACHACZEK, Maria Cristina Cintra. A liberdade sindical como concretização dos direitos da pessoa humana do trabalhador. *In PIOVESAN, Flávia et al* (coord.s). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

MALLET, Estevão *et al*. Direito do trabalho e igualdade étnico-racial. *In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de* (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, SEPIR, 2006.

MARQUES DA FONSECA, Ricardo Tadeu. **O trabalho da pessoa com deficiência: lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa.** São Paulo: LTr, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte. Sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *In Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, out./dez. 2001, p. 3-44.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico:** escritos de filosofía jurídica y política. Madrid: Dykinson, 1999.

MARTINS, Suzete Ferrari Madeira. As cotas para ingresso dos afrodescendentes na Universidade e o princípio constitucional da igualdade. *In Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*, Sergipe, n. 31, jul/dez.2003, p. 17-22.

MARTINS DA SILVA, Luiz Fernando. Políticas de ação afirmativa para negros no Brasil: considerações sobre a compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional e internacional. *In Revista Jurídica*, Brasília, vol. 8, n.82, dez/jan 2007, p. 64-83.

MASSIMO BIANCA, Cesare. **Diritto Civile.** Milano: Giuffrè, 1999, (La proprietà, v. 6).

MAZZILLI. Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 22. ed. São Paulo; RT, 2006.

MAZZONI, Giuliano. **Relações coletivas de trabalho.** Tradução de Antonio Lamarca. São Paulo: RT, 1972.

\_\_\_\_\_. **Il principio corporativo nell'ordinamento giuridico italiano.** Padova: Antonio Milani, 1940.

MEDEIROS, Mauro. **A interpretação da convenção coletiva de trabalho.** São Paulo, LTr, 2003.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Ação civil pública e tutela de interesses transindividuais. **Revista Gênese – Direito do Trabalho**, Curitiba, vol. 11, n. 66, jun., 1998.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Igualdade e inclusão social: estudo de casos concretos no sistema educacional. *In* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 100, São Paulo, 2005, p. 209-221.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. São Paulo: Renovar, 2009.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H.. **Curso de Direito Constitucional**. Org. por Maria Garcia, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MELLO, Lais Corrêa de. **Liberdade sindical na Constituição Brasileira**. São Paulo: LTr, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 11 tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: RT, 1934.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Proteção contra condutas anti-sindicais (atos anti-sindicais, controle contra discriminação e procedimentos anti-sindicais). *In* **Revista TST**, Brasília, v. 71, n.2, mai/ago, 2005, p. 44-53.

MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: RT, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, (Constituição, t.2).

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988 (Direitos Fundamentais, t. 4).

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *In* **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, vol. 21, jan./mar., 2005, p. 95-119.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-150.

MOREIRA, Bockmann Egon. Reflexões a propósito dos princípios da livre-iniciativa e da função social. *In* TIMM, Luciano Benetti *et all* (coord.). **Função social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 239-255.

MORETTO, Amilton José. **Políticas de emprego e sua contribuição à redução da informalidade e discriminação no mercado de trabalho brasileiro**: a experiência recente. Brasília: OIT, 2010, v.1, Série Trabalho Decente no Brasil. Documento de trabalho n.1.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Da inconstitucionalidade da instituição de cotas para ingresso nas universidades do Estado do Rio de Janeiro. *In* **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 9, jan./mar. 2002, p. 193-212.

MUÑOZ, Eduardo Cifuentes. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Mexico: UNAM, 1998.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Direito sindical**. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. A competência secundária para legislar sobre direito do trabalho. *In Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, ano 24, n.32, 1º e 2º semestres, 2008, p. 179-182.

NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão. *In Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 2, n. 2, jan./mar., 2008, p. 78-91.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson, O Processo do Trabalho e os Direitos Individuais Homogêneos: um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. São Paulo, **Revista LTr**, n. 64, fev., 2000, p. 151-160.

OLEA, Manuel Alonso. **Las fuentes del derecho, en especial del derecho del trabajo segun la Constitución**. Madrid: Civitas, 1982.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Convenção coletiva de trabalho no direito brasileiro**: setor privado. São Paulo: LTr, 1996.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La OIT y los derechos humanos**: memoria del Director General (parte 1) a la Conferencia Internacional del Trabajo, quincuagésima segunda reunión, 1968. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1968.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La libertad sindical**. Recopilación de decisiones del Comitê de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 2. ed. Ginebra: OIT, 1976.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2010). **Igualdad de oportunidades y de trato**. Documento n. 062010BRA111. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2010.htm>. Acesso em 01/11/10.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza e emprego**: guia para o leitor/Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2005. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg\\_esp/genero/manual\\_formacao.php](http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg_esp/genero/manual_formacao.php)>. Acesso em 26/10/10.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. **The concept and practice of affirmative action**, E/CN.4/Sub.2/2002/21, p. 3. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c935982fb0ea9bb5c125692f00424994?Opendocument>>. Acesso em 01/11/10.

