

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP**

**Romeu Gonçalves Bicalho**

**A possibilidade do Recurso de Revista com fundamento em princípios  
constitucionais de direitos fundamentais e a inadequação da exigência de violação  
literal ao texto constitucional, contida na alínea “c” e no parágrafo segundo do  
artigo 896 da CLT, como requisito à sua admissão**

**Doutorado em Direito**

**São Paulo  
2016**

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP**

**Romeu Gonçalves Bicalho**

**A possibilidade do Recurso de Revista com fundamento em princípios constitucionais de direitos fundamentais e a inadequação da exigência de violação literal ao texto constitucional, contida na alínea “c” e no parágrafo segundo do artigo 896 da CLT, como requisito à sua admissão**

**Doutorado em Direito**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Paulo Teixeira Manus.

**São Paulo  
2016**

Banca Examinadora:

Prof. Orientador: \_\_\_\_\_

Prof (a) . \_\_\_\_\_

Prof (a) . \_\_\_\_\_

Prof (a) . \_\_\_\_\_

Prof (a) . \_\_\_\_\_

**À minha amada esposa Mirna  
e a meus filhos Gustavo e Gabriel.  
Tesouros que Deus colocou em minha vida.**

## **AGRADECIMENTOS**

Meus primeiros agradecimentos vão para meu orientador, Professor Pedro Paulo Teixeira Manus. Por me oportunizar a chance de receber suas orientações e, mesmo diante de tantas atribuições, estar sempre à disposição para me atender e incentivar na conclusão desse trabalho.

Meus agradecimentos à Professora Carla Romar, que num momento especial me colocou para andar.

Ao meu irmão Mauricio, que além de estimular meus estudos, leu e releu esse trabalho, para que eu tivesse a certeza de que estava escrevendo algo de útil.

Aos meus irmãos Ronaldo, Jane e Patrícia, e ao pessoal do escritório, Lucas, Natielle e Jéssica, que cuidaram de tudo enquanto eu me dedicava a esse trabalho.

Meus agradecimentos à minha amada esposa Mirna e a meus queridos filhos Gustavo e Gabriel a quem dedico esse trabalho. Além de suportarem um longo período onde meu humor e paciência não foram o de costume, foram os responsáveis pela revisão final desse trabalho, corrigindo e fazendo sugestões para uma redação mais adequada.

## RESUMO

Tradicionalmente, o direito pode ser entendido como um conjunto de normas de conduta que são produzidas pelo legislador infraconstitucional e trazem, no seu texto, de forma razoavelmente clara, os elementos identificadores do suporte fático necessário à sua incidência. Contudo, nos últimos anos, um novo direito surgiu no Brasil. Ao contrário do direito tradicional, esse direito advém diretamente da Constituição Federal. Os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal tornaram-se fonte direta de direitos subjetivos. Tem prevalecido a tese de que eles devem ser aplicados diretamente não somente em relação aos órgãos público, mas também nas relações privadas. A ideia de normas constitucionais programáticas perdeu considerável força. Uma nova hermenêutica constitucional se formou em torno da interpretação dos direitos fundamentais. Contudo, o sistema recursal trabalhista, especificamente o Recurso de Revista, não está adequado para atender esse novo tipo de direito, que demanda um outro tipo de interpretação. Nossa proposta visa dar ao art. 896 da CLT uma interpretação conforme a Constituição, visando garantir maior coerência com esse novo direito e uma jurisdição que promova a otimização dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave: princípios. constitucionais. fundamentais. recurso. revista. eficácia. horizontal.**

## ABSTRACT

Traditionally, the Law can be seen as a group of norms of conduct created by the infra-constitutional legislature which contain, in their text, in a reasonably clear manner, the identifying elements of the conditions in which they should apply. However, in the past few years, a new form of Law has arisen in Brazil. Contrary to traditional Law, this Law comes straight from the Federal Constitution. The fundamental rights established in the Federal Constitution became a direct source of subjective rights. The currently prevailing thesis states that they should apply directly not only in matters involving the public administration, but also in private relations. The idea of programmatic constitutional norms has lost considerable force. A new constitutional hermeneutic has formed around the interpretation of the fundamental rights. However, the labor law appellate procedure, specifically the Appeal for Review, is not well suited to this new type of right, one that demands a new kind of interpretation. Our proposal seeks to give the art. 896 of the CLT an interpretation in accordance with the Constitution, to achieve greater coherence with this new form of Law and a jurisdiction that promotes the optimization of fundamental rights.

**Key-words: principles. constitutional. fundamental. appeal. review. efficacy. horizontal.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1. UM NOVO DIREITO?</b> .....	12
1.1 A ênfase na separação entre texto e norma .....	19
1.2 Normas são regras ou princípios e isso muda tudo .....	22
<b>2. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO ESPÉCIE DE NORMA E A BUSCA POR UM CONCEITO</b> .....	28
2.1 Os princípios no direito tradicional .....	29
2.2 A força normativa dos princípios jurídicos: dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais.....	30
2.3 A contribuição de Ronald Dworkin e o seu conceito de princípios jurídicos.	35
2.4 O conceito de princípios jurídicos de Robert Alexy .....	37
2.5 O princípio ou máxima da proporcionalidade e a colisão de princípios .....	40
2.6 Testando o conceito de princípios e regras de Robert Alexy .....	44
2.7 Qual a importância prática de saber se uma norma constitucional é uma re- gra ou um princípio? .....	47
2.8 E o direito pleiteado por Mustafá, é uma regra ou um princípio? .....	52
<b>3. O NOVO CONSTITUCIONALISMO VISTO COMO UM SISTEMA DE REGRAS E PRINCÍPIOS</b> .....	54
3.1 A crise do princípio da legalidade e o surgimento do princípio da constitucionalidade .....	57
<b>4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO NÚCLEO CENTRAL DA CONSTITUIÇÃO E SUA EFICÁCIA</b> .....	61
4.1 A eficácia imediata dos direitos fundamentais .....	62
4.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais .....	66
<b>5. NOSSOS TRIBUNAIS ESTÃO DECIDINDO SEGUNDO PRINCÍPIOS</b> .....	70
5.1 O STF e a aplicação dos direitos fundamentais .....	70
5.2 O STJ e a aplicação direta dos direitos fundamentais .....	86
5.3 O TST e a aplicação direta dos direitos fundamentais .....	89

<b>6. DO RECURSO DE REVISTA</b> .....	99
6.1 Das atuais hipóteses de cabimento do Recurso de Revista .....	102
6.2 Da necessidade de superação da interpretação literal para possibilitar a maximização dos direitos fundamentais .....	105
6.2.1 Da inadequação da exigência de interpretação literal diante da necessidade de se maximizar a proteção aos direitos fundamentais ....	113
6.2.2 A incoerência sistemática 1: não existe restrição legal para a interpretação .....	120
6.2.3 A incoerência sistemática 2: o art. 896 não exige a violação literal da Constituição para o RR em outros ritos processuais trabalhistas .....	121
6.2.4 A incoerência sistemática 3: o STF admite o Recurso Extraordinário por violação a princípios constitucionais de direitos fundamentais em matéria trabalhista .....	124
6.2.5 A incoerência sistemática 4: a Ação Rescisória tem sido admitida com base em princípios constitucionais de direitos fundamentais .....	126
6.3 A ofensa direta à Constituição e os direitos fundamentais: a necessidade de repensar um dogma .....	135
6.4 Uma interpretação conforme a Constituição para adequar as regras de admissão do Recurso de Revista .....	146
<b>7. O RECURSO DE REVISTA DE MUSTAFÁ É INTERPOSTO</b> .....	150
7.1 Os argumentos na inicial de Mustafá .....	152
7.1.1 A eficácia horizontal direta da liberdade religiosa .....	153
7.1.2 O apoio da doutrina ao pleito de Mustafá .....	154
7.1.3 A importância da liberdade religiosa no direito internacional .....	154
7.1.4 Sobre a legislação, a religião e a isonomia no Brasil .....	156
7.1.5 A jurisprudência favorável ao pleito de Mustafá .....	158
7.1.6 Sobre a proporcionalidade e o pedido de liminar .....	159
7.2 A defesa do empregador .....	160
7.3 A ação de Mustafá é julgada .....	162
<b>CONCLUSÃO</b> .....	163
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	166

## INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios da nossa sociedade é a concretização dos direitos fundamentais inseridos na Constituição de 1988. Inseridos na maioria das constituições modernas do pós-Segunda Guerra, esses direitos vêm sendo embalados por uma doutrina cada vez mais forte que prega aos poderes constituídos a missão maior de concretizá-los, de “tirá-los do papel”.

Essa concretização, contudo, tem sido atribuída também aos particulares, no âmbito das relações privadas. Definir os limites dessa concretização tem sido o grande desafio, não somente da doutrina, mas principalmente dos práticos, advogados, juízes, promotores, enfim, de todos aqueles que são consultados pelo cidadão na busca de uma orientação de como proceder diante de um sistema jurídico que se mostra cada vez mais complexo e intruso nas relações privadas.

A ideia de que os direitos fundamentais são normas programáticas, dependentes da mediação legislativa, perdeu grande força nos últimos anos diante da leniência de um poder Legislativo apático. A doutrina e a jurisprudência dominantes, afirmam a total premência na concretização dos direitos fundamentais que são concebidos, em sua maioria, como princípios constitucionais cujo comando maior é a sua maximização, o que significa dizer que eles devem ser concretizados na sua máxima extensão. Dispositivos constitucionais que antes eram tidos como dependentes de regulamentação, atualmente têm servido de fundamento para ordens judiciais no deferimento de direitos sociais, obrigando os órgãos públicos a satisfazerem as mais variadas necessidades do cidadão. Entretanto, esses mesmos direitos fundamentais, que antes eram concebidos como oponíveis somente contra o Estado, têm sido invocados também nas relações privadas.

Entretanto, o sistema recursal trabalhista, especificamente o Recurso de Revista, mostra-se em total dissonância com essa perspectiva de maximização dos direitos fundamentais. Ele restringe demasiadamente o acesso ao TST e cria incoerências que transformam o sistema recursal trabalhista num emaranhado processual que não tem mais como subsistir diante da nova ordem constitucional e da premente necessidade de se atender ao comando maior de proteção aos direitos fundamentais.

Para conduzir nosso raciocínio, propomos uma problemática à qual faremos referência no decorrer do trabalho. Trata-se do caso de Mustafá, um empregado cumpridor de todas as suas obrigações, como também o é seu empregador. Ambos são cumpridores da lei. Mustafá, que no início da relação de trabalho se dizia ateu, decide converter-se ao islamismo, que, dentre outros dogmas, determina ao religioso orar cinco vezes ao dia. São as chamadas “salah” ou “salat”, orações que os muçulmanos devem realizar, em árabe, e em momentos diferentes do dia. Mustafá pretende observar esse dogma religioso. Ocorre que Mustafá trabalha das 08:00 às 17:00 horas, com intervalo intrajornada das 12:00 às 13:00 horas. Para cumprir suas obrigações religiosas, pede permissão ao patrão para fazer suas orações no horário de trabalho, podendo o tempo dispendido ser deduzido do seu intervalo de refeição. O patrão nega o pedido, pois o intervalo intrajornada não pode ser reduzido e deve ser concedido em horário que atenda à sua finalidade. “O horário de intervalo também é sagrado”, explica o patrão, sem nenhum traço de sarcasmo. Mustafá, que também é dirigente sindical detentor de estabilidade, decide ajuizar uma reclamação trabalhista para ver garantido o seu direito de rezar no ambiente de trabalho.

A questão de saber se Mustafá tem ou não direito de rezar no seu ambiente de trabalho, passa pela análise do conceito de direitos fundamentais, se ele é uma regra ou princípio jurídico, se possui esse direito possui eficácia imediata e se essa eficácia vale também para as relações entre particulares.

Nossa investigação começa pelo estudo do que chamamos de “um novo direito”, no capítulo 1, passa pela busca de um conceito de princípio jurídico e pela

abordagem do novo constitucionalismo, nos capítulos 2 e 3 respectivamente, culminando com a questão da eficácia dos direitos fundamentais e uma pesquisa jurisprudencial para demonstrar o entendimento dos nossos tribunais superiores sobre essa questão, o que se faz nos capítulos 4 e 5.

A partir do capítulo 6, passamos a desenvolver a nossa tese sobre a necessidade de superação de um obstáculo processual que pode impedir Mustafá de acessar o TST para ver sua pretensão discutida, caso não seja atendido na instância ordinária. Trata-se da exigência contida na alínea “c” do art. 896 da CLT a qual prescreve que o Recurso de Revista, em matéria constitucional, só pode ser admitido em caso de violação “literal” e “direta” de dispositivo constitucional. No caso de Mustafá, o que pode causar entrave ao seu pedido é a questão da “literalidade”, pois seu direito, como veremos, baseia-se em um princípio jurídico, não sendo encontrado na literalidade do texto, mas na construção argumentativa que em torno dele se fará. Essa mesma limitação está inserida no § 2º do art. 896 da CLT, referentes às execuções de sentenças trabalhistas. Outra questão processual que será analisada, diz respeito à exigência, contida nos mesmos dispositivos, de violação “direta” da Constituição para a admissão do recurso de Revista.

Ao final, no capítulo 7, com a pretensão de Mustafá tendo sido indeferida nas instâncias ordinárias, vamos interpor o recurso de Revista, partindo das premissas sustentadas nos capítulos anteriores.

A ideia de ilustrar este trabalho com um caso hipotético talvez não seja das mais convencionais para a defesa de uma tese. Geralmente as dissertações e teses em direito são menos concretas. Contudo, essa opção, inspirada na literatura estrangeira, especialmente em Ronald Dworkin, é bastante adequada a esse “novo direito” baseado em princípios constitucionais: um direito que parte do caso concreto, passa pela análise dos dispositivos constitucionais através de uma argumentação racional e termina com a síntese, uma decisão judicial que, por sua vez, passará a compor o rol de precedentes para novos casos.

## 1. UM NOVO DIREITO?

Se direito é um conjunto de normas e normas são regras de conduta que devem ser obedecidas<sup>1</sup>, estamos diante de uma nova espécie de norma e, portanto, diante de um novo direito. Estamos diante de um novo padrão de norma de conduta que se difere do padrão tradicional, não somente pela textura, mas principalmente pela forma como é aplicado.

Esse novo padrão de norma advém dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal e possuem, em sua maioria. Até pouco tempo atrás, eram considerados normas programáticas. Entretanto, nos últimos anos, passaram a ser aplicados diretamente por nossos tribunais, num primeiro momento, em relação aos órgãos públicos, mais recentemente nas relações privadas. Ou seja, os direitos subjetivos que regulavam as relações privadas e que antes dependia de legislação infraconstitucional, passaram a ser extraídos diretamente da Constituição.

Temos inculcado em nossa cultura jurídica um direito formado basicamente de regras pré-prontas, que venham dispostas de forma clara em seu texto normativo que, por sua vez, é produzido pelo legislador infraconstitucional. Ao longo da história do positivismo jurídico, doutrina que dominou o direito na Europa Ocidental nos dois últimos séculos, a palavra “norma” sempre designou um comando ou ordem que deve, necessariamente, ser obedecido. Uma vez preenchido o suporte fático contido na norma, essa incidiria, produzindo seus efeitos. A única possibilidade de evitar a incidência da norma era a existência de uma exceção, consubstanciada em outra norma mais específica que, por sua vez, também deveria ser obedecida. Portanto, o que sempre caracterizou uma norma foi a sua imperatividade, a impossibilidade de ser desobedecida, de ser desrespeitada.

---

<sup>1</sup> Norberto Bobbio, *Teoria da norma jurídica*, p. 25.

A descrição mais clássica de um enunciado normativo é representada pela fórmula “Se ... então ...”. Se presente o suporte fático, então a regra incide. É nessa perspectiva que se diz que regra atua na base do “tudo-ou-nada”, aplicada pela técnica da subsunção.

Mesmo que consideradas as cláusulas gerais<sup>2</sup>, por exemplo, cuja textura é mais vaga, com a pretensão de abranger várias hipóteses fáticas, autorizando uma intervenção maior do intérprete, a imperatividade é uma característica presente. O abuso de direito, por exemplo, previsto no art. 187 do Código Civil brasileiro, uma vez presente o seu suporte fático, qual seja, prática de um ato com manifesto desvio de finalidade, social ou econômico, ou com violação à boa-fé e aos bons costumes, o ato será considerado ilícito, decorrendo daí as consequências jurídicas. Não se cogita, por exemplo, que uma vez detectado que um ato foi praticado com abuso, ele não seja considerado ilícito.

Tome-se o caso de Mustafá citado na introdução. Se fosse submetido à apreciação dos tribunais há 20 anos, certamente não encontraria grandes dificuldades de resolução. A resposta certamente seria negativa. Todas as pretensões seriam julgadas improcedentes por falta de previsão legal que lhes desse suporte. Contudo, atualmente, a situação é outra. Tratando-se de direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, a discussão está aberta, e o pleito de Mustafá pode tanto ter sucesso, como pode não ter.

Não somente a liberdade religiosa invocada por Mustafá pode ser aventada na Justiça, mas outros direitos fundamentais inseridos na Constituição. O direito à ampla defesa e ao contraditório, previstos no art. 5º, inciso LV da Constituição, por exemplo. Imaginemos um empregado que foi dispensado por justa causa decorrente de falta grave, sem direito de se defender das acusações, como é comum ocorrer. É possível

---

<sup>2</sup> Karl Engisch, **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 188-189, conceitua as cláusulas gerais como sendo aqueles dispositivos normativos cuja técnica legislativa se contrapõe a uma elaboração casuística: “*Deste modo, havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. ... Em lugar da formulação casuística surge, portanto, a cláusula geral ...*”.

argumentar que, antes de dispensá-lo, o empregador deveria dar-lhe a oportunidade de defender-se. Afinal, o referido dispositivo constitucional diz expressamente que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e o ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Já há, inclusive, precedentes do STF e do TST para embasar tal argumentação.

Poderíamos, também, discutir os direitos à intimidade e à privacidade, prescritos no inciso X do art. 5º da CF. Tome-se o exemplo de um empregado que foi dispensado por justa causa decorrente do fato de ter sido flagrado furtando seu empregador. O empregado ajuíza uma reclamação trabalhista para ver revertida a justa causa, mas sua ação é julgada improcedente pois o empregador consegue demonstrar a falta grave cometida. Após anos procurando emprego, o trabalhador não consegue recolocação formal no mercado de trabalho porque o seu ex-empregador, ao ser consultado, presta as informações que constam do seu prontuário, ou seja, de que ele foi dispensado porque furtou a empresa. Seria possível sustentar que esse trabalhador tem direito de não ver aquela informação divulgada por seu ex-empregador, desde que transcorrido um tempo razoável daquela ocorrência. A doutrina e a jurisprudência falam em “direito ao esquecimento” já encontrando fortes precedentes em vários julgados do STJ.

O que mudou, se o texto constitucional é o mesmo? Ganhou força uma nova doutrina que passou a ver a Constituição como fonte direta de direitos subjetivos. Esses direitos estão objetivamente previstos na Constituição como direitos fundamentais. Mesmos aqueles que antes eram concebidos como normas constitucionais “programáticas”, dependentes da atuação legislativa infraconstitucional, passaram a ser vistos como normas de eficácia contida. Além disso, essa eficácia, que antes era buscada apenas perante os órgãos públicos, passou a ser aplicada também às relações entre particulares. São perspectivas que se desenvolveram fortemente na Europa continental a partir da segunda metade do século XX e que nos últimos anos tomaram fôlego na doutrina e jurisprudência brasileira.

Deixa-se um modelo onde os direitos eram buscados no ordenamento jurídico infraconstitucional, e adentra-se um modelo onde os direitos, também, são encontrados diretamente na Constituição Federal que, por outro lado, também passa a ser vista como parâmetro para a interpretação do direito legislado, em uma constitucionalização do direito. Ou seja, se antes a Constituição Federal era coadjuvante no ordenamento jurídico, agora ela é protagonista. Se antes ela era guia para a produção e interpretação do direito, agora ela é fonte direta de direitos.

A Constituição passou a ter força normativa direta para atender ao chamado da concretização dos direitos fundamentais, na medida em que o legislador ordinário não vem cumprindo sua função. Mas um passo ainda mais largo tem sido dado por nossos tribunais ao aplicar esses direitos também nas relações privadas.

Com essa nova perspectiva de direito, tanto a técnica da subsunção, aplicada através de um silogismo que tem na norma em abstrato a sua premissa maior e no fato a sua premissa menor<sup>3</sup>, utilizada para a aplicação do direito tradicional, quanto os métodos de interpretação, sugeridos pela hermenêutica tradicional para solução de conflitos normativos, quais sejam, o cronológico, o hierárquico e o de especificidade, representados pelos respectivos aforismos *lex posterior derogat legi priori*, *lex superior derogat legi inferiori* e *lex specialis derogat legi generali*, acabam não sendo suficientes e até mesmo inservíveis. Como aplicar, por exemplo, o direito de liberdade religiosa invocado por Mustafá? Ou como solucionar o conflito entre esse direito e outros direitos fundamentais que podem ser opostos, como o direito a isonomia dos outros empregados, ou o direito de propriedade do empregador? Surgem novas técnicas, como a ponderação e a máxima ou princípio da proporcionalidade, para dar conta desse novo tipo de direito.

Entre as teorias que buscam sistematizar essa nova perspectiva do direito inspirado diretamente na Constituição, aquela que passa a conceber a Constituição como um conjunto de regras e princípios, parece ser a mais aceita. Portanto, os

---

<sup>3</sup> Karl Larenz, *Metodologia de la ciência del derecho*, p. 224.

princípios passam a ser normas constitucionais. A questão é decidir se sua aplicação é direta ou se depende da mediação legislativa.

Contudo, os princípios constitucionais são uma espécie diferente de norma. Ao contrário das normas-regras que, uma vez identificada a hipótese fática nela prevista, sempre incidirá no caso concreto, as normas-princípios nem sempre serão satisfeitas. É que como contra elas podem ser opostas outras normas-princípios que possuem, abstratamente, o mesmo peso ou importância, dependendo do caso concreto elas podem ou não ceder na aplicação. A norma-regra é absoluta, no sentido de que deve ser obrigatoriamente obedecida. A norma-princípio é relativa, no sentido de que, às vezes, deve ser obedecida, às vezes não. A regra é condicionada ao suporte fático nela contida. O princípio, entretanto, é condicionado às possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto permitir, ou seja, a fatores externos à própria norma. Robert Alexy é um dos autores que melhor desenvolveu essa questão, como se verá mais afrente.

Deixa-se um sistema jurídico que se caracteriza pela existência de normas imperativas, pautadas em textos razoavelmente claros, que deveriam ser aplicadas sempre que presentes a sua hipótese fática; um sistema que completo e coerente pois conduzido por uma hermenêutica que afasta as antinomias aparentes através de critérios já bem conhecidos, e, em caso de antinomias reais, elimina do mundo jurídico a norma inválida pela declaração da sua inconstitucionalidade; adentra-se um sistema de normas cuja imperatividade dependerá do caso concreto, pautadas em textos que nem sempre orientam com clareza a conduta a ser adotada pelo cidadão e cuja aplicação nem sempre ocorrerá. Tudo parece depender do caso concreto.

Embora a doutrina ainda seja divergente sobre esse novo direito juízes e advogados sejam reticentes sobre sua efetiva aplicação, o Código de Processo Civil de 2015 parece ter feito sua opção. Em seu art. 1º, o CPC de 2015 prescreve, *in verbis*:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Da mesma forma, e com maior impacto, é o comando prescrito no art. 8º do CPC de 2015, determinando a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação do ordenamento jurídico, *in verbis*:

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Notadamente a proporcionalidade, que antes era uma meta-norma utilizada na aplicação de princípios, passa a incorporar o ordenamento como regra julgamento, obrigando o juiz na aplicação do ordenamento jurídico.

E para completar, o art. 489 do CPC de 2015, ao dispor sobre os elementos essenciais da sentença, prescreve em seu § 2º que “No caso de **colisão entre normas**, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da **ponderação** efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. (Grifamos).

“**Colisão entre normas**”, “**ponderação**”, são institutos que remetem à aplicação de princípios. O Código de Processo Civil de 2015 vem admitir expressamente que os juízes apliquem princípios, desde que fundamentem sua decisão através da exposição das “razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Tentando sintetizar algumas das principais distinções entre as duas concepções de direito apresentadas: (i) o direito tradicional é formado por regras; no novo direito o direito é composto por regras e princípios; (ii) o direito tradicional é aplicado segundo o método da subsunção, o “novo” direito utiliza a ponderação; (iii) o direito tradicional está concentrado na legislação infraconstitucional (nos códigos principalmente), no “novo” ele concentra-se na Constituição; (iv) o direito tradicional privilegia o legislador, o “novo” dá ênfase ao papel do juiz; (v) enquanto o direito tradicional fala

em segurança jurídica, o “novo” fala em celeridade e efetividade; (vi) o direito tradicional fala em Estado Legislativo, o “novo” fala em Estado Constitucional; (vii) enquanto o direito tradicional fala em princípio da legalidade, o “novo” direito fala em princípio da constitucionalidade. Importante salientar que, enquanto o direito tradicional é o ensinado nas faculdades, o “novo” direito é quase que ignorado nos ambientes de ensino jurídico, embora esteja sendo aplicado na prática.

Sem fazer juízo de valor, mas apenas para demonstrar a preocupação com que parte da doutrina vê esse “novo direito”, citamos as palavras de Eros Roberto Grau, com a autoridade de quem foi Ministro do STF, na sua mais recente obra<sup>4</sup>:

Decidir em função de princípios é mais justo, encanta, fascina e legitima o modo de produção social. ... evidentemente, no entanto, apenas até o ponto em que não venha a comprometer o sistema. (...) O que tínhamos, o que nos assistia – o direito moderno, a objetividade da lei –, o Poder Judiciário aqui, hoje, coloca em risco. A aguda observação de Bernd Rüthers a propósito do que denuncia como transformação constitucional gradual pela qual a República Federal alemã passa nas últimas décadas cabe como luva aos nossos juízes. “O Estado de direito fundado na divisão dos Poderes ... transformou-se em um “Estado de Juízes” ... E de tal modo que a incontrolada deslocação de poder do Legislativo para o Judiciário coloca-nos diante de uma pergunta crucial: pode um Estado, pode uma democracia existir sem que os juízes sejam servos da lei? A Lei fundamental alemã (como a Constituição do Brasil, digo eu) submete-o à lei. Independência e submissão do Executivo e do Judiciário à legalidade são inseparáveis: a independência judicial é vinculada à obediência dos juízes à lei e ao Direito (...) Isso tudo talvez acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e a previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado (talvez então os juízes voltem a ser a boca que pronuncia, sem imprensa, sem televisão ...). Ou será a desordem, até que novos rumos nos acudam (...). Até então terei medo dos juízes (acaso continuarei a nutri-lo, esse medo, ainda após então?), tenho medo do direito alternativo, medo do direito achado na rua, do direito achado na imprensa ...

Fato é que nossos tribunais estão decidindo segundo padrões normativos que podemos definir como princípios jurídicos e o CPC de 2015 parece admitir expressamente a possibilidade de decisão com base nesses padrões, embora tente criar mecanismos de contenção ao determinar que todas as decisões sejam fundamentadas.

---

<sup>4</sup> Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), p. 138-139.

## 1.1 A ênfase na separação entre texto e norma

Ricardo Guastini afirma que texto e norma não se confundem, sendo esta “um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação. Nesse sentido, as normas são – por definição – variáveis dependentes da interpretação”.<sup>5</sup>

No mesmo sentido, Robert Alexy sustenta sua teoria dos direitos fundamentais partindo da diferença entre norma e texto normativo, onde norma é “o significado de um enunciado normativo”<sup>6</sup>, sendo essa distinção de grande relevância para sua teoria.

Para Friedrich Muller o texto normativo não “‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta”, embora seja responsável por dirigir e limitar as possibilidades de concretização do direito.<sup>7</sup> O pai da “Teoria estruturante do direito” tem na separação entre texto e norma um dos pilares da sua obra, sustentando a distinção entre o que ele chama de “programa normativo” e “âmbito normativo”, onde o primeiro corresponderia ao texto normativo e o segundo à realidade social onde a norma é aplicada. Assevera o autor que essa perspectiva fortalece “a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixa-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma”.<sup>8</sup> O resultado da interpretação do texto normativo, em conjunto com a realidade social, “torna o problema tradicionalmente irresolvido de ‘ser e dever ser’ operacional e trabalhável”<sup>9</sup> afirma Friedrich Muller.

J.J. Gomes Canotilho sustenta que a norma pode ser composta de um “programa normativo”, que para ele corresponderia ao resultado da interpretação do texto normativo, e de um “domínio normativo” que consistiria nos elementos empiricamente colhidos no momento da aplicação da norma. Desses dois elementos “é

<sup>5</sup> Das fontes às normas, p. 28.

<sup>6</sup> Teoria dos direitos fundamentais, p. 53-54.

<sup>7</sup> Metodologia de direito constitucional, p. 57.

<sup>8</sup> Teoria estruturante do direito, p. 238.

<sup>9</sup> O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturante, p. 11.

que deriva a normatividade que ‘é o efeito global da norma (...) num determinado processo de concretização’<sup>10</sup>.

A partir dessa ideia, a norma, que antes vinha pronta no texto, passa a ser objeto de fabricação do intérprete no momento da concretização, da sua aplicação. O texto normativo não contém a norma pronta, mas é o início do processo interpretativo que será concluído somente quando confrontado com as condições do caso concreto. O intérprete deixa de buscar a vontade do legislador ou da lei, permitindo-se focar a interpretação em outros âmbitos.

Este conceito de norma, embora estivesse presente em algum grau na doutrina tradicional desenvolvida na primeira metade do século XX, nunca mereceu destaque na teoria da interpretação como vem ocorrendo atualmente.

O que se tinha na doutrina tradicional era um apego exacerbado ao texto normativo. Ainda hoje o conceito de norma que parece estar inculcado na cultura jurídica brasileira, é o de um necessário atrelamento ao texto normativo e à vontade da autoridade produtora, o que se pode verificar com a presença de vários dispositivos prescrevendo como única possibilidade de interpretação aquela que for literal do texto, a exemplo do art. 111 do Código Tributário Nacional brasileiro<sup>11</sup>, numa anacrônica tentativa de aprisionar o intérprete aos tempos da escola do positivismo exegético.

Mesmo Hans Kelsen, que afirmava que é o intérprete quem atribui sentido à norma, afirmando que a interpretação é um ato de vontade do julgador, pois não há nenhuma norma que o vincule a um ou outro método de interpretação, não pregava essa desvinculação entre o texto e a norma. Pelo contrário, o que tentava fazer era conter o julgador na moldura da norma.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1216.

<sup>11</sup> Diz o art. 111 do CTN: “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre ...”.

<sup>12</sup> **Teoria pura do direito**, p. 391-395.

Parafrazeando Nietzsche<sup>13</sup>, é possível distinguir a filosofia por trás da filosofia, quando analisada essa ideia que busca separar texto e norma. A intenção é afastar a ideia, contida nos primórdios do positivismo jurídico – e ainda muito presente na prática do direito brasileiro – de que a norma já está totalmente contida no texto, e que a interpretação é um processo de descobrimento desta norma que, por sua vez, seria a expressão da vontade do legislador. Ao se admitir a ideia da necessária separação entre texto e norma, alarga-se sobremaneira o conceito de norma e, conseqüentemente, os limites de atuação do aplicador.

Na doutrina brasileira, só recentemente começou a assimilar essa ideia da separação entre texto e norma e a força que esse discurso traz junto consigo. Nesse sentido, merecem destaque as obras Eros Roberto Grau<sup>14</sup> e Humberto Ávila<sup>15</sup>. Entretanto, é importante frisar com Lenio Streck, que essa distinção entre texto e norma não significa dizer que o intérprete pode “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo, arbitrariamente, sentidos totalmente divorciados do texto, devendo evitar decisionismos e discricionariedades<sup>16</sup>.

Há, evidentemente, um limite ao papel do intérprete. Estabelecer esse limite tem sido a luta da hermenêutica, como ciência de interpretação. Porém, a ênfase nessa distinção entre texto e norma parece estar dando asas à imaginação dos juízes brasileiros que estão se libertando do tradicional conceito de norma, o que tem facilitado a aceitação, cada vez maior, da força normativa dos princípios jurídicos.

---

<sup>13</sup>“Toda filosofia é uma filosofia-de-fachada ... Toda filosofia também esconde uma filosofia, toda opinião é também um esconderijo, toda palavra também uma máscara”. Friedrich Nietzsche, **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**, p. 175.

<sup>14</sup> **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 84-86.

<sup>15</sup> **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**, p. 33.

<sup>16</sup> **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, p. 166-167.

## 1.2 Normas são regras ou princípios e isso muda tudo

A doutrina do novo direito, embora mantenha a assertiva de que normas são comandos, as classifica como sendo ou regras ou princípios. Ao aceitar essa ideia, é grande a mudança de perspectiva em relação ao direito tradicional.

A norma, como padrão de comportamento a ser seguido pelo indivíduo, sempre foi referenciada como um comando que determina que uma conduta deva ser ou produzir-se, ou seja, que uma pessoa deva se comportar de determinada maneira<sup>17</sup>. Nas palavras de Kelsen, com a expressão norma “se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também conferir poderes, permitir, derogar são funções de normas”.<sup>18</sup>

À essa característica da norma, como comando que obrigatoriamente deve ser obedecido, a doutrina atribui o nome de imperativo, que constitui seu elemento essencial porque, além de descrever as condutas autorizadas, obrigadas ou proibidas, permite que o ofendido por eventual violação exija o seu cumprimento, a reparação de eventual dano ou a volta das coisas ao seu estado de origem. Goffredo Telles Jr. atribui a essa característica o nome de “imperativo autorizante”.<sup>19</sup>

Ensina Celso Bandeira de Mello, enfatizando o caráter imperativo da norma, que normas jurídicas não são meros conselhos que podem ou não ser seguidos. As normas jurídicas são determinações obrigatórias, que devem ser seguidas. Mesmo quando uma norma permite que alguém faça alguma coisa, ela está obrigando.<sup>20</sup>

Por uma tradição kelseniana, aprendemos a chamar esses comandos comportamentais de normas e não de regras. Kelsen preferia reservar a nomenclatura “regra” para as proposições elaboradas pela Ciência do Direito, a quem ele reservava a

---

<sup>17</sup> Teoria pura do direito, p. 05.

<sup>18</sup> Teoria geral das normas, p. 02.

<sup>19</sup> Direito quântico. Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica, p. 262.

<sup>20</sup> Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais, p. 11-12.

tarifa de descrever o direito de uma comunidade. Segundo sua concepção, para evitar mal-entendidos quanto à natureza do direito, em relação a outros ramos da ciência, seria adequado “não usar o termo regra nesse contexto, mas, antes, caracterizar o Direito como normas”.<sup>21</sup>

Ou seja, na perspectiva de Kelsen, a expressão norma deveria ser utilizada em referência ao texto normativo e a expressão regra ao enunciado daqueles (os cientistas jurídicos) que descrevessem o conteúdo do texto (da norma). A citação abaixo é esclarecedora:

A tarefa da ciência do Direito é descrever o Direito de uma comunidade, i.e., o material produzido pela autoridade jurídica no procedimento legislativo, na forma de enunciados no sentido de que “se tais e tais condições forem satisfeitas, então deve-se proceder a tal e tal sanção”. Esses enunciados, por meio dos quais a ciência jurídica descreve o Direito, não devem ser confundidos com as normas criadas pelas autoridades legislativas. É preferível não chamar de normas esses enunciados, mas de regras jurídicas. As normas jurídicas decretadas pelas autoridades legislativas são prescritivas; as regras de Direito formuladas pela ciência jurídica são descritivas. É importante que o termo “regra jurídica” ou “regra de Direito” seja empregado aqui num sentido descritivo.<sup>2223</sup>

A doutrina de origem anglo-saxônica, especialmente a inglesa e a norte-americana, prefere a palavra “rules”, que pode ser traduzida para regras. Nessa ótica, para ficar em apenas um dos mais influentes doutrinadores anglo-saxões, Herbert L. A. Hart, em sua obra mais conhecida, “O conceito de direito”, usa a expressão “regras” (rules em inglês) para designar o que chamamos de normas. Nas poucas vezes em que Hart utiliza a palavra “norma”, o faz para referir-se às ideias de Kelsen, exceto em uma única passagem quando se refere também a Alf Ross<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> **Teoria geral do direito e do Estado**, p. 52-53.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>23</sup> Kelsen entendia que a sanção era da essência da norma, que norma sem sanção não era norma. A doutrina classifica essa linha de pensamento como *sancionista*. Essa ideia, entretanto, foi sendo superada, encontrando até mesmo em notórios positivistas, como Norberto Bobbio, o entendimento que a sanção não é da essência da norma. Segundo Bobbio “*A presença de normas não sancionadas em um ordenamento jurídico é um fato incontestável*”. Contudo, ainda segundo Bobbio, isso não significa negar que as normas não possuem sanção, mas representaria “*aquele mínimo de consenso sem o qual nenhum Estado poderia sobreviver*”. (Norberto Bobbio, **Teoria da norma jurídica**, p. 165 e 175).