\_\_\_\_\_. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2010**: medidas inovadoras registram o impacto da pobreza, do gênero e da desigualdade. Disponível em: <<http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/BRA.html>>. Acesso em 04/11/10.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Anteprojeto de Convenção Interamericana contra o Racismo e toda forma de Discriminação e Intolerância**. Disponível em: <[http://scm.oas.org/doc\\_public/portuguese/hist\\_06/CP16076P04.doc](http://scm.oas.org/doc_public/portuguese/hist_06/CP16076P04.doc)>. Acesso em 25/10/10.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **CIDH/OEA, Caso 12.001, Relatório 66/06**. Disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>>. Acesso em 26/10/10.

OSORIO, Rafael Guerreiro. **A mobilidade dos negros brasileiros**. Texto para discussão n. 1033. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2004.

PAIXÃO, Cristiano. Complexidade, diversidade e fragmentação; um estudo sobre as fontes do direito do trabalho no Brasil. *In* PAIXÃO, Cristiano *et al* (coord.s). **Os novos horizontes do direito do trabalho**. Homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira, São Paulo: LTr, 2005.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Constituição e liberdade sindical**. São Paulo: LTr, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERSIANI, Mattia. **Saggio sull'autonomia privata collettiva**. Padova: CEDAM, 1972.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de direito constitucional do trabalho**: uma abordagem à luz dos direitos fundamentais. Salvador: Podivm, 2009.

PLACIDO e SILVA. Oscar José de. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993.

PEREZ, Jesus Gonzales. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

\_\_\_\_\_. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995

PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *In* **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, ano 5, n. 17, out./dez., 1996, p. 113-169.

PINTO, Airton Pereira. **Direito do trabalho, Direitos Humanos sociais e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006.

PINTO FERREIRA, Luiz. A Constituição brasileira de 1934 e seus reflexos na atualidade. *In* **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 24, n. 93, já./mar.,1987, p.15-30.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. *In* PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (coord.s). **Direitos Humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3-31.

\_\_\_\_\_. Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade. *In* **Cadernos de Soluções Constitucionais**, São Paulo, v. 1, 2003, p. 94-112.

\_\_\_\_\_. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional. *In* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos**

**fundamentais e Estado Constitucional:** estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.294-322.

\_\_\_\_\_. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *In* **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, p. 43-55.

\_\_\_\_\_. Direito internacional dos Direitos Humanos e igualdade étnico-racial. *In* PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. . Brasília, SEPPIR, 2006, p. 19-58.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. *In* LEITE, George Salomão (coord). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 141-154.

PIRES, Roberto. **Compatibilizando direitos sociais com competitividade: fiscais do trabalho e a implementação da legislação trabalhista no Brasil.** Texto para discussão n. 1354. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **O problema fundamental do conhecimento.** Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967:** com a Emenda I, de 1969. 2. ed. São Paulo: RT, 1970, (art. 1º - 7º, t.1).

PRADO, Roberto Barreto. **Curso de direito coletivo do trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1991.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982.

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

QUEIROZ JUNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006.

REIS DE PAULA, Carlos Alberto. Discriminação nas relações de trabalho. *In* PAIXÃO, Cristiano *et al* (coord.s). **Os novos horizontes do direito do trabalho**: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTr, 2005, p. 176-199.

RESENDE, Renato de Souza. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. *In* PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In* **Revista Trimestral do Direito Público**, São Paulo, n. 15, 1996, p. 85-99.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Dogmática da liberdade sindical**. Direito, política e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

RUIZ, Luis Miguel Camps *et al*. **Derecho del Trabajo**: fuentes y relaciones colectivas. 7. ed. Valência: Tirant lo blanch, 2005 (t.1).

RUPRECHT, Alfredo. **Relações coletivas de trabalho**. Tradução Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. **Comentários à CLT**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

SACHSIDA, Adolfo; LOUREIRO, Paulo Roberto. **Homens x mulheres**: substitutos ou complementares no mercado de trabalho? Texto para discussão n. 595. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 1998.

SANTI ROMANO. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteaux, 2008.

\_\_\_\_\_. **L'Ordinamento giuridico**. 2.ed. Firenze: Sansoni, 1945.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Noções de direito do trabalho**. Tradução de Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli. São Paulo: RT, 1973.

SANTOS, Antonio Carlos Costa. Cotas para negros na universidade: uma análise da constitucionalidade em confronto com o princípio da igualdade recepcionado pela Constituição Federal de 1988. *In Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, n. 173, jan./mar., 2007, p.11-25.

SANTOS, Daniel Domingues *et al.* **Inserção no mercado de trabalho**: diferenças por sexo e conseqüências sobre o bem-estar. Texto para discussão n. 796. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, 2001.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Ed.: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicato e ações coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007.

SANTOS, Sales Augusto dos. CAVALLEIRO, Eliane. BARBOSA, Maria Inês da Silva. RIBEIRO, Matilde. **Ações afirmativas: polêmicas e possibilidades sobre igualdade racial e o papel do Estado**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/12.pdf>. Acesso em 25/10/10.

SARLET, Ingo Wolfgang; MAURER, Béatrice; SEELMAN, Kurt; KLOEPFER, Michael; HÄBERLE, Peter. **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *In* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.s). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 213-253.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In* **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.9, jan./mar., 2009, p. 95-133.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. *In* PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (coord.s). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, SEPPIR, 2006, p.59-108.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *In* LEITE, George Salomão (coord). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 187-224.

SCHÄFFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1999.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta, 7ª reimpressão, 2000.

SERRANO JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a prestações positivas e igualdade: a deficiência em perspectiva constitucional.** São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. Democracia e direitos fundamentais. *In* CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.s). **Direitos humanos e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 369-370.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à constituição.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMI, Valente. **Il contratto collettivo di lavoro.** Padova: CEDAM, 1980.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da *et al.* Liberdade sindical e direitos humanos. *In* **Revista do Ministério Público do Trabalho,** São Paulo, v. 31, 2006, p.47-66.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. *In* **Revista de Direito do Trabalho,** São Paulo, v. 26, n. 97, 2000, p. 27-39.

\_\_\_\_\_. Representação e representatividade no contexto da liberdade sindical. *In* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** São Paulo, vol. 101, jan./dez/, 2006, p. 259-280.

\_\_\_\_\_. A autonomia privada como fonte de normas jurídicas trabalhistas. *In* **Revista de Direito do Trabalho,** São Paulo, n. 44, ano 8, jul/ago., 1983, p. 64-71.

\_\_\_\_\_. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. *In* **Revista de Direito do Trabalho,** São Paulo, v. 28, n. 107, 2002, p. 269-278.

\_\_\_\_\_. Liberdade sindical no contexto dos direitos humanos: a experiência da OIT. *In Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social- USP*, São Paulo, v. 1, n. 1, 2006, p. 205-222.

\_\_\_\_\_. Autonomia privada coletiva. *In Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, vol. 102, jan./dez., 2007, p. 135-159.

\_\_\_\_\_. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. *In Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 28, n. 107, 2002, p. 269-278.

\_\_\_\_\_. **Permanência de elementos corporativistas no modelo sindical brasileiro**. Palestra ministrada da Faculdade Largo São Francisco/USP, em São Paulo, no dia 27/11/10.

SILVA, Otávio Pinto e. Fontes do direito do trabalho. *In Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, vol. 96, 2001, p. 204-214.

SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. **Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1977.

SOARES, Sergei Suarez Dillon. **O perfil da discriminação no mercado de trabalho**: homens negros, mulheres brancas e mulheres negras. Texto para discussão n. 769. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2000.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **A associação sindical no sistema das liberdades públicas**. São Paulo: LTr, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira e FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. *In PIOVESAN, Flávia et al. Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 346 e ss;

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Traducción por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid: CEC, 1987.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. Os princípios informadores do direito material do trabalho. *In* PAIXÃO, Cristiano *et al* (coord.s). **Os novos horizontes do direito do trabalho**. Homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira, São Paulo: LTr, 2005, p. 49-57.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

THEODORO, Mário (org). **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição**. Brasília, Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *In* **Stvdia Iuridica**, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 48, Coimbra Editora, 2001, p. 323-345.

TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>>. Acesso em 27/10/10.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2003 (v.1).

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: CEPC, 1997.

\_\_\_\_\_. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-340.

URIARTE, Oscar Ermida. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. Tradução de Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989.

URIARTE, Oscar Ermida. Palestra proferida no **Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais**, Brasília, Tribunal Superior do Trabalho, 2004. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIAS.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=3843&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=ermida](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=3843&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=ermida)>. Acesso em 27/07/2010.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.

VANOSI, Jorge Reinaldo A.. **Estudios de teoría constitucional**. México: UNAM, 2002.

VIDAL NETO, Pedro. **Do poder normativo da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 277-278.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. Teoria jurídica da revolução: anotações à margem de Kelsen. *In* **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 17, n. 70, abr./jun., 1984, p. 33-58.

\_\_\_\_\_. Relação jurídica de direito público. *In* **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 18, n. 74, abr./jun., 1985, p. 44-62.

\_\_\_\_\_. Norma jurídica: proposição jurídica (significação semiótica). São Paulo, **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 15, v. 62, 1982, p.13-61.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos fundamentais de terceira geração. *In* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 15, 1998, p. 227-232.