<sup>24</sup> Herbert L. A. Hart, **O conceito de direito**, *passim*. Sobre a citação a Alf Ross, ver p. 266.

Contudo, se analisarmos obras como a de Pontes de Miranda, veremos que a utilização de “regra” ao invés de “norma”, lhe era comum: “A regra jurídica é a norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida.”<sup>25</sup>

De qualquer forma, seja com a nomenclatura “regra” ou “norma”, a característica principal atribuída à norma é a sua imperatividade, ou seja, a capacidade de, diante de um caso concreto, identificada a hipótese fática nela prevista, fazer-se incidir de forma obrigatória. É nessa perspectiva que a doutrina enuncia a representação de uma norma como “um julgamento hipotético vinculando certas consequências a certas condições” e que se expressa no formato “se A é, B deve ser”.<sup>26</sup>

É nessa perspectiva que a doutrina juspositivista afirma que a norma pode ser observada e aplicada quase que mecanicamente, através da subsunção do fato concreto à norma abstrata.<sup>27</sup> Uma vez identificada a ocorrência do suporte fático, ou seja, do fato previsto na norma, esta incide obrigatoriamente.

Até esse ponto, a distinção entre a doutrina tradicional e as pregações do novo direito aparenta ser meramente de nomenclatura. Enquanto a doutrina tradicional prefere a expressão “norma”, o novo direito usa a expressão “regra”.

O que mudou? O novo direito estendeu o conceito de norma para outros padrões que também ditam comportamentos, mas não possuem a mesma estrutura “se A então B”. Esse novo padrão permite que a norma assuma o seguinte formato: “Se tal fato ocorrer, então faça algo o máximo possível, sempre que for possível”. Essas possibilidades, fáticas e jurídicas, dependerão do caso concreto.

Enquanto no direito tradicional, norma é um comando que expressa uma conduta e que deve ser sempre cumprida, desde que presente a hipótese fática nele

---

<sup>25</sup> **Tratado de direito privado**, Tomo I, p. 3.

<sup>26</sup> Hans Kelsen, **Teoria geral do direito e do Estado**, p. 64.

<sup>27</sup> Gustavo Zagrebelsky, **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**, p. 111.

contida, no novo direito a norma também pode ser um comando que determina que algo seja feito em medida variável e que, em determinado caso, pode ser cumprido e, em outras circunstâncias, não. A precisão da antiga norma não está presente nessa nova espécie. Essa característica de aparente incerteza da incidência da norma, advém, sobretudo, do fato de que essas normas provêm de uma mesma fonte, a Constituição, onde encontram outras tantas normas que podem colidir entre si, não havendo critério legal que diga qual deve prevalecer no caso concreto.

A doutrina tradicional sempre repudiou a ideia de normas que não se fizessem necessariamente incidir. Pontes de Miranda entendia ser falsa qualquer teoria que, presente o suporte fático, considerasse a possibilidade da não incidência da norma pois “o homem não organizou a vida social deixando margem à não-incidência, porque teria sido o ordenamento alógico, em um sistema de regras jurídicas em que essas poderia *não ser*”.<sup>28</sup>

A julgar pela nova doutrina e pelas decisões de nossos tribunais, as lições do imortal Pontes de Miranda foram superadas, pois um novo padrão de norma está surgiu. Um padrão que exprime comandos que às vezes deve ser cumprido e às vezes não. Tudo dependerá do caso concreto.

Ambas as normas poderiam ser chamadas de regras, pois ambas dizem que uma pessoa deve se comportar de determinada maneira, em determinadas circunstâncias. No entanto, em um caso a norma deve ser cumprida porque traz a medida exata do comportamento a ser observado. Em outros casos, o comportamento pode ser obrigatório numa circunstância, mas em outra, pode não ser. E isso se dá (i) ou porque existem fatos que impedem que ela se cumpra naquele caso concreto ou (ii) porque outras normas de igual peso devem ser ponderadas. Ou seja, a realidade interfere na incidência da norma.

---

<sup>28</sup> **Tratado de direito privado.** Tomo I, p. 4.

No que diz respeito ao conflito de normas, no direito tradicional eventual antinomia era resolvida, ou com a declaração de invalidade de uma das normas, pois seria considerada inconstitucional, ou com a utilização dos critérios cronológico, hierárquico ou da especificidade. Mas no novo direito essa solução não é possível, pois as normas em conflito provêm de uma mesma fonte, são consideradas coexistentes temporalmente, possuem a mesma força hierárquica e podem ser aplicadas às mais diversas áreas do direito. A sua fonte é a Constituição Federal.

Esse novo padrão de norma advém direto da Constituição Federal e, portanto, não pode ser excluído do ordenamento e todas as antinomias são aparentes e devem ser resolvidas sem a exclusão de uma das normas que eventualmente estejam em conflito.

Daí a distinção entre esses dois tipos de normas, traçada pela doutrina atual. Para a primeira espécie de norma, a doutrina vem atribuindo o nome de “**regra**”. Para a segunda, o nome de “**princípios**”. Poder-se-ia chamar também de normas-regras ou normas-princípios<sup>29</sup>. A distinção na nomenclatura não altera o fato de que existe uma distinção entre os dois padrões. Essa distinção, entretanto, ainda não é muito clara na doutrina. Essa ideia, de aparente simplicidade, é a base da doutrina que afirma a normatividade dos princípios.

A doutrina tradicional não concorda com essa distinção. José Afonso da Silva, por exemplo, afirma que somente as regras deônticas se caracterizam como normas, pois somente elas “são dotadas de dever-ser, que constitui o signo das normas jurídicas.”<sup>30</sup> É justamente por sustentar que os princípios também possuem caráter deôntico, no sentido de obrigar, permitir ou proibir condutas, que a doutrina atribui força normativa aos princípios jurídicos. O problema maior em se aceitar essa ideia está no fato de que esses comandos não descrevem claramente o seu suporte fático, não trazem a justa medida da sua incidência.

---

<sup>29</sup> Gustavo Zagrebelsky, op. cit., p. 111.

<sup>30</sup> **Comentários contextual à Constituição**, p. 29.

J. J. Gomes Canotilho, aderindo expressamente a essa nova visão, rompe com a doutrina tradicional que distinguia os padrões normativos entre normas e princípios. Ao invés de afirmar, como faz a doutrina tradicional, que nosso ordenamento é formado de normas e princípios, o que retira desses últimos a força normativa, “Abandonar-se-á aqui esta distinção para, em sua substituição, se seguir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1160.

## 2. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO ESPÉCIE DE NORMA E A BUSCA POR UM CONCEITO

O que é, afinal, um princípio jurídico? A doutrina ainda diverge sobre o conceito de princípio jurídico. As divergências também ocorrem quanto à sua inclusão na categoria norma, quanto aos critérios para distingui-los de outras espécies normativas e o modo da sua aplicação ao caso concreto.

A expressão “princípio jurídico” é polissêmica. Genaro Carrió, por exemplo, indica várias perspectivas assumidas pelo vocábulo “princípio”, enunciando a partir delas 11 (onze) significações que poderiam ser atribuídas à expressão “princípio jurídico”.<sup>32</sup>

Fala-se em princípios implícitos e explícitos, para designar como os mesmos estão positivados no ordenamento; em princípios gerais de direito e princípios gerais do direito, para indicar se são externos ao ordenamento, pertencentes a meta-normas, ou se são internos a um determinado ordenamento<sup>33</sup>; em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios-garantia<sup>34</sup>, princípios constitucionais e princípios fundamentais<sup>35</sup>, princípios axiomáticos, princípios problemáticos ou retóricos e princípios dogmáticos; princípios de raciocínio, princípios institucionais, princípios da razão nacional<sup>36</sup>, princípios jurídico-éticos<sup>37</sup>, princípios de direito material e de direito processual, princípios de direito privado e princípios de direito público, entre tantas outras espécies e classificações que a doutrina enumera.

---

<sup>32</sup> **Notas sobre derecho y language**, p. 209-212.

<sup>33</sup> Eros Roberto Grau, **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 143.

<sup>34</sup> J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1164-1177.

<sup>35</sup> José Afonso da Silva, **Comentários contextual à Constituição**, p. 30 e 31.

<sup>36</sup> Josef Esser, **Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**, p. 62 e 110-135.

<sup>37</sup> Karl Larenz, **Metodologia de la ciência del derecho**, p. 326.

Mesmo em relação aos princípios gerais de direito, a doutrina não é unânime em classificá-los. Tércio Sampaio Ferraz Junior, destacando essa divergência doutrinária, afirma que há quem os reduza aos preceitos romanos “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence)”<sup>38</sup>.

A divergência é de tal ordem que Eros Grau, que sempre destacou as várias distinções entre regras e princípios, em sua obra mais recente decidiu afirmar que princípios também são regras. Assimilando as lições de Jerzey Wróblewski, afirma que pouco restou das suas concepções expostas em obras anteriores sobre os princípios jurídicos, sintetizando que para ele, doravante, “os princípios são regras”.<sup>39</sup>

Nelson Nery Junior, após analisar várias correntes doutrinárias, afirma que todas têm “méritos e falhas, vantagens e desvantagens, coerências e incoerências”, motivo pelo qual prefere não adotar nenhuma conceituação do que seriam princípios, adotando a nomenclatura apenas para caráter didático.<sup>40</sup>

## 2.1 Os princípios no direito tradicional

Tradicionalmente, os princípios são caracterizados pela sua generalidade e imprecisão semântica, na medida em que não trazem em seu enunciado um conteúdo muito bem definido, sendo sinalizado por signos vagos donde é mais difícil a abstração do fato que visa regular, o que lhe possibilita, por vezes, a aplicação a uma multiplicidade de fatos. Disso decorre outra característica que tradicionalmente lhe é atribuída, a discricionariedade que é dada ao aplicador do direito na decisão do caso concreto. Aos princípios também é atribuída a característica de fundamentalidade no sistema das fontes, pois sempre está numa posição hierárquica superior, possuindo

<sup>38</sup> Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação, p. 213.

<sup>39</sup> Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), p. 98.

<sup>40</sup> Princípios do processo na Constituição Federal, p. 35.

natureza normogênica<sup>41</sup>, uma vez que constituem fundamento para as outras normas jurídicas, pelo seu modo de aplicação ou na forma da solução de eventuais conflitos<sup>42</sup>.

A doutrina tradicional atribui aos princípios a função interpretativa, no sentido de que são auxiliares, tanto do legislador na produção do direito, quanto do aplicador do direito, servindo assim como fonte de produção e harmonização do ordenamento, como também as funções integrativa, supletiva ou subsidiária do ordenamento<sup>43</sup>, uma vez que servem à correção de eventuais lacunas, como ocorre no direito brasileiro com os princípios gerais de direito, por força do art. 4º da LINDB e do art. 8º da CLT. É com essa perspectiva que Celso Antonio Bandeira de Mello define os princípios como sendo mandamentos nucleares de um sistema, que se irradiam sobre as normas e lhes servem à uma correta interpretação.<sup>44</sup>

Para a doutrina tradicional, aos princípios é reservada a tarefa de inspirar a criação e a aplicação das normas. Sua vagueza provoca insegurança e permite a discricionariedade que pode descambar para a arbitrariedade, fatores que a escola positivista sempre tentaram combater.

## **2.2A força normativa dos princípios jurídicos: dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais**

Embora a doutrina em geral exalte a importância dos princípios jurídicos, atribuir-lhe força normativa no sentido de constituírem norma de conduta diretamente aplicada aos jurisdicionados, exige a superação de uma doutrina que nos acompanha desde meados de século XIX.

---

<sup>41</sup> J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1160-1161.

<sup>42</sup> Humberto Ávila, **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**, p. 43-70.

<sup>43</sup> Celso Ribeiro Bastos, **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 1997, p. 36-39.

<sup>44</sup> **Curso de direito administrativo**, p. 842/843.

Dizer que um princípio jurídico possui força normativa, no sentido de que emite comandos que devem ser observados pelas partes, significa dizer que ele contém direitos subjetivos que podem ser invocados caso não sejam espontaneamente obedecidos. Significa dizer que ele é uma ordem que determina, em alguma medida, que uma pessoa se comporte de determinada maneira, gerando, portanto, obrigações que poderão ser exigidas. Em outros termos, é afirmar que princípios jurídicos são normas.

A doutrina tradicional, norteadada pelo positivismo jurídico<sup>45</sup>, em geral, sempre negou a característica de normas aos princípios, porque eles não atendiam aos padrões formais exigidos, especificamente à clareza necessária à compreensão dos destinatários, não indicando se uma conduta é permitida, proibida ou obrigada, modalidades deônticas de dever-ser, próprias das normas.

Os princípios gerais de direito, por exemplo, embora sempre tenham sido fonte subsidiária do ordenamento jurídico, prontos para colmatar eventuais lacunas, essa função integrativa sempre foi excepcional. No direito brasileiro, o já citado art. 4º da LINDB prescreve os princípios gerais de direito como última opção ao intérprete, após a analogia e os costumes, como possibilidade de suprimento de lacunas. No art. 8º da CLT, eles aparecem como possibilidade somente após a jurisprudência, a analogia, a equidade.

Karl Larenz apontava serem raras as vezes em que um caso concreto pudesse ser decidido apenas com base em um princípio jurídicos, assinalando ser sempre necessária a sua delimitação através da sua positivação.<sup>46</sup> Contudo, essa postura doutrinária em relação aos princípios começa a mudar a partir da segunda metade do Século XX, notadamente como o surgimento de um novo constitucionalismo.

---

<sup>45</sup> Bobbio classifica o positivismo jurídico em metodológico, teórico e ideológico. As principais críticas à doutrina juspositivista são dirigidas ao positivismo metodológico que sustenta, entre outras coisas, a separação entre direito e moral, reduzindo o direito ao direito positivo e pregando o critério de validade como fator preponderante para avaliação do direito, o que serviria de justificativa, inclusive, para regimes totalitários. (Norberto Bobbio, **O positivismo jurídico**, p. 233-237).

<sup>46</sup> **Metodologia de la ciência del derecho**, p. 326-327.

Josef Esser, que sempre é referenciado como um dos primeiros doutrinadores a sistematizar um estudo destacando, em alguma medida, a força normativa dos princípios. Em sua obra “Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado”, o autor indica que os princípios jurídicos são bases para tomada de decisão, embora ressalte que eles não são normas jurídicas no sentido técnico, posto que não contém nenhuma instrução que vincule de imediato um determinado número de questões, como ocorre com as normas jurídicas em geral, necessitando sempre da atuação judicial ou legislativa.<sup>47</sup>

Hans Kelsen dedica um capítulo inteiro da sua “Teoria Geral das Normas”<sup>48</sup> para criticar as ideias de Josef Esser. Kelsen insiste em reservar a atuação dos princípios, que ele classifica de “princípio da Moral, Política ou Costume”, à produção do direito pela autoridade competente e, como tal, não podem ser confundidos com o Direito no sentido de “norma jurídica”. Para Kelsen, os princípios atuam na produção da norma jurídica, podendo ser conteúdo delas, mas com elas não se confundem. O “conteúdo das normas jurídicas gerais e individuais produzidas pelas autoridades do Direito mais ou menos correspondem aos princípios”, mas, “Se existe uma diferença entre ‘princípio’ e ‘norma’, princípio não pode ser norma”, afirma Kelsen<sup>49</sup>.

Norberto Bobbio, entretanto, referindo-se ainda aos princípios gerais de direito, destaca que, se as normas podem ser retiradas dos princípios gerais, não há porque eles não serem considerados normas uma vez que eles servem ao mesmo objetivo que as demais normas em caso de lacuna. Se é assim, “por que não deveriam ser normas?”, indaga Bobbio.<sup>50</sup>

Celso Ribeiro Bastos, embora destaque a importância dos princípios constitucionais, afirma categoricamente a sua dependência do legislador

---

<sup>47</sup> **Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**, p. 65.

<sup>48</sup> p. 145-156.

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 146 e 149.

<sup>50</sup> **Teoria geral do direito**, p. 309.

infraconstitucional na concretização dos seus mandamentos, pois, no seu entender, eles não são “regras de conduta, mas valores que deverão servir de critérios para futuras normas.”<sup>51</sup>

Os motivos para a resistência da doutrina tradicional à ideia de força normativa dos princípios são inúmeros. O principal deles é a insegurança jurídica que a adoção de um padrão normativo como este ensejaria. Essa visão, entretanto, torna-se quase que insustentável com o constitucionalismo que se desenvolveu a partir da segunda metade do Século XX.

O conceito tradicional de norma, construído ao longo dos anos pela doutrina juspositivista no formato de regra, cujo conteúdo deveria trazer a hipótese fática e a consequência para o caso de incidência - aplicada pela via da subsunção, através de um silogismo lógico<sup>52</sup> -, por muito tempo impediu uma perspectiva que vislumbrasse outra espécie de comando, que não do tipo absoluto, no que diz respeito à aplicação.

No entanto, como assinala Paulo Bonavides, os princípios gerais do direito foram positivados nas Constituições do pós-Segunda Guerra o que mudou completamente o enfoque que se tinha sobre essa espécie de padrão jurídico. Assinala o referido autor que as novas Constituições promoveram uma espécie de “positivação do Direito Natural” com a incorporação dos princípios gerais à ordem constitucional, onde passaram a ter valoração suprema adquirindo “a qualidade de instância juspublicista primária, sede de toda a legitimidade do poder”.<sup>53</sup>

Além de incorporar os princípios gerais de direito, as novas Constituições passaram a conter um extenso rol de direitos fundamentais que, por sua vez, podem ser regras ou princípios, na medida em que, por vezes trazem a justa medida para a sua aplicação e, por vezes, são generalíssimos, imprecisos, tanto no que

---

<sup>51</sup> **Hermenêutica e interpretação constitucional**, p. 149.

<sup>52</sup> Friedrich Müller, **Teoria estruturante do direito**, p. 25.

<sup>53</sup> **Curso de direito constitucional**, p. 303.

diz respeito ao suporte fático, quanto à consequência jurídica em caso de incidência. A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo desse modelo, recheada de direitos tipificados como fundamentais e que, no caso concreto, podem colidir entre si. Contudo, o aplicador do direito terá que tomar uma decisão. Pela doutrina tradicional, ele poderia simplesmente adotar o entendimento de que esses direitos previstos na Constituição não são autoaplicáveis, que padecem de regulamentação e extinguir a ação sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido ou julgar improcedente a ação frente da redação dos arts. 485 e 487 do Código de Processo Civil de 2015<sup>54</sup>.

Diante da ideia cada vez mais forte de que texto e norma não guardam necessária correspondência, os princípios constitucionais são enunciados em aberto, donde se pode “extrair mais de uma norma, como atestam as constantes mutações normativas e as viragens da jurisprudência.”<sup>55</sup>

A doutrina de Paulo Bonavides sintetiza o pensamento sobre a normatividade dos princípios jurídicos constitucionais, nos seguintes termos:

(...) Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programática; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressa máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> O CPC de 2015, com vigência a partir de 16-03-2016, nos arts. 485 a 487, não elenca a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, como ocorre com o art. 267 do CPC de 1973.

<sup>55</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, **Curso de Direito Constitucional**, p. 127-129.

<sup>56</sup> **Curso de direito constitucional**, p. 304.

## 2.3 A contribuição de Ronald Dworkin e o seu conceito de princípios jurídicos

Embora a ideia de força normativa dos princípios tenha origem já no início da segunda metade do século XX, no campo doutrinário ela ganhou força exponencial com as obras de Ronald Dworkin, principalmente no Brasil.

Segundo observa Eros Grau, com a chegada das obras de Dworkin ao Brasil, passou “a prevalecer entre nós desde a última década do século XX o paradigma dos princípios”. Assevera ainda o mesmo autor que, ao lado de uma nova Constituição, que já se afirmava principiológica, as obras de Dworkin, especialmente seu artigo seminal, “Modelo de regra I”, introduziram indagações e provocaram pesquisas, tendo o direito deixado de ser concebido como um sistema de regras “passando a ser visualizado como sistema de princípios”.<sup>57 58 59</sup>

Na referida obra, Ronaldo Dworkin faz uma crítica ao positivismo jurídico, principalmente na versão desenvolvida por Herbert Hart<sup>60</sup> que sustentaria, na análise de Dworkin, um sistema jurídico formado basicamente de regras jurídicas identificáveis através de um critério de validade e aplicadas por subsunção ou no modo do “tudo-ou-nada”, como ficou conhecida sua famosa expressão. Porém, ainda segundo Ronald Dworkin, advogados e juízes usam outros padrões para sustentar suas teses e tomar suas decisões, padrões esses que não se enquadravam no conceito de regras estabelecido por Hart. Esses padrões seriam princípios jurídicos.

<sup>57</sup> **Por que tenho medo dos juízes ...**, p. 97.

<sup>58</sup> Ronaldo Macedo Junior, “**Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**”, p. 159, informa que o artigo seminal “O modelo de regras I”, que foi incluído na coletânea de ensaios “Levando os direitos a sério”, pode ser considerado um “dos textos de teoria do direito mais lido e discutido no final do século XX..”

<sup>59</sup> Lenio Streck, **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**”, p. 524-547, faz severas críticas ao que denomina de “*pan-principiologismo*”. O autor identifica mais de 68 “princípios” que têm sido referenciados em decisões judiciais e doutrinas que demonstram, no seu entendimento, “construções nitidamente pragmatistas” que acabam adquirindo aceitação universal.

<sup>60</sup> Herbert L. A. Hart, **O conceito de direito**.

Para Ronald Dworkin, tanto regras, quanto princípios são padrões que orientam para uma determinada conduta e permitem tomadas de decisões. A diferença está na natureza dessa orientação. No caso das regras, uma vez identificada a hipótese fática nela contida, elas devem ser aplicadas: “Se ... então ...”. Uma regra somente não seria aplicável no caso de não ser válida ou no caso de existir uma regra mais específica, excepcionando a sua aplicação em determinado caso. Já com os princípios jurídicos isso não ocorre. Às vezes um princípio pode não ser aplicado por conta de outro princípio que com ele colida, ou por causa de uma situação fática que impeça a sua incidência no caso concreto. Assevera Ronald Dworkin que:

Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. (...) Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessita uma decisão particular. (...) Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentam em outra direção (...) **Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trata de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo.** (...) **Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância.** Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. ... As regras não têm essa dimensão. (...) Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.<sup>61</sup> (Grifamos)

Pode-se dizer que a regra traz um conteúdo absoluto, que deve ser observado, que não pode violado. É por isso que ela é aplicada através da subsunção, ou na base do “tudo ou nada”. Já o conteúdo dos princípios, não permite essa aplicação, exigindo outro tipo de procedimento, que Dworkin designa de ponderação<sup>62</sup>. É que os princípios não contêm uma determinação definida, não são exatos na sua medida de aplicação que só poderá ser avaliada no caso concreto, admitindo contra-argumentos que podem justificar decisões em sentidos diversos, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto.

<sup>61</sup> **Levando os direitos a sério**, p. 39-43.

<sup>62</sup> Ibid, p. 44. Dworkin não discorre profundamente sobre o método da ponderação para a resolução de conflitos envolvendo princípios. Essa elaboração será desenvolvida por Robert Alexy. Daí, talvez, o porquê da sua maior aceitação como doutrina para trabalhar com os princípios.

É importante destacar, mesmo que de passagem, que a doutrina de Dworkin não constitui um estímulo ao solipsismo judicial, nem tenta incentivar o uso de princípios para tomada de decisões. O que Dworkin faz é uma constatação de que os juízes decidem não somente com base nos padrões que a doutrina positivista prega, ou seja, com base em regras. A partir dessa análise, Dworkin constrói a ideia de direito como um “conceito interpretativo como a cortesia”<sup>63</sup>, propondo formas de controle das decisões judiciais, que podem ser mais bem entendidas na sua obra “O Império do Direito”.

## 2.40 conceito de princípios jurídicos de Robert Alexy

Embora Ronald Dworkin possa ter sido o responsável pela propagação da ideia da força normativa dos princípios, é o conceito de Robert Alexy que vem sendo mais utilizado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira. Expressões como otimização ou maximização dos princípios, geralmente estão associadas às suas ideias, embora nem sempre sejam feitas as devidas referências. Além de criar um novo conceito de princípio jurídico, Robert Alexy oferece uma orientação para a sua aplicação e solução no caso de conflito, sendo considerado por parte da doutrina pós-positivista um dos “expoentes mais altos e abalizados”<sup>64</sup>. Embora pertençam a bases filosóficas diversas, Robert Alexy afirma expressamente partir das ideias de Ronald Dworkin para construir o seu conceito de princípio jurídico<sup>65</sup>.

Da mesma forma que Dworkin, Robert Alexy entende que o direito é formado de normas que podem ser regras ou princípios, pois ambos “dizem o que deve ser” e tanto um quanto o outro são “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda

<sup>63</sup> **O império do direito**, p. 109.

<sup>64</sup> Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, p. 286.

<sup>65</sup> **Derecho y razón práctica**, p. 07-10. Contudo, é importante destacar, que as doutrinas de Alexy e Dworkin não são convergentes. Para uma análise mais apuradas das diferenças entre a doutrina dos dois autores, indicamos a obra de Lenio Luiz Streck, “**Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**”, Editora Saraiva.

que de espécie muito diferente”<sup>66</sup>. Contudo, ao conceituar princípios, Robert Alexy os classifica como normas que determinam que algo seja feito o máximo possível que a realidade e as demais normas jurídicas permitirem. Eis o que expressamente afirma:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. **Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização**, que são 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. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. **Toda norma é ou uma regra ou um princípio.**<sup>67</sup> (grifamos).

Em outra obra, Robert Alexy enfatiza que “Se se exige a maior medida possível de cumprimento na relação com as possibilidades jurídicas e fáticas, se trata de um princípio. Se somente se exige uma determinada medida de cumprimento, se trata de uma regra”<sup>68</sup>. A definição de Ronaldo Dworkin é mais ampla que a de Robert Alexy, mas nenhum dos autores se ocupa da generalidade ou da imprecisão para caracterizar os princípios. O critério por eles utilizados é qualitativo, ligado à forma de aplicação. Enquanto as regras se aplicam por meio da subsunção, a aplicação dos princípios se dá pela ponderação.

Entretanto, Robert Alexy potencializa as normas-princípios ao afirmar que eles são “mandamentos de otimização”, o que significa dizer que os direitos neles contidos devem ser satisfeitos na maior medida possível. A pergunta a ser feita para diferenciar uma norma-regra de uma norma-princípio é a seguinte: *o comando emanado da norma sempre será obedecido na mesma medida, ou apenas sempre que possível e na medida do possível?* No primeiro caso, estaremos diante de uma regra. No segundo, diante de um princípio.

<sup>66</sup> **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 87.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 90-91.

<sup>68</sup> **Derecho y razón práctica**, p. 14.

E o que limita a aplicação de um direito contido numa norma-princípio? Responde Alexy: as “possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. O que são as possibilidades fáticas? São aquelas circunstâncias da realidade que, no caso concreto, impossibilitam ou limitam a concretização de um determinado direito. E o que são as “possibilidades jurídicas”? São os “princípios e regras colidentes”. E se não houver nenhuma outra norma colidente? A norma-princípio será limitada pelas possibilidades fáticas, devendo ser realizada no máximo possível. E se não houver possibilidade fática para se realizar aquele direito? Então a norma não terá eficácia, enquanto subsistir a impossibilidade. É por isso que os princípios revelam direitos e deveres *prima facie* em oposição às regras que são direitos definitivos<sup>69</sup>. Uma vez considerada válida, as regras devem ser cumpridas e pronto. Já os princípios, por possibilitarem a ponderação, o que significa dizer que nem sempre serão aplicados e que poderão ser aplicados em medidas diferentes dependendo do caso concreto.

O que tem atraído adeptos à teoria de Robert Alexy é que ele avança no campo da aplicação dos princípios, enfatizando e propondo uma forma de interpretação para definir qual princípio deve prevalecer em caso de colisão entre dois os mais princípios e como deve ser feita a análise das possibilidades jurídicas do caso concreto. Para tanto, Robert Alexy propõe a “lei da colisão”.

Essa lei “consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”. Essas “condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”<sup>70</sup>.

É importante observar que a “lei da colisão” não se confunde com o chamado princípio da proporcionalidade<sup>71</sup>. A regra da proporcionalidade consiste em

<sup>69</sup> **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 103-106.

<sup>70</sup> **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 96 e 99.

<sup>71</sup> No Brasil, é mais utilizada a expressão “princípio da proporcionalidade”. Para guardar coerência com seu conceito de princípio, Robert Alexy prefere nominá-lo de “regra” ou “máxima” da proporcionalidade.

um procedimento a ser adotado para verificar se uma determinada restrição imposta a um direito fundamental é válida. Esse procedimento é composto por três fases distintas: a fase da **adequação**, a da **necessidade** e a da **proporcionalidade em sentido estrito**. A “lei da colisão” está inserida na terceira fase do princípio da proporcionalidade, ou seja, na fase da análise da proporcionalidade em sentido estrito, onde se faz a **ponderação ou sopesamento** dos princípios<sup>72</sup>. Essa fase da ponderação também é dividida em três “passos”, conforme segue. Porém, antes dessa ponderação de princípios, a restrição imposta deve passar pelo teste das duas primeiras fases da proporcionalidade. Se a medida restritiva for barrada em uma das fases, deve ser considerada inválida antes mesmo da ponderação dos princípios que eventualmente estejam envolvidos.

## **2.5 O princípio ou máxima da proporcionalidade e a colisão de princípios**

O princípio, também chamado de máxima ou regra da proporcionalidade, não é uma criação de Robert Alexy, que, entretanto, o elege como técnica para verificar se determinada medida restritiva de um direito fundamental é constitucional, fazendo referências à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e à doutrina já existentes.<sup>73</sup>

Segundo Paulo Bonavides, trata-se de instituto antigo, redescoberto nos últimos duzentos anos. No século XX, foi amplamente utilizado no direito administrativo e notadamente após a Segunda Guerra, tomou enorme importância no Direito Constitucional contemporâneo, sendo considerado pelo autor como “a nota mais distintiva” do Estado de Direito Constitucional, que “com a aplicação desse

---

<sup>72</sup> Ibid., p. 593-594.

<sup>73</sup> **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 116-117, nota de rodapé 82.

princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional, por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e Suíça.”<sup>74</sup>

Atualmente, referido princípio encontra-se expressamente previsto no CPC de 2015, em seu art. 8º que determina ao julgador que, na aplicação do ordenamento jurídico, atenda “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” Sem dúvida, trata-se de comando que afetará sensivelmente a aplicação do direito.

Ao criar uma regra para regular uma determinada situação protegida por um direito fundamental, a autoridade acaba restringindo esse direito. Essa autoridade pode ser tanto o legislador, na criação de uma norma geral, abstrata, quanto o aplicador do direito, o juiz, ao decidir um caso concreto com base em princípios constitucionais de direitos fundamentais, quando terá que criar uma regra particular para regular a situação posta.

O princípio da proporcionalidade servirá de método de controle dessa restrição que eventualmente seja feita a um direito fundamental constitucional. Em se tratando de norma constitucional, se a mesma for considerada uma regra, não poderão ser feitas restrições salvo se outra regra constitucional assim o fizer como exceção<sup>75</sup>. Portanto, é possível concluir que ao se falar em restrição de um direito fundamental, esse só pode ser um direito decorrente de norma-princípio que, como visto, pode ceder diante de outro princípio, ou seja, pode sofrer restrições.

Conforme já dito, o controle da proporcionalidade é composto de três fases ou testes através dos quais se verifica se a restrição imposta ao direito

---

<sup>74</sup> **Curso de direito constitucional**, p. 411-412.

<sup>75</sup> O STF já refutou, em vários julgados, a tese de Otto Bachof, jurista alemão, que defende a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais. Nesse sentido, por exemplo, ver a ADI 815/DF, em 28/03/1996: “*A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida*”. Ministro Relator: Moreira Alves.

fundamental é proporcional: a **adequação**, a **necessidade** e a **proporcionalidade em sentido estrito**.

Para verificar a adequação, é preciso observar se a medida adotada para restringir o direito fundamental serve ao “fomento ou a realização do objetivo” proposto<sup>76</sup>. A pergunta a ser feita é se a *medida adotada atinge ou ajuda a atingir o objetivo proposto*. Se, por exemplo, um empregador adotar um sistema de revista pessoal dos empregados, visando proteger seu patrimônio contra eventuais furtos, deverá verificar se essa medida, que fatalmente restringe a intimidade dos empregados, impedirá, em alguma medida, que eventuais furtos ocorram. Se a resposta for negativa, ou seja, que a revista em nada contribuirá para evitar furtos na empresa, então a medida será inadequada e, portanto, não pode ser adotada e, se o foi, deve ser considerada nula. Mas se a resposta for positiva, isto é, a medida atinge o objetivo proposto, a medida será adequada. É importante destacar que nesta fase não se indaga sobre a medida da eficiência, bastando que seja minimamente útil. Essa indagação será feita na fase seguinte, a da necessidade.

Se a medida ultrapassar a primeira fase, o controle da proporcionalidade passa à fase da necessidade. A indagação aqui é *se a medida adotada corresponde ao “meio menos gravoso” ao direito restringido* ou, nos termos do Tribunal Constitucional Federal alemão, pergunta-se se o objetivo proposto não pode ser igualmente realizado por outra medida menos gravosa ao direito restringido<sup>77</sup>. Se a resposta for positiva, ou seja, que existe outro meio menos gravoso que poderia ser adotado, a medida é considerada nula. No caso da revista, se se verificar que o empregador tinha à disposição, por exemplo, a possibilidade de fazer a revista através de equipamento eletrônico, que é menos invasiva do que a revista pessoal, então a medida por ele adotada deve ser considerada ilícita.

---

<sup>76</sup> Teoria dos direitos fundamentais, p. 120.

<sup>77</sup> Teoria dos direitos fundamentais, p. 117-119.

Observe-se que essas duas primeiras fases correspondem às possibilidades fáticas que envolvem um direito fundamental. Não se indaga, ainda, sobre a possibilidade jurídica de se promover a medida pretendida, ou seja, sobre a existência de outro direito fundamental que possa ser contraposto, ponderado, sopesado. Sequer é preciso decidir qual princípio é mais importante. Essa verificação é feita somente na terceira fase, a da proporcionalidade em sentido estrito.

É na última fase, da proporcionalidade em sentido estrito, que a ponderação dos princípios será feita. No posfácio da sua obra “Teoria dos direitos fundamentais”, publicado em 2002, Robert Alexy propõe três “passos” para a ponderação:

No primeiro é avaliado grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio<sup>78</sup>

A ideia da ponderação dos princípios é estimular um, sem anular o outro ou outros direitos fundamentais envolvidos no caso, observando-se que “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”<sup>79</sup>.

Ressalte-se aqui que a observância na ordem de aplicação das “fases” do princípio da proporcionalidade (primeiro a adequação, segundo a necessidade e, terceiro, a proporcionalidade em sentido estrito, onde se faz a ponderação dos princípios), como também os “passos” para ponderação, é de extrema importância para a sua correta aplicação. Segundo Virgílio Afonso da Silva<sup>80</sup>:

Uma dessas regras, trivial à primeira vista, mas com importantes consequências, é a ordem pré-definida em que as sub-regras se relacionam. Se simplesmente as enumeramos, independente de qualquer ordem, pode-se

<sup>78</sup> **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 593-594.

<sup>79</sup> Robert Alexy, **Derecho y razón práctica**, p. 19.

<sup>80</sup> Virgílio Afonso da Silva, **O proporcional e o razoável**, p. 34.

ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação ou da proporcionalidade em sentido estrito.

Contudo, nossos tribunais têm negligenciado essa orientação, não obstante informem em seus acórdãos estarem aplicando a proporcionalidade.

## **2.6 Testando o conceito de princípios e regras de Robert Alexy**

Nem sempre é fácil distinguir uma regra de um princípio. Segundo Ronald Dworkin “Em muitos casos a distinção é difícil de estabelecer [...] Às vezes, regras e princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”.<sup>81</sup>

É comum a utilização arbitrária do termo princípio: princípio da igualdade, princípio da legalidade, princípio da não discriminação, princípio da dignidade humana, etc... Isso porque não há na Constituição Federal essa construção textual. Contudo, dependendo do conceito de princípio adotado, muitos dos “princípios” podem não ser considerados princípios.

Por exemplo, o chamado “princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias”, extraído do art. 893 § 1º da CLT, ao se aplicar o conceito de princípio de Robert Alexy, seria considerado uma regra. Afinal, segundo a norma extraída do referido dispositivo, em entendimento jurisprudencial já consolidado na Súmula 214 do TST, com as exceções ali expressamente configuradas, sempre que se tratar de uma decisão interlocutória, não caberá recurso de imediato. Trata-se de comando absoluto, que não comporta relativização diante das circunstâncias fáticas ou jurídicas do caso concreto.

---

<sup>81</sup> Levando os direitos a sério, p. 43-44.

Da mesma forma, o “princípio da proteção do direito do trabalho”. Referida norma interpretativa é deduzida do caráter protetivo das normas da CLT como, por exemplo, dos arts. 9º, 10, 448, 468 e 620 da CLT. No entanto, se aplicados os conceitos de Robert Alexy, tal princípio também seria considerado uma regra. Afinal, sempre que ocorrer as hipóteses nele previstas (dúvida, conflito aparente de normas, condição mais favorável), segundo a doutrina, deverá prevalecer sempre o que for mais benéfico ao empregado. A doutrina ou a jurisprudência trabalhista não deixam em aberto, para o caso concreto, a relativização de tal comando.

O “princípio da anterioridade tributária”, encontrado no art. 150, III, “b” e “c”, segundo o qual é vedada a cobrança de um tributo no mesmo exercício fiscal da lei que o instituiu, também é uma regra e não um princípio. Afinal, sempre será proibida a cobrança de tributo nessas circunstâncias, não se vislumbrando hipótese em que tal norma possa ser contrariada.

O mesmo se dá com o “princípio da legalidade”, prescrito no art. 5º, II da Constituição. Embora se possa discutir o conceito de “lei” referido no dispositivo constitucional, não se vislumbra na doutrina ou na jurisprudência alguma hipótese em que alguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa sem que isso esteja determinado em um ato normativo. Trata-se de um comando que deve ser cumprido em qualquer caso. Trata-se, portanto, de uma regra e não de um princípio.

Deixando-se de lado a expressão “princípio” e tomando-se diretamente os enunciados normativos na forma disposta na Constituição, a utilidade do conceito alexyano fica mais evidente.

Por exemplo, o inciso LV do art. 5º da CF que dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, realmente pode ser denominado de “princípio da ampla defesa e do contraditório”?

Medida pelo critério da generalidade, o referido dispositivo indubitavelmente deve ser considerado um princípio, pois tanto o suporte fático quanto a consequência jurídica são indefinidos. Qual o procedimento e o prazo em que esses direitos devem ser exercidos são alguns elementos que podem variar de caso para caso. Admitindo-se essa variação, ou seja, de que a depender do caso, a norma pode variar, conclui-se com Alexy que não se trata de uma regra jurídica, mas de um princípio. Mesmo que se admita que, não obstante essa variação de prazo e procedimento, a ampla defesa e o contraditório terão sempre que ser observados - pois não há razões jurídicas (outra regra ou princípio) que se sobreponha a eles em nenhum caso - o fato das circunstâncias fáticas relativizarem sua aplicação, é suficiente para identificá-los como princípios jurídicos e não como regras. Isso porque eles não podem ser aplicados de forma absoluta, na base do “tudo-ou-nada”.

Um exemplo de outra regra constitucional parece ser adequado. Os prazos prescricionais para ações trabalhistas, de 05 e 02 anos respectivamente, prescritos no inciso XXIX do art. 7º da CF, são um exemplo interessante, que recentemente foi apreciado pelo STF. Segundo referido dispositivo “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”. O texto do referido dispositivo não deixa muita margem de dúvidas quanto ao seu suporte fático, qual seja, garantir até o limite dos prazos indicados, o direito do trabalhador pleitear direitos resultantes da relação de trabalho. Uma interpretação honesta, a partir dos limites dados pelo dispositivo, não admitiria a relativização desse prazo, para mais ou para menos, de acordo com as circunstâncias fáticas do caso concreto. Poder-se-ia admitir que outra norma (circunstância jurídica) aumentasse esse prazo para maior. Contudo, a rigidez na interpretação dessa regra constitucional foi de tal ordem, que o STF, no julgamento do RE 709212<sup>82</sup>, por maioria entendeu que o prazo prescricional trintenário, previsto nos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990,

---

<sup>82</sup> ARE 709212/DF, Tribunal Pleno, rel. Gilmar Mendes, j.13-11-2014, DJe 19-02-2015, por maioria. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>>. Acesso em: 18-12-2015.

eram inconstitucionais. No acórdão, o relator Ministro Gilmar Mendes, destacou que, *in verbis*:

(...) tendo em vista a existência de disposição constitucional expressa acerca do prazo aplicável à cobrança do FGTS, após a promulgação da Carta de 1988, não mais subsistem as razões anteriormente invocadas para a adoção do prazo de prescrição trintenário.

A despeito de outros Ministros que defendiam que o dispositivo constitucional previa apenas prazos prescricionais mínimos e que os dispositivos infraconstitucionais deveriam prevalecer em nome do Princípio da Proteção do trabalhador, o voto vencedor argumentou no sentido de que existem outros princípios constitucionais que também deveriam ser ponderados, notadamente o da segurança jurídica, *in verbis*, com grifos nossos:

O princípio da proteção do trabalhador, não obstante a posição central que ocupa no Direito do Trabalho, não é apto a autorizar, por si só, a interpretação – defendida por alguns doutrinadores e tribunais, inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho – segundo a qual o art. 7º, XXIX, da Constituição estabeleceria apenas o prazo prescricional mínimo a ser observado pela legislação ordinária, inexistindo óbice à sua ampliação, com vistas à proteção do trabalhador.

(...)

Ademais, o princípio da proteção do trabalhador não pode ser interpretado e aplicado de forma isolada, sem a devida atenção aos demais princípios que informam a ordem constitucional. De fato, a previsão de prazo tão dilatado para o ajuizamento de reclamação contra o não recolhimento do FGTS, além de se revelar em descompasso com a literalidade do Texto Constitucional, **atenta contra a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas**, princípio basilar de nossa Constituição e razão de ser do próprio Direito.

## **2.7 Qual a importância prática de saber se uma norma constitucional é uma regra ou um princípio?**

Diante de uma regra jurídica, o comportamento a ser adotado é facilmente deduzido, é mais claro, mais evidente. A parte destinatária da norma já é

conhecedora da conduta que deve adotar e em que limites. Mesmo naqueles casos onde as regras são menos precisas, o raciocínio do destinatário no cumprimento da norma é menos complexo.

Quando a CLT diz, em seu art. 130, que após cada doze meses de vigência do contrato (período aquisitivo) o empregado terá o direito de gozar férias e que, nos termos do art. 134, este direito deve ser concedido nos 12 meses subsequentes (período concessivo), não restam muitas dúvidas quanto às obrigações a serem cumpridas. E, da mesma forma, não se poderá alegar ignorância quanto às consequências em caso de descumprimento dessas obrigações, pois o art. 137, entre outros dispositivos, é claro quanto a isso também.

Entretanto, quando a Constituição Federal, por exemplo, no inciso XXII do seu art. 7º diz que é direito do trabalhador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, aquela precisão encontrada nos artigos celetistas mencionados, desaparecem. Porém, da mesma forma que os artigos infraconstitucionais, o dispositivo constitucional emite um comando, determinando ao empregador que promova, no máximo do possível, a redução dos riscos do ambiente de trabalho, buscando com isso otimizar a segurança ao trabalhador. Esse dispositivo, no direito tradicional era considerado uma norma programática, dependente de norma infraconstitucional. No novo direito, ele possui eficácia imediata, é autoaplicável, e determina ao empregador que se comporta de tal forma, independentemente da existência de norma infraconstitucional. É com essa perspectiva, acredita-se, que o TST editou, por exemplo, a Súmula 437, considerando, entre outras coisas, inválida cláusula de instrumento normativo coletivo que acorde reduzir o tempo de intervalo intrajornada.

Como isso é possível, se o inciso XXVI do mesmo art. 7º afirma que é direito do trabalhador o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”? É que tanto um quanto o outro não são regras, mas princípios e permitem uma ponderação na sua aplicação, donde será deduzida a regra específica para o caso

concreto. É por isso que se diz que as regras são aplicadas pela via da subsunção, isto é, pela submissão do fato concreto à norma abstrata de forma direta. No caso dos princípios, essa aplicação se dá por um procedimento mais complexo, exigindo do destinatário um raciocínio sofisticado.

E qual é a importância de saber se um direito é uma regra ou um princípio?

No caso do destinatário, a importância está em saber que aquele comando não é absoluto e que ele deve ser sopesado com outro ou outros comandos encontrados na Constituição, antes de decidir qual a conduta a ser adotada. Da mesma forma, os operadores do direito, especialmente advogados e juízes, devem saber que o direito que é invocado num eventual litígio não é absoluto e, no caso concreto, poderá encontrar justificativa para não ter sido promovido ou restringido pela parte contrária. Com essa visão, o advogado do autor deverá preparar sua ação de uma forma diferente daquela que seria construída caso estivesse diante de uma regra jurídica. Como advogado do réu, por outro lado, a argumentação deverá invocar tanto questões de impossibilidades fáticas, quanto de direito, na tentativa de demonstrar que no caso concreto o direito pleiteado não pode ser concretizado.

Alguns exemplos ajudam a entender o exposto.

O direito à não discriminação, que pode encontrar respaldo tanto no art. 3º, IV, quanto no caput do art. 5º da Constituição. Se um juiz interpretar referido comando como regra, ele irá considerar proibida toda e qualquer discriminação. Mas se o julgador o considerar um princípio, admitirá que em determinados casos, a discriminação poderá ocorrer e não configurará ato ilícito a ser coibido ou punido. Isso somente ficará claro, após apuradas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, que serão apresentadas notadamente pelo advogado do réu ao afirmar, por exemplo, que a discriminação na contratação de mulheres ocorreu porque a atividade empresarial necessitava apenas de homens para um desfile de moda masculina.

Tome-se como outro exemplo, menos prosaico, o dispositivo constitucional que diz que todos têm direito ao contraditório e a ampla defesa, prescrito no art. 5º, LV da CF. Se um trabalhador é dispensado sem justa causa, mas descobre que o motivo da sua dispensa foi sua obesidade. Ele ajuíza uma reclamação alegando que foi vítima de dispensa discriminatória. Invoca a seu favor o disposto no art. 3º, IV da Constituição Federal, entendendo que ali há uma vedação a toda e qualquer discriminação. Considerando tratar-se de um princípio jurídico, e não de uma regra constitucional, a empresa poderia argumentar que a dispensa foi necessária por questões de produção do empregado (negação do fato), ou que a dispensa se fez necessária para preservar a segurança do trabalhador, pois seu sobrepeso estava comprometendo a sua própria segurança uma vez que as atividades exigiam um inevitável subir e descer de escadas (alegação de fato). Essas, entre outras circunstâncias fáticas, se somariam à argumentação jurídica de que (i) não há previsão legal (princípio da legalidade) a identificar aquela hipótese fática (dispensar uma pessoa porque ela é obesa) como discriminatória, pois a Lei 9.029-95<sup>83</sup> não elenca expressamente tal hipótese como dispensa discriminatória (essa seria a defesa mais convencional), e que (ii) a norma constitucional do art. 7º, I lhe autoriza a dispensa e o inciso XXII do mesmo artigo lhe ordena proteger o trabalhador. Os primeiros argumentos são fáticos, os segundos são jurídicos. Os primeiros pertencem às duas primeiras fases do princípio da proporcionalidade. Os segundos à terceira, onde se faz a ponderação.

E por que a não discriminação não deve ser considerada uma regra?

Primeiro porque não se denota dos dispositivos constitucionais que lhe dão suporte, a estrutura de uma regra que exige suporte fático e consequência jurídica definidos. O que é quais os tipos de discriminação se pretende evitar? A referida norma constitucional é muito genérica. Mas a principal razão, como ensina Robert

---

<sup>83</sup> A Lei 9.029-95 foi alterada em julho de 2015. Em sua nova redação do art. 1º “É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, **entre outros**, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (grifamos)

Alexy, é porque encontramos na própria Constituição razões que dizem que, em certas circunstâncias, mesmo nas relações de trabalho, a discriminação poderá ocorrer, tanto por razões de fato quanto de direito. Por exemplo, a contratação de pessoas magras (e só magras) para o desfile de roupas para pessoas de determinado IMC; ou a contratação de pessoas gordas (e só de gordas) para a mesma situação. Ou a contratação de pessoas de pele preta (e só preta) para a demonstração de produtos de beleza desenvolvido para esse tipo de pele.

Assim, ao invés de afirmar que “Toda e qualquer dispensa discriminatória é vedada”, o que seria o enunciado descritivo de uma regra, a melhor forma de enunciar a norma-princípio da não discriminação talvez seja: “Deve-se evitar ao máximo o tratamento diferenciado dos indivíduos, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas, sob pena de ser considerado um ato ilícito”. Tal conceito vai ao encontro da ideia geral no uso da palavra princípio: “em princípio, a discriminação é vedada”.

Nota-se, com o exemplo acima, que seria insustentável, tanto fática quanto juridicamente, fazer uma interpretação que concluísse que a vedação à discriminação é uma regra constitucional, sem incorrer em constantes relativizações diante da realidade e das demais garantias constitucionais. E se o que caracteriza um princípio é justamente essa possibilidade de flexibilização na aplicação, essa talvez seja a melhor nomenclatura a esse tipo de norma.

Realmente, um direito segundo princípios não é para leigos, pois exige dos destinatários uma atividade intelectual que foge ao que podemos classificar de “média”. Porém, como se verá abaixo, nossos tribunais estão decidindo segundo princípios. Para entender esse novo direito, é imprescindível entender a (s) teoria (s) dos direitos fundamentais que vem sendo desenvolvida nos últimos anos e que no Brasil vem sendo aplicada de forma muito forte, talvez sem os devidos cuidados que a própria doutrina aconselha.

## **2.8 E o direito pleiteado por Mustafá, é uma regra ou um princípio?**

O direito de rezar, pleiteado por Mustafá, é fundado no art. 5º, inciso VI da Constituição Federal segundo o qual “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. O inciso VIII do art. 5º também merece atenção, pois afirma que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Não é difícil concluir que o direito fundamental invocado por Mustafá está fundado em princípio e não em uma regra constitucional, seja pelo critério tradicional, de Dworkin ou de Alexy. Primeiro, pelo critério tradicional, porque o dispositivo constitucional não permite deduzir diretamente as hipóteses fáticas que pretende regular. Não se deduz, por exemplo, que ele garanta o direito de alguém rezar no ambiente de trabalho. Isso só ficará claro após uma argumentação que demonstre que o direito de rezar faz parte do conteúdo da norma. Segundo, usando do conceito de Alexy, porque o dispositivo não nos diz em que medida esse direito deve ser exercido. Terceiro, porque é fácil imaginar, a priori, que o direito a religião não é absoluto e que poderá ceder diante de outras situações também previstas na Constituição Federal ou de situações fáticas que inviabilizariam o seu exercício. Uma pessoa não poderia invocar suas convicções religiosas para, por exemplo, não realizar uma transfusão de sangue necessária para salvar a própria vida ou a de seu filho, pois isso cederia diante do direito constitucional da proteção da vida ou da saúde, para citar apenas dois direitos fundamentais inseridos em nossa Constituição. Ou, outro exemplo, querer exercer o seu direito de culto num ambiente doméstico, onde a religião dos patrões fosse diversa. Isso certamente violaria de forma insuportável o direito à privacidade, de propriedade e à própria convicção religiosa dos empregadores domésticos.

O que se pode deduzir do dispositivo é que ele é um comando que determina que se respeite a liberdade de crença, garantindo às pessoas a prática do seu culto religioso. Como não traz medida certa, e trata-se de um princípio de direito fundamental, esse direito deve ser realizado na máxima extensão que as circunstâncias fáticas e jurídicas permitirem.

Feitas essas constatações, se aceitarmos que o referido direito fundamental possui eficácia imediata, não dependendo de mediação legislativa, e que essa eficácia também deve ser oposta em relação aos particulares (eficácia horizontal) – temas que abordaremos no capítulo 4 e 5 -, teremos que concluir que Mustafá pode ter o direito de rezar no ambiente de trabalho. A resposta dependerá das circunstâncias fáticas e jurídicas que forem contrapostas à sua pretensão, principalmente na defesa do seu empregador. É um direito *prima facie* e não definitivo.

### 3. O NOVO CONSTITUCIONALISMO VISTO COMO UM SISTEMA DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Desde meados do século XX, a Constituição deixou de ser mera “folha de papel” que deveria sucumbir aos fatores reais de poder dominantes, conforme pregava Ferdinand Lassalle desde meados do século XIX<sup>84</sup>, para tornar-se a Constituição com “força normativa” de Konrad Hesse<sup>85</sup>, caracterizada sobretudo pela vinculação de suas normas “cuja observância é fiscalizada pelos tribunais, obriga a considerar o princípio da constitucionalidade como a marca da indiscutível superioridade hierárquica das normas constitucionais”<sup>86</sup>.

O ordenamento jurídico deixa ser entendido somente como um conjunto de regras e passa a ser visto como um sistema de regras e princípios, ou se se preferir, como um conjunto de normas definitivas (as regras) e normas *prima facie* (princípios). Como ensina Gustavo Zagrebelsky, as normas infraconstitucionais, em sua maioria são regras, enquanto que as normas constitucionais são majoritariamente princípios. Não obstante, a Constituição também possui regras.<sup>87</sup>

Em seu magistério sobre a força normativa da Constituição, Konrad Hesse assinala o princípio da otimização das normas constitucionais, que Robert Alexy incorpora ao seu conceito de princípios, traça a ponderação como forma de aplicar os princípios e invoca uma efetiva atuação dos juízes e uma mudança de postura na interpretação constitucional que não pode ser aplicada pela técnica da subsunção. Afirma Konrad Hesse que a “interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma”, cuja aplicação exige que se leve em conta os fatos

---

<sup>84</sup> Ferdinand Lassalle, **O que é uma Constituição?**, p. 31 ss.

<sup>85</sup> **A Força Normativa da Constituição**, *passim*.

<sup>86</sup> J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 723.

<sup>87</sup> **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**, p. 109-110.

concretos da vida.<sup>88</sup>

Com um rol cada vez maior de direitos fundamentais, as Constituições deixam de conter apenas normas destinadas à composição e funcionamento da ordem política, como a forma do Estado, órgãos do governo e limitação de poderes, passando a constituir um verdadeiro “código de direitos” a determinar os rumos das sociedades com a vinculação dos poderes constituídos. Esses direitos podem ser configurados como regras ou como princípios.

Um sistema constitucional composto somente de princípios jurídicos não seria adequado a nenhuma sociedade, pois “não levaria a sério a Constituição escrita ...”<sup>89</sup> e poderia levar “a uma tal abstração que abriria séria brecha ao princípio da legalidade”<sup>90</sup>, comprometendo a segurança jurídica nas relações sociais. Mas um sistema formado apenas de regras desaguaria em um irracionalismo prático, exigiria do legislador infraconstitucional uma atuação exaustiva e não impediria o “balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta”. É por isso que o sistema constitucional mais adequado é aquele concebido como um sistema composto de regras e princípios, tanto porque “fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (...) mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema.”<sup>91</sup>

Essa concepção, tanto da força normativa do Constituição quanto de um sistema constitucional formado de regras e princípios, ganhou força com um movimento político-jurídico-filosófico recente. Trata-se do **neconstitucionalismo**, neologismo que se caracteriza, sobretudo, por pregar um sistema constitucional formado de regras e princípios, com maior ênfase para o papel dos princípios, aberto aos influxos da realidade, que conduz a uma constitucionalização dos direitos e a um protagonismo dos juízes que passam decidir com base em padrões extraídos diretamente da

---

<sup>88</sup> Op. cit., p. 20-23.

<sup>89</sup> Robert Alexy, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 122.

<sup>90</sup> José Afonso da Silva, **Comentários contextual à Constituição**, p. 29.

<sup>91</sup> J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1162-1163.

Constituição, notadamente dos direitos fundamentais<sup>92</sup>. No Brasil, o neoconstitucionalismo vem somando cada dia mais adeptos, já sendo inclusive citado em julgados do STF.<sup>93</sup>

Surgido em meados de 1990, o termo vem sendo adotado por vários doutrinadores para identificar um conjunto de ideias que, inicialmente, pensava-se “denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar do direito”, segundo Susanna Pozzolo, a quem se atribui a maternidade desse neologismo. Em sua obra desenvolvida no Brasil com Écio Otto, Sussanna Pozzolo destaca onze características que identificariam o neoconstitucionalismo<sup>94</sup>: (i) o pragmatismo, (ii) o ecletismo metodológico, (iii) o principialismo, (iv) o estatalismo garatista, (v) o judicialismo ético-jurídico, (vi) interpretativismo moral-constitucional, (vii) o pós-positivismo, (viii) o juízo de ponderação, (ix) a especificidade interpretativa, (x) a ampliação do conteúdo da Constituição e (xi) o conceito não-positivista de direito.

São muitas as críticas às ideias do neoconstitucionalismo ou, como destaca Miguel Carbonell, dos neoconstitucionalismos<sup>95</sup>. Essas críticas vão desde a acusação de que suas ideias não passam de um amontoado de teses heterogêneas<sup>96</sup>, ou de que é uma contradição em si mesmo, pois afirma-se novo, mas incorre no mesmo pecado do positivismo jurídico normativista ao apostar no protagonismo judicial<sup>97</sup>, até a afirmação de que suas ideias apontam para o fim do Estado Democrático de Direito<sup>98</sup>.

Para Luigi Ferrajoli, o neoconstitucionalismo exprime uma concepção clássica do jusnaturalismo, caracterizando-se, principalmente, (i) pelo ataque ao positivismo

<sup>92</sup>Há doutrinadores que identificam todas essas ideias sob a mesma rubrica, ora como “pós-positivismo”, ora “neoconstitucionalismo”. Contudo, notadamente a partir do final dos anos 2000, é possível notar uma corrente muito de autores de afastarem-se do neoconstitucionalismo, afirmando que este é apenas uma nova versão do próprio positivismo jurídico normativista pelo forte apelo ao protagonismo do juiz. Nesse sentido Luigi Ferrajoli e Ricardo Guastini na Itália e Lenio Streck no Brasil.

<sup>93</sup> Conforme pode ser conferido nos autos do RE 477554 Agr/MG, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

<sup>94</sup>Écio Otto; Susanna Pozzolo, **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as face da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**, p. 55-65.

<sup>95</sup> Miguel Carbonell, **Neoconstitucionalismo(s)**, p. 10.

<sup>96</sup>Ricardo Guastini, **A propósito del neoconstitucionalismo**, p. 231-240.

<sup>97</sup> Lenio Luiz Streck, **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica ...**, p. 123.

<sup>98</sup> Jorge Octávio Lavocat Galvão, **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**, *passim*.

jurídico e à tese da separação entre Direito e moral, (ii) pelo papel central da argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos são princípios e (iii) pela consequente concepção de Direito confiado à atividade dos juízes.<sup>99</sup>

### 3.1 A crise do princípio da legalidade e o surgimento do princípio da constitucionalidade

O questionamento mais comum entre os práticos do direito ao se depararem com a onda de decisões baseadas em princípios, é a seguinte: “e o princípio da legalidade?”.

Como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade vem sofrendo profundas críticas com a nova doutrina constitucionalista. Não no sentido de que deve ser extinto, mas relativizado, notadamente na sua concepção original que entendia “lei” e na subordinação desta a Constituição que também passa a ser vista incluída nesse conceito. Principalmente após a Segunda Guerra, onde a legalidade foi invocada na defesa dos acusados nazistas perante o Tribunal de Nuremberg<sup>100</sup>, pois os seus agentes estavam cumprindo a lei, as críticas tonaram-se mais fortes.

Os jusnaturalistas, por outro lado, nunca se conformaram com as limitações impostas pelo juspositivismo, surgindo ao longo da história movimentos que pregavam a livre atuação dos juízes, conforme registrou Del Vecchio, já no início do Século XX, em passagem que merece reprodução *ipsis litteris*:

---

<sup>99</sup> Luigi Ferrajoli, **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In ROSA, Alexandre Moraes da. (et al.), **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**, p. 19-21.

<sup>100</sup> Paul Roland, **Os julgamentos de Nuremberg: os nazistas e seus crimes contra a humanidade**, *passim*.

Permanece firme o princípio fundamental da subordinação da função judiciária e da executiva à lei. Mas, contra ele, manifestou-se recentemente a Escola do direito livre. Esta pretende libertar a autoridade judiciária da obrigação de se ater, em cada caso concreto, à lei preestabelecida. Na opinião dos sequazes da referida escola, outro princípio devera ser observado: o de que o julgamento se baseia na consciência do juiz; ou seja: sobre a apreciação equitativa que ele possa efectuar dos interesses em luta .... Mas, tornando o juiz criador e livre inovador do Direito, reconhecer-se-á o verdadeiro carácter da sua função (...) Semelhante teoria ... não é inteiramente nova ... Basta lembrar a atitude crítica da Escola histórica perante a codificação. A diferença está em que a Escola histórica se baseava sobretudo no costume como fonte principal do direito positivo.<sup>101</sup>

Com o advento do novo constitucionalismo, surgido no Pós-Segunda Guerra e marcado pela crise do Estado de Direito estribado no princípio da legalidade da escola positivista, os dogmas jurídicos gerados no seio da sociedade burguesa liberal passaram a ser questionados de forma mais intensa por não darem conta das relações de uma sociedade cada vez mais plural e complexa. Luis Roberto Barroso destaca a reconstitucionalização da Europa após a Segunda Guerra Mundial, que redefiniu o lugar da Constituição e a sua influência sobre todo o ordenamento jurídico. A ideia de democracia é associada à ideia de Constituição, produzindo uma nova forma de organização política<sup>102</sup>.

Já em meados da década de 1960, a doutrina se manifestava sobre o enfraquecimento do princípio da legalidade. Karl Engisch assinalou que:

As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descubrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, decidir e a agir de um modo idêntico ao do legislador. E assim continuará no futuro. Será sempre uma questão duma maior ou menor vinculação à lei.<sup>103</sup>

Luigi Ferrajoli, um dos mais respeitados doutrinadores italianos da atualidade, aponta um outro fator que vem comprometendo a seriedade do princípio da

<sup>101</sup> Giorgio Del Vecchio, **Lições de filosofia do direito**, p. 482.

<sup>102</sup> Luis Roberto Barros, **O novo direito constitucional brasileiro ...**, p. 190.

<sup>103</sup> **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 171.

legalidade. Segundo o autor, oitenta por cento do ordenamento jurídico italiano é de origem comunitária, ou seja, formado fora dos limites tradicionalmente reservados à soberania nacional, colocando em questionamento dogmas como o da não aceitação de escusa no cumprimento da lei penal sob a alegação de ignorância. Expressões como “princípio da legalidade” e “reserva legal” estão perdendo sentido, afirma ainda o autor italiano.<sup>104</sup>

JJ. Gomes Canotilho, ensina que “o **princípio da legalidade** é substituído pelo **princípio da constitucionalidade** nos casos em que a constituição serve como “habilitação” imediata do agir da administração”<sup>105</sup> (grifamos). No atual contexto constitucional, afirma o autor lusitano, a ideia de reserva legal para proteger a liberdade e a propriedade do indivíduo não se sustenta mais pois, no que diz respeito aos direitos fundamentais, ela é dirigida contra o próprio legislador no sentido de que, mesmo através de lei, deverá observar determinados requisitos constitucionais no caso de eventual restrição desses direitos.<sup>106</sup>

Nessa mesma linha de pensamento encontra-se na doutrina nacional o magistério de Gilmar Mendes, ministro do STF, no sentido de que a Constituição brasileira de 1988 sofreu forte influência desse movimento constitucionalista que fez nascer, no lugar do “Estado Legislativo” o “Estado Constitucional”, onde a ideia de que a lei é a fonte única do direito e da justiça, passa a ser superada pela ideia de que toda lei passa a ter na Constituição a possibilidade de controle, podendo ser anulada sempre que contrariar princípios constitucionais. Gilmar Mendes, entretanto, faz uma importante observação, no sentido de que é apenas a concepção liberal de lei que está em crise, pois permanece intocável a ideia de “lei como instrumento de garantia de direitos fundamentais e como fundamento, limite e controle democrático de todo o poder no Estado de Direito”. Segundo o autor, o princípio da legalidade deve ser lido no sentido de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas jurídicas

<sup>104</sup> Luigi Ferrajoli, in Miguel Carbonell (et all), **Neoconstitucionalismo (s)**, p.20-21.

<sup>105</sup> **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 723.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 729.

dela derivadas, cujo conteúdo seja inovador do ordenamento (Rechtsgesetze).”, Portanto, conclui o autor, o princípio da legalidade “converte-se em **princípio da constitucionalidade** (Canotilho), subordinando toda atividade estatal e privada à força normativa da Constituição”<sup>107</sup>

Essa transformação na forma de conceber a Constituição, aliada à doutrina dos direitos fundamentais, principalmente a ideia de eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, é a grande responsável pelo surgimento do novo direito, se tomado como “velho” o direito concebido sob a batuta do princípio da legalidade na versão do Estado Liberal ou sob a ideia de Estado anterior a Segunda Grande Guerra.

A Constituição passa a ser fonte direta de direitos subjetivos. Mas não são quaisquer espécies de direitos, são os direitos que a sociedade elegeu como os mais importantes e que passaram a constituir uma espécie de missão aos poderes constituídos na busca da melhor forma de sua concretização. Saltou-se da *era dos códigos* ou *era das leis*, para a *era da Constituição* e, conseqüentemente, da *era do legislador* para a *era dos juizes*.

---

<sup>107</sup> Gilmar F. Mendes, *In* J.J. Gomes Canotilho (et al.). **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 244-245.

#### 4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO NÚCLEO CENTRAL DA CONSTITUIÇÃO E SUA EFICÁCIA

Embora Robert Alexy não restrinja o seu conceito de princípios, suas considerações “conduzem à aplicação da teoria dos princípios à teoria das normas de direitos fundamentais”.<sup>108</sup> Daí a importância de desenvolver-se, mesmo que minimamente, algumas questões.

Os direitos fundamentais são normas constitucionais e, como tais, ou são regras ou são princípios. Uma forma de avaliar se determinado direito fundamental é uma ou outra espécie de norma é verificando o modo da sua aplicação. Enquanto regra, aplica-se pela subsunção, que é o procedimento de reconhecimento da norma em abstrato a ser aplicada ao caso concreto. Porém, como princípio, utiliza-se da ponderação, que consiste em uma atividade argumentativa mais exaustiva, a qual demonstre que determinada hipótese fática encontra-se inserida em um determinado comando constitucional que merece concretização. Sob essa ótica, a maioria dos direitos fundamentais são princípios, pois sempre encontrarão na própria Constituição outros direitos fundamentais que poderão ser sopesados ou, em outros termos, que poderão ser invocados como razões jurídicas para a não prevalência de um direito fundamental.

Conforme leciona Flávia Piovesan, a Constituição de 1988, além de marcar a ruptura com um regime autoritário, é também um marco jurídico cravado pela institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, tendo a dignidade humana como o princípio fundamental maior, um verdadeiro “superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno”, o que caracteriza as Constituições modernas como principiológicas, de cláusulas abertas.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 103.

<sup>109</sup> Flávia Piovesan, **Direitos humanos, o princípio da dignidade humana ...**. In Marcelo Novelino Camargo (Org. et al). **Leituras complementares de direito constitucional ...**, p. 49-54.

A teoria dos direitos fundamentais é rica em detalhes. É possível falar-se em várias teorias sobre os direitos fundamentais a depender da visão liberal, social, democrática, histórica, sociológica, filosófica ou econômica, entre outras, da qual se parta. Não se ignora as muitas divergências em torno da temática, seja quanto às suas características gerais, ou sua classificação em gerações ou dimensões, em direitos à prestação (aspecto positivo) ou de defesa (aspecto negativo); se são direitos naturais ou se depende de positivação; se o conceito abrange somente os direitos individuais ou também os direitos sociais; a proibição de excesso, de retrocesso e também de insuficiência na concretização dos direitos fundamentais; a reserva do possível entre outros aspectos, todos da maior relevância para uma correta compreensão do tema. Entretanto, vamos focar unicamente no problema da eficácia dos direitos fundamentais, principalmente sobre a eficácia direta e imediata horizontal. Sem essa perspectiva não seria possível defender o direito de Mustafá.

Quanto ao conceito de direitos fundamentais, adota-se o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem os direitos fundamentais são todos aqueles, expressa ou implicitamente positivados, insculpidos no Título II da Constituição da República (dos direitos e garantias fundamentais) ou em qualquer outra parte da Carta Magna.<sup>110</sup> Dada a importância dos direitos fundamentais, como ensina JJ. Gomes Canotilho, **“Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”**<sup>111</sup> (grifamos).

#### 4.1 A eficácia imediata dos direitos fundamentais

Sobre a eficácia das normas de direitos fundamentais, a doutrina fala em eficácia mediata e imediata ou direta e indireta, para referir-se à necessidade ou não de

---

<sup>110</sup> A eficácia dos direitos fundamentais ..., p. 64-65.

<sup>111</sup> Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 377.

regulamentação legislativa, e em eficácia vertical ou horizontal, para definir em relação a quem os direitos fundamentais são oponíveis.

No que diz respeito à questão da eficácia ser mediata ou imediata, a indagação que se faz é se os direitos fundamentais dependem de intervenção legislativa ou se são autoaplicáveis e podem, portanto, ser pleiteados por seus titulares diretamente com fundamento nas disposições constitucionais. No Brasil o tema ganha relevo diante do que dispõe o art. 5º, § 1º da CF, no sentido de que “**As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata**” (grifamos). Trata-se de novidade da CF de 88, posto que as Constituições anteriores não traziam nenhum dispositivo com comando semelhante.

Quanto à aplicação aos órgãos públicos, ou seja, no sentido vertical, a doutrina é unânime em afirmar que eles possuem eficácia direta. A divergência existe somente em relação a alguns direitos que, em razão da sua configuração, para parte da doutrina não permitiriam a aplicação imediata.

Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, em obra publicada logo após a promulgação da Constituição de 88, os direitos fundamentais possuem eficácia imediata. Contudo, essa eficácia não se aplica aqueles direitos que remetem a uma lei integradora ou cujo teor semântico não torne o preceito absolutamente dependente de uma integração normativa. São as chamadas “**normas programáticas**” da Constituição, que geralmente são identificadas pela expressão “nos termos da lei”. Segundo os referidos autores seria um “manifesto disparate quereremos dar aplicação a essas normas independentemente do fato de estarem elas a fazer remissão a uma legislação integradora”<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** – São Paulo: Saraiva, 1989, p. 392-393.

Na sua clássica obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”<sup>113</sup>, José Afonso da Silva, classifica as normas constitucionais, quanto à sua eficácia, em de eficácia plena, contida e limitada, sendo que estas últimas seriam compostas de normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático, caracterizadas pela necessidade de atuação legislativa. Fazendo algumas atualizações, o autor reafirma a sua ideia sobre as normas programáticas serem dependentes de normatização futura. No entanto, o consagrado autor complementa suas lições afirmando que essa limitação ocorre desde que “não sejam autêntico direito atual, de imediata aplicabilidade”. Entre suas considerações, o autor mantém a restrição às normas programáticas ligadas às relações econômicas, sociais e culturais, porém, em relação aos direitos individuais entende serem de aplicação imediata. Ao mesmo tempo, destaca que existe uma forte busca na doutrina no sentido de encontrar uma forma “para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática”, mas que não afronte a Constituição.<sup>114</sup>

Após extensa explanação sobre as normas programáticas, comentando especificamente o § 1º do art. 5º da CF, José Afonso da Silva afirma que, como regra, os direitos fundamentais são de aplicação imediata. Entretanto, no que diz respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, notadamente aqueles que mencionam uma lei integradora, “nem sempre o são” por serem de eficácia limitada e de aplicação indireta. Não obstante, com aparente reticências, afirma o autor que, se o Poder Judiciário for acionado “**a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplica-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes**”.<sup>115</sup> (grifamos).

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco adotam entendimento mais amplo, ligado à possibilidade de interpretação e à reserva legal. Para eles, o fato do dispositivo constitucional fazer

---

<sup>113</sup> P. 116.

<sup>114</sup> Op. cit. p. 137-138.

<sup>115</sup> Ibid., p. 161.

referência a uma lei integradora não é impedimento à sua aplicação imediata. Dando como exemplo a liberdade de trabalho, ofício e profissão, prevista no inciso XIII do art. 5º da CF e que faz referência à lei infraconstitucional que viria a regulamentar as qualificações profissionais para o seu exercício, afirmam os autores que a mesma deve ser entendida como norma de “eficácia contida”, ou seja, eventual lei que vier a ser criada poderá restringir a liberdade mencionada<sup>116</sup>, mas, até que isso ocorra, o direito pode ser amplamente exercido. Porém, asseveram os mesmos autores, a interpretação do § 1º do art. 5º da CF, não pode “fazer-se sem atenção à natureza das coisas”. Assim, quando (i) a norma não contiver “elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade, nos casos em que a aplicação do direito pelo juiz importar infringência à competência reservada ao legislador, ou ainda quando a Constituição expressamente remeter a concretização do direito ao legislador, estabelecendo que o direito apenas será exercido na forma prevista em lei”, não há que se falar em aplicação imediata. Exemplo desse tipo de norma, segundo os autores, seria o art. 5º, inc. XXVIII da CF, em que se assegura “nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.<sup>117</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que, atualmente, a despeito de existir ainda alguma divergência, doutrina e jurisprudência em geral admitem a aplicação direta e imediata das normas de direitos fundamentais, salvo no caso de total impossibilidade por conta de limites semânticos ou de reserva de lei.<sup>118</sup>

J. J. Gomes Canotilho, declara rompimento com a doutrina tradicional, decretando a “morte” das normas programáticas, afirmando ainda que elas podem ser concretizadas, tanto pelo legislador quanto pelo poder judiciário. Vale citar a passagem *ipsis litteris*:

---

<sup>116</sup> E essa restrição será fiscalizada através do princípio da proporcionalidade.

<sup>117</sup> **Curso de Direito Constitucional**, p. 251-253.

<sup>118</sup> In J.J. Gomes Canotilho ..., **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 514-515.

(...) marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das normas constitucionais programáticas. (...) Às “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. ... Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, **não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interpositivo do legislador;** (...) Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes torná-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.<sup>119</sup>

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade são categóricos em afirmar que, salvo em relação às exceções às garantias fundamentais, **“Todo e qualquer direito previsto na CF 5º pode ser desde já invocado, ainda que não exista norma infraconstitucional que o regulamente”**.<sup>120</sup> (Grifamos).

## 4.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Questão muito mais problemática e controvertida, entretanto, diz respeito à aplicação direta ou imediata horizontal dos direitos fundamentais. De forma mais clara: os direitos fundamentais podem ser invocados, imediatamente, nas relações entre particulares, ou para isso dependem de regulamentação legislativa infraconstitucional (eficácia mediata)?

Após concluir acima que os direitos fundamentais, no Brasil, possuem eficácia imediata, aparenta contradição o questionamento acima. Chega a ser contra intuitivo afirmar que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata em relação

<sup>119</sup> **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1176.

<sup>120</sup> **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**, p. 264-265.

aos poderes públicos, mas não podem ser invocados nas relações privadas. Ocorre que, historicamente, os direitos fundamentais foram forjados para proteger o cidadão contra os excessos ou falta do Estado. O âmbito das relações privadas teria sido reservado à legislação infraconstitucional. Entretanto, como visto, a partir da segunda metade do século XX, com o novo constitucionalismo, marcado por Constituições com extenso rol de direitos fundamentais, um legislativo leniente e uma sociedade cada vez mais dinâmica, surgem ideias sobre a aplicação desses direitos também no âmbito privado.

Segundo Claus-Wilhelm Canaris<sup>121</sup>, a partir da década de 1990, na Alemanha, com base em decisões do Tribunal Constitucional Federal, começaram a surgir uma infinidade de publicações sobre o tema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. No Brasil não foi diferente.

O argumento sempre empregado por aqueles que defendem a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais também nas relações privadas, é que não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos do cidadão, mas também outro cidadão. De forma mais acentuada, essa ameaça ocorre nas relações onde existem desigualdade de poder em virtude da posição dominante de uma das partes. Essa desigualdade é claramente notada, por exemplo, nas relações de emprego, onde o trabalhador fica em posição de subordinação e o empregador em posição de superioridade.

A polêmica é de tal ordem que mesmo em países onde existe previsão expressa na Constituição, vinculando as entidades privadas aos direitos fundamentais, não há consenso sobre o alcance dessa vinculação, que dirá no Brasil onde nenhuma previsão existe. Por exemplo, a Constituição Portuguesa diz, no n. 1 do seu art. 18, que os direitos fundamentais vinculam as “entidades privadas”. No entanto, José Carlos

---

<sup>121</sup> **Direitos fundamentais e direito privado**, p. 19.

Vieira de Andrade questiona se seriam “todos e quaisquer indivíduos ou apenas a pessoas coletivas ou individuais “poderosas””?<sup>122</sup>

Observando o disposto no § 1º do art. 5º da CF de 88, não se verifica qualquer limitação no que diz respeito aos destinatários das normas constitucionais sobre direitos fundamentais. É evidente que determinadas garantias e direitos só podem ser exercidos em face dos órgãos públicos como, por exemplo, o direito à informação perante os órgãos públicos, previsto no inciso XXXIII do art. 5º da CF, ou o direito de petição e obtenção de certidões do seu inciso XXXIV. Da mesma forma, existem direitos fundamentais prescritos no art. 5º da CF que não deixam dúvidas sobre sua aplicação aos particulares. É o caso, por exemplo, do direito à indenização por danos morais e materiais no caso de abuso do direito de livre manifestação de pensamento (CF, art. 5º, IV e V), o direito à inviolabilidade do domicílio (CF, art. 5º, XI) e o sigilo de correspondência e das comunicações (CF, art. 5º, XII)

Entretanto, no que se refere à boa parte dos direitos prescritos no art. 5º e nos demais artigos que compõe o rol de direitos fundamentais, especialmente os relacionados aos direitos sociais, a questão não é tão óbvia. Se tal posição for adotada sem maiores ressalvas, o direito ao contraditório e à ampla defesa, previsto no art. 5º, LV da CF, por exemplo, deveria ser observado em todo e qualquer caso onde uma pessoa fosse acusada. Se, por exemplo, uma agremiação quiser expulsar um associado, terá que conceder-lhe o direito de ampla defesa e do contraditório? Se um empregador quiser dispensar um empregado sob a acusação de falta grave, terá que conceder-lhe tais direitos? Qual o procedimento, qual o prazo, como fazê-lo?

Por outro lado, tem-se características da irrenunciabilidade e inalienabilidade, que são atribuídas pela doutrina aos direitos fundamentais e que se chocariam frontalmente com o princípio da autonomia da vontade. Basta imaginar, como exemplo, o programa de televisão Big Brother, onde os participantes alienam o seu direito de privacidade. Ou o trabalho de nu artístico, ou mesmo os filmes

---

<sup>122</sup> Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 241-242.

pornográficos, onde as pessoas alienam seu corpo. Apenas esses exemplos demonstram a complexidade da questão. Apesar disso, existe uma forte tendência pela aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais. Essa tendência é mais notada nas relações envolvendo os detentores do “poder social”, ou seja, aquelas pessoas físicas ou jurídicas que, por sua posição socioeconômica, estariam em evidente superioridade em relação à outra.

Ingo Wolfgang Sarlet entende que, não obstante na Alemanha a jurisprudência dominante seja pela aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, no Brasil, diante do que dispõe o § 1º do art. 5º da CF, deve prevalecer a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, asseverando ainda que a solução de colisão entre direitos fundamentais deve ser alcançada através da ponderação, por meio do princípio da proporcionalidade.<sup>123</sup> Da mesma forma, Arion Sayão Romita afirma que os direitos fundamentais são valores absolutos com eficácia *erga omnes*, tendo como consequência a eficácia direta nas relações entre particulares<sup>124</sup>.

Como se verá abaixo, nossos tribunais adotaram a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais, sejam eles regras ou princípios, aplicando-os diretamente tanto no sentido vertical, ou seja, em relação aos órgãos públicos, quanto no sentido horizontal, gerando direitos e obrigações aos particulares nas relações privadas.

Com isso é possível afirmar que o pleito de Mustafá poderá ser atendido. Tudo dependerá das circunstâncias fáticas e jurídicas que surgirem na análise do seu caso, pois, como também se verá, seu direito fundamental é uma norma-princípio e não uma regra. Comporta, portanto, ponderação com outros princípios jurídicos.

---

<sup>123</sup> A eficácia dos direitos fundamentais ..., p. 391-392 e 405.

<sup>124</sup> Direitos fundamentais nas relações de trabalho, p. 174-176.

## **5. NOSSOS TRIBUNAIS ESTÃO DECIDINDO SEGUNDO PRINCÍPIOS**

Quando se afirma no título do presente capítulo que nossos tribunais estão decidindo segundo princípios, o que se está dizendo é que nossos tribunais estão deferindo direitos subjetivos diretamente dos comandos constitucionais configurados em princípios jurídicos, sejam esses entendidos pelo critério tradicional da generalidade e imprecisão ou pelo critério qualitativo defendido por Robert Alexy.

Esses princípios são direitos fundamentais e estão sendo aplicados diretamente, não somente em relação aos órgãos públicos (eficácia vertical), mas também em relação aos particulares (eficácia horizontal). É o que demonstram os julgados colhidos dos três tribunais superiores, o STF, o STJ e o TST, citados na seguinte ordem: primeiro a aplicação vertical e depois a horizontal, dentro de cada tribunal.

### **5.1 O STF e a aplicação dos direitos fundamentais**

O STF já decidiu com base em princípios em praticamente todas as searas do direito.

No campo do Direito Penal, podemos citar o caso do uso abusivo de algemas, que levou à criação da Súmula Vinculante do STF n. 11<sup>125</sup>. Não havendo regra jurídica em nosso ordenamento sobre o uso das algemas, e diante da leniência do legislativo, o STF decidiu disciplinar a questão. A base dos precedentes que deram

---

<sup>125</sup>Súmula Vinculante 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

origem a essa súmula foram os princípios da presunção de inocência e da dignidade humana, invocados e aplicados diretamente da Constituição como fonte de proteção ao direito do réu de não ser algemado, salvo necessidade justificada. Um dos precedentes considerados no debate, na construção da referida Súmula 11, foi o v. acórdão proferido no julgamento do Habeas Corpus 91.952, da relatoria do Ministro Marco Aurélio. O acórdão é rico em matéria de direitos fundamentais, mas ao que nos importa merece destaque a seguinte argumentação do Ministro Carlos Aires Britto, *in verbis*, com grifos nossos:

Também entendo, na linha inicial do voto do Relator, imediatamente seqüenciado pelo Ministro Menezes Direito, que o uso das algemas é excepcional à luz da própria **Constituição diretamente**, sem precisar sequer do direito ordinário. **A força normativa da Constituição é suficiente, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana**; fundamento da república lembrado pelo eminente Relator. Mas, se desfilarmos pela passarela da Constituição, nesse âmbito mesmo dos direitos individuais e, portanto, fundamentais, encontraremos outros dispositivos que cimentam o juízo da excepcionalidade do uso das algemas.<sup>126</sup>

Como se observa da argumentação do Ministro Carlos Ayres Britto, foi aplicado ao paciente o direito fundamental maior da dignidade humana, além do princípio da inocência, ambos previstos na Constituição Federal, independentemente de legislação infraconstitucional que lhe garantisse tal direito.

No caso que ficou conhecido como “*Gerald Thomas*”, a questão constitucional envolvia a regra penal que tipifica o ato obsceno, prescrita no artigo 233 do Código Penal, à qual foi contraposto o direito fundamental de manifestação de pensamento, prescrito no art. 5º, IV da CF. Após a encenação da peça “Tristão e Isolda”, no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, em meados de 2003, o público presente vaiou a apresentação. O diretor da peça, Gerald Thomas, em reação às vaias do público, abaixou as calças e começou a simular ato de masturbação. Ele foi

---

<sup>126</sup> STF- HC 91952, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, v.u. j. 07/08/2008, DJe-241 19-12-2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 18-12-2015.

denunciado por ato obsceno e a questão chegou ao Supremo através do Habeas Corpus n. HC 83996<sup>127</sup>.

Embora a votação tenha terminado empatada, a conclusão foi pelo trancamento da ação penal<sup>128</sup>. Segundo o voto do Ministro Gilmar Mendes, considerando que o ato foi praticado por volta das duas horas da manhã e levando em conta o contexto em que foi praticado, não era possível admitir que a conduta do réu “tivesse atingido o pudor do público. Um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada”. O v. acórdão ficou assim ementado, *in verbis*:

Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do habeas corpus. (STF-HC 83996/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-08-2004, DJ 26-08-2005, votação empatada).

Ainda na seara penal, podemos citar o caso do aborto do feto anencéfalo, julgado na ADPF 54<sup>129</sup>. A discussão envolveu vários dispositivos constitucionais e as regras previstas nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, que prescrevem os casos em que o aborto é ou não considerado crime. Entre as exceções não se encontra o caso do feto anencéfalo. Para superar as regras penais, os ministros do STF argumentaram com os princípios da laicidade, da dignidade humana, da legalidade, da autonomia da vontade, do direito à saúde, do direito à vida e da proporcionalidade, dando, ao final,

<sup>127</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384865>>. Acesso em: 18-12-2015.

<sup>128</sup> Segundo o art. 150, par.3º do Regimento Interno do STF, em caso de empate no julgamento do HS, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

<sup>129</sup> STF-ADPF 54, rel. Min. Marco Aurélio, Trib. Pleno, v. por maioria, j. em 12/04/2012, DJe-080 pub. em 30-04-2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 18-12-2015.

interpretação conforme a Constituição aos referidos dispositivos do Código Penal para excluir da sua incidência os casos envolvendo fetos anencéfalos. A ementa ficou assim redigida, *in verbis*:

LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto Anencéfalo – Interrupção Da Gravidez – Mulher – Liberdade Sexual E Reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos Fundamentais – Crime – Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF-ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, v. por maioria, j. em 12/04/2012, DJe-080 Divulg. 29-04-2013, Public. 30-04-2013).

Merece destaque ainda, do referido acórdão, a ponderação de princípios sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, asseverando-se, *in verbis*:

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura<sup>[109]</sup> ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

Em matéria de direito civil, destacamos o caso do reconhecimento da união homoafetiva como união estável. A questão constitucional foi discutida nos autos da ADI 4277<sup>130</sup>, julgado em conjunto com a ADPF 132 e envolveu, principalmente, a interpretação do artigo 226 §3º da CF, que menciona o reconhecimento da “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, e a regra contida no artigo 1.723 do Código Civil que reconhece como estável somente a união entre homem e mulher. Em seu voto, seguido pelos demais ministros, o relator

<sup>130</sup> STF-ADI 4277, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 05/05/2011, DJe-198 publicado 14-10-2011, v. u. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 18-12-2015.

Ministro Ayres Britto, argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua orientação sexual.

O STF deu interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Além do princípio da não discriminação, na referida ação foram utilizados argumentos com base no (i) princípio da dignidade humana, (ii) princípio da igualdade, (iii) princípio da liberdade, (iv) princípio da segurança jurídica, (v) princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, (vi) e até um inusitado direito à busca da felicidade. A ementa é extensa, merecendo destaque, *in verbis*:

(...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme

à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-PP-00212).

Ainda no campo Cível podemos citar as decisões que já se tornaram comuns nas instâncias ordinárias, apoiadas pelas decisões do STF, obrigando a Fazenda Pública a fornecer as mais variadas espécies de prestações relacionadas à saúde, com fundamento no artigo 196 da Constituição Federal. As prestações vão desde o fornecimento de medicamentos, órteses e próteses, à criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da Saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior. Destaca-se a ementa da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175<sup>131</sup>, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cujo julgamento foi unânime e sintetiza o entendimento da Corte Suprema, *in verbis*:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF-STA 175 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076, divulgado 29-04-2010, publicado 30-04-2010)

Aqui o que merece destaque é que o v. acórdão discute a aplicação imediata de um direito fundamental social. Ou seja, o STF está aplicando os direitos fundamentais sociais de forma direta, afastando a tese defendida por parte da doutrina acima citada, que entende que referidas normas constitucionais são programáticas.

<sup>131</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 18-12-2015. Ver também, no mesmo sentido, as STA 211 e 278 e as Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47 e 228.

Argumentando sobre essa questão, bem como sobre a possibilidade do judiciário concretizar diretamente os direitos fundamentais sociais, afirma o relator Ministro Gilmar Mendes que, ao contrário de outros países, a Constituição Federal de 88 além de prever expressamente direitos fundamentais sociais, não os distingue dos direitos fundamentais individuais no que diz respeito à sua aplicação imediata disposta no § 1º do art. 5º da CF<sup>132</sup>.

Em matéria previdenciária, destaca-se o julgamento do RE 567985<sup>133</sup>. No referido julgado o STF confrontou a regra prescrita no art. 20 § 3º da lei 8.742/93 (LOAS) com o art. 203, V da CF<sup>134</sup>. Tal dispositivo constitucional trata do benefício de um salário mínimo mensal “à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. A lei 8.742/93, no referido art. 20 § 3º, estabeleceu o critério da “renda” para aferição do estado de pobreza que ensejaria o direito ao benefício, prescrevendo como regra infraconstitucional que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O STF, por maioria, entendeu que referida regra é inconstitucional por não atender de forma suficiente à concretização do mandamento constitucional e que era possível considerar outros critérios objetivos para a aferição do estado de pobreza no caso concreto. Merecem destaque as considerações do Ministro Marco Aurélio, *in verbis*:

Ao fixar-se apenas no critério “renda”, o legislador olvidou outros elementos do mundo dos fatos que são relevantes para o exame do parâmetro “miserabilidade”. Por exemplo: uma família com duas ou três pessoas deficientes, além de diversos idosos com situação de saúde debilitada, possui maiores necessidades que uma família composta por apenas um idoso. Observem que, de todo modo, a legislação proíbe a percepção simultânea de mais de um benefício de assistência social – artigo 20, § 4º, da Lei nº 8.742,

<sup>132</sup> Ver p. 15 do voto.

<sup>133</sup> STF-RE 567985, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Trib. Pleno, j. 18/04/2013, DJe-194, pub. 03-10-2013, v. maioria. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em 12-01-2016.

<sup>134</sup> CF, art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 12.435/2011. Mostra-se patente que o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, embora não seja, só por si, inconstitucional, gerou situação concreta de inconstitucionalidade. A incidência da regra traduz falha no dever, criado pela Carta, de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais, resultante da eficácia positiva de tais direitos, cuja concretização é condição essencial à construção de uma sociedade mais justa e, portanto, civilizada. (...) Em suma, está-se diante de situação em que a concretização do princípio da dignidade humana e do dever específico de proteção dos hipossuficientes – idosos e deficientes – encontra-se aquém do texto constitucional. Embora ainda pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais (...).

No julgamento acima, a base da fundamentação foi a ponderação dos princípios da dignidade humana, da solidariedade e da erradicação da pobreza, da isonomia, além do próprio direito à assistência social previsto tanto no art. 6º, quanto no art. 203 da Carta Maior, que se configura como princípio e não como regra, citando também o princípio da proibição da concretização deficitária dos direitos fundamentais.

Todos os exemplos citados, dizem respeito à aplicação dos direitos fundamentais em relação ao Estado, isto é, à sua eficácia vertical. Verificou-se, em todos eles, que o STF tem aplicado os direitos fundamentais, de natureza individual ou social, de forma direta aos órgãos públicos, além de submeter as regras infraconstitucionais à verificação da proporcionalidade, embora nem sempre demonstre observar todas as suas fases, partindo direto para a ponderação.

No que diz respeito à aplicação direta horizontal dos direitos fundamentais, antes da Constituição de 1988, a questão era pouco aventada. No STF é sempre citada uma decisão de 1968, nos autos do RE nº 63279, onde se verifica que a Suprema Corte negava a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tratou-se de um caso onde um associado do “Santos Football Club” invocava o princípio da isonomia nas eleições do clube. Ao que nos importa, vale

destacar a ementa do v. acórdão, de relatoria do Ministro Amaral Santos, *in verbis* com nossos grifos:

A organização e o funcionamento de uma sociedade civil, regulados pelos seus estatutos, **não se submetem ao princípio da isonomia**, que rege as relações de direito público ou aqueles em que este interfere. O preceito estatutário, segundo o qual os associados eleitos para o conselho deliberativo de clube esportivo durante cinco bienios consecutivos passam a ser membros efetivos desse órgão, não fere o art. 1394 do código civil. Recurso pela letra a, não conhecido.<sup>135</sup>

Entretanto, após a Constituição de 1988, a questão ressurgiu em outros julgados do STF, onde a Suprema Corte passa a admitir a eficácia imediata horizontal.

Nos autos do Recurso Extraordinário n. 158.215-4<sup>136</sup>/RS, de meados de 1996, a Suprema Corte aplicou diretamente a uma relação privada o direito fundamental do devido processo legal. Tratou-se de uma ação onde o autor buscava anular o ato de uma cooperativa que o havia excluído dos seus quadros de cooperados, sem lhe dar o prévio direito de defesa. No acórdão, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ficou consignado que “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa”, aplicando-se, no caso, o disposto no art. 5º, LV da Constituição Federal. A ementa é suficiente ao nosso propósito, *in verbis*:

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 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 -

<sup>135</sup> STF-RE 63279, rel. Min. Amaral Santos, 3ª Turma, julgado em 15/03/1968, DJ 17-06-1968, v. u. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=160394>>. Acesso em 12-01-2016.

<sup>136</sup> RE 158215/RS, 2ª Turma, rel. Marco Aurélio, j. 30-04-1996, DJ 07-06-1996, v.u. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 18-12-2015.

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 assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

Em outro processo, no mesmo ano de 1996, agora de relatoria do Ministro Carlos Mário Velloso, nos autos do RE nº 161.243-6/DF, a 2ª Turma do STF analisou uma questão trabalhista e aplicou o princípio da isonomia para estender a aplicação de direitos. A lide envolvia relação jurídica anterior à Constituição de 88, motivo pelo qual a questão foi analisada à luz do art. 153, § 1º da Constituição de 1967<sup>137</sup>, cujo mandamento da isonomia encontra-se no art. 5º caput da Constituição de 88<sup>138</sup>. Na reclamação trabalhista, um empregado brasileiro da empresa francesa Air France, que trabalhava no Brasil, alegava que não recebia as vantagens previstas no estatuto da empresa, cuja aplicação era limitada aos empregados de nacionalidade francesa.

Na Justiça do Trabalho a ação foi julgada improcedente na instância ordinária, o RR não foi recebido no Tribunal Regional, obrigando o trabalhador a interpor Agravo de Instrumento ao TST. A Corte Superior trabalhista fugiu à análise da ofensa constitucional invocada, asseverando que a questão envolvia reexame de fato. O STF não concordou com o TST, conheceu do RE por ofensa ao princípio da isonomia e lhe deu provimento, para deferir ao empregado brasileiro os mesmos direitos concedidos aos empregados franceses. Eis a ementa, *in verbis*:

“Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: Estatutos do pessoal desta: Aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, Caput. I – Ao recorrente, por não ser

<sup>137</sup> Dizia o art. 153 § 1º da Constituição de 1967, com a redação da EC 01-69: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.

<sup>138</sup> Diz a CF/88 em seu art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

francês, não obstante trabalhar para 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: (CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 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.<sup>139</sup>

Novamente, em 1999, o STF apreciou um outro caso da seara trabalhista. A questão teve início em outro feito, uma ação penal que chegou ao STF em meados de 1995, que relata-se em rápida síntese para uma melhor compreensão da causa trabalhista.

Na ação penal, que chegou ao STF através do RE 160.222, um diretor da empresa De Millus S.A., fabricante de roupas íntimas, foi denunciado pela prática do crime de constrangimento ilegal, prescrito no art. 146 do Código Penal, ao submeter empregadas à revista íntima, sob a ameaça de dispensa por justa causa em caso de recusa. O objetivo da revista era prevenir eventual furto de mercadorias da empresa. A ação penal foi julgada procedente em primeira instância, mas reformada no Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, onde o diretor foi absolvido. Duas das vítimas, menores de idade, recorreram ao STF alegando que o v. acórdão violava o art. 5º, X da CF, que prescreve a proteção à intimidade e à imagem e, por conta dessa violação, deveria ser reformado para condenar o réu nas sanções penais. O STF admitiu o RE por ofensa ao art. 5º, X da CF, nos seguintes termos do despacho do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, *in verbis*:

(...) O segundo óbice apontado pelo Parquet, de que tratar-se-ia, em verdade, de matéria infraconstitucional, tornaria, data máxima vênia, letra morta a garantia constitucional à privacidade prevista no supramencionado canome de nossa Carta Política. (...) Em frente do exposto, admito este recurso extraordinário, com espeque no art. 102, III, a, da CF, por entrever,

<sup>139</sup>STF-RE 161.243-6, 2ª Turma, rel. Carlos Velloso, j. 29-10-1996, DJ 19-12-1997, v.u. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 20-12-2015

em princípio, inobservada a norma inscrita no art. 5º, X, da mesma Carta Constitucional.<sup>140</sup>

Contudo, não obstante a admissão do RE, o STF o considerou prejudicado ao reconhecer a prescrição superveniente da pretensão punitiva. Porém, consignou-se no voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence, *in verbis*:

Lamento a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante.

Interessante observar, mesmo que de passagem que, ao admitir o RE, o STF além de estimular as partes a ajuizarem ação de indenização – como ocorreu conforme comentamos abaixo – abriu forte precedente para acolher RE por ofensa indireta à Constituição quando a matéria envolver direitos fundamentais.

Provavelmente estimuladas pelo v. acórdão acima comentado, posteriormente algumas trabalhadoras ajuizaram reclamação trabalhista em face da empresa De Millus S.A., pleiteando indenização por danos morais por terem sido submetidas à revista íntima. A questão trabalhista chegou ao STF e foi discutida nos autos do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 220.459-2<sup>141</sup>. Embora o recurso tenha sido inadmitido no STF, com a consequente manutenção da improcedência da ação, as razões expostas no v. acórdão admitiram que os direitos fundamentais prescritos no art. 5º, II, III, X e LVII da CF, vinculam as entidades privadas, independentemente de qualquer mediação legislativa. Segundo o voto condutor, de relatoria do Ministro Moreira Alves, a revista íntima era lícita pois havia autorização no contrato celebrado entre as partes. Entretanto, constou do v. acórdão, de relatoria do Ministro Moreira Alves, que a revista íntima, acordada entre as partes, não

---

<sup>140</sup> STF-RE 160222/RJ, 1ª Turma, rel. Sepúlveda Pertence, j. 11-04-1995, DJ 01-09-1995, v.u. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213340>>. Acesso em: 20-12-2015

<sup>141</sup> STF- AgR-AI 220459-2/RJ, 1ª Turma, rel. Moreira Alves, j. 28-10-1999, DJ 29-10-1999, v.u. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=287160>>. Acesso em: 20-12-2015

ofenderia os direitos fundamentais, dada a natureza dos produtos fabricados pela empresa e feita por amostragem, *n verbis*:

Não há as alegadas ofensas aos incisos II, III, LVII e X do art. 5º da Constituição, porque essas revistas pessoais, dada a natureza dos produtos fabricados pelas agravadas e feitas por amostragem, não infringem, por si sós, os valores consagrados nesses dispositivos constitucionais para dar margem a danos morais.

Dois aspectos nos interessam no referido caso. O primeiro é que, de acordo com a fundamentação utilizada pelo STF, o direito à intimidade – que foi o aspecto que imperou na análise da Corte - é considerado um princípio e não uma regra. Isso porque o STF admitiu que o direito à intimidade pode ser relativizado diante das circunstâncias do caso concreto. Ao relativizar a aplicação do comando constitucional diante do caso concreto, o STF lhe dá tratamento de princípio e não de regra ao dispositivo constitucional. Note-se que o que levou o STF a decidir de tal forma foi a ponderação dos demais mandamentos constitucionais envolvidos na questão, entre eles o da autonomia da vontade e as limitações fáticas que envolveram o caso. Se a Corte interpretasse o direito à intimidade como uma regra constitucional, estaria vedando toda e qualquer possibilidade de disposição do direito à intimidade, ou teria que discorrer sobre todas as exceções em que a sua violação seria autorizada. Tal postura teria consequências práticas incalculáveis que poderiam travar as relações sociais. Daí porque, para Dworkin, uma interpretação acaba sempre envolvendo uma dimensão moral, pois dependerá de avaliação sobre as consequências boas ou más que ela irá produzir: “Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor”<sup>142</sup>, afirmar o autor norte-americano.

O segundo aspecto que vale destacar desse mesmo acórdão, é que o TST manteve a improcedência do pedido pelas mesmas razões, pois consignou que, *in verbis*:

---

<sup>142</sup> Ronald Dworkin, **Uma questão de princípios**, p. 239.

A chamada revista nos empregados de indústria do ramo da empresa apelada, tem sido considerada procedimento rotineiro e, inclusive, de previsão contratual. Não deve ser rotulada de deprimente, aprioristicamente, se colocada em prática com resguardo dos atributos da dignidade da pessoa, sem constrangimentos, mas, de modo previamente divulgado e aprovado pelo empregado da empresa. Tal conduta, quando processada segundo os padrões éticos, com discrição, privacidade, respeitando e preservando a essência dos valores morais do ser humano, não deve ser, só por si, chamada de afrontosa ou agressiva à dignidade pessoal.

O seja, o TST também considerou que o direito à intimidade não é uma regra, mas um princípio, devendo ser respeitado no máximo possível, mas que pode dar lugar à autonomia da vontade, ou direito de propriedade, a liberdade de trabalho, entre outros direitos fundamentais encontrados na Constituição.

Principalmente no que diz respeito aos direitos de primeira geração, essa nos parece ser a melhor interpretação. Caso contrário, seria necessário admitir que é proibido, por exemplo, o trabalho nos desfiles de roupas íntimas, nos reality shows, nos ensaios fotográficos, entre tantos outros trabalhos onde a pessoa dispõe de parte da sua intimidade. O ponto chave é decidir qual é o limite dessa disposição. Uma forma para se averiguar esse limite é o princípio da proporcionalidade.

Em meados de 2005, mais um julgado reafirmou o entendimento do STF quanto a eficácia dos direitos fundamentais imediata em relação aos particulares. A questão foi discutida no RE nº 201.819-8<sup>143</sup> e envolveu, mais uma vez, o princípio da ampla defesa. A União Brasileira de Compositores (UBC), recorreu ao STF de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que anulava uma decisão administrativa da associação que havia excluído um associado, sem assegurar-lhe o direito prévio de defesa. A relatora inicial, a Ministra Ellen Gracie, se manifestou pelo provimento do RE, por considerar que o princípio da ampla defesa não incidia na hipótese, devendo prevalecer os termos do estatuto social da UBC que teria sido observado. No entanto, o Ministro Gilmar Mendes, em voto seguido pela maioria, acabou por afirmar a eficácia direta aos particulares dos direitos fundamentais no

---

<sup>143</sup>RE 201819/RJ, 2ª Turma, rel. para o acórdão Gilmar Mendes, j. 11-10-2005, DJ 27-10-2006, votação por maioria. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 18-12-2015.

sistema constitucional brasileiro. O Ministro Celso de Mello, em voto que desempatou a votação, endossou de forma explícita a tese da eficácia horizontal direta, nos seguintes termos, *in verbis*:

Cumpre considerar, neste ponto, até mesmo para efeito de exame da questão ora em análise, a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet (...): ‘uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontrasse atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa (...). É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de se ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Um último caso, também em matéria trabalhista e de caráter social, vale a pena ser citado. Trata-se do caso da estabilidade da gestante que envolveu a interpretação dos arts. 7º, XVIII da CF e 10, II, “b” do ADCT. Até meados de 2012, o TST tinha na sua Súmula 244, de forma expressa, o entendimento de que a gravidez durante o contrato de trabalho temporário, não gerava garantia de emprego para a gestante. Esse entendimento também era o adotado pelo STF em julgamentos anteriores. No entanto, no julgamento do RE 287.905<sup>144</sup>, de meados de 2005, da relatoria inicial da Ministra Ellen Grace, o STF passou a entender de forma diametralmente contrária. No julgamento, abandonou-se por completo os limites semânticos do art. 10, II, “b” dos ADCT, segundo o qual é vedada a “dispensa” da empregada gestante – e no contrato temporário não há dispensa, mas sim término – o qual constituía o argumento principal do entendimento anterior. Após vistas e voto do Ministro Carlos Velloso, retomou-se a discussão, finalizando com o entendimento segundo o qual é vedado o encerramento do contrato da empregada gestante, inclusive nos contratos com prazo. Interessante é a manifestação do Ministro Carlos Velloso, ao

<sup>144</sup> STF-RE 287905, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 2ª. Turma, j. em 28/06/2005, DJ 30-06-2006, v. por maioria. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260080>>. Acesso em: 18-12-2015.

ser provocado pelo Ministro Joaquim Barbosa quanto ao fato do TST possuir jurisprudência em sentido contrário, *in verbis*:

Ministro Joaquim Barbosa: A jurisprudência do TST, a justiça Especializada, é unânime e sem discrepância com relação a isso: ela não se aplica a contrato por prazo determinado.

Ministro Carlos Velloso: Prefiro ficar com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com o nosso entendimento a respeito da Constituição – e somos os guardiões da Constituição – do que invocar jurisprudência, não obstante de um notável Tribunal, mas que decide as questões sob o ponto de vista infraconstitucional.

Embora não tenha ficado explícito no referido acórdão, sendo citados de forma mais forte o art. 7º, XVIII da Constituição e o art. 10, II, “b” dos ADCT, fica implícito o direito à proteção à maternidade, prescrito no art. 6º da CF. Esse fundamento é explicitado em julgamentos posteriores, a exemplo do RE 634.093<sup>145</sup>, *in verbis*:

Cabe observar, por oportuno, em face do contexto que emerge desta causa, que o legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.821/66, Artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva proteção à maternidade e ao nascituro (FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, “Comentários aos Enunciados do TST”, p. 614, 4ª ed., 1997, RT), veio a estabelecer, em favor da empregada gestante, expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a essa trabalhadora, de estabilidade provisória, nos termos previstos no art. 10, II, “b”, do ADCT, que representa, ao lado da licença-maternidade, prerrogativa jurídica igualmente atribuída à servidora pública gestante, como resulta da norma de extensão inscrita no art. 39, § 3º, da Constituição, sendo irrelevante, para esse específico efeito, que se cuide de ocupante de cargo em comissão, como sucede na espécie.

<sup>145</sup> STF - RE 634093 AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª. Turma, j. 22/11/2011, DJe-232, p. 07-12-2011, p. 44-47, v.u.. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609454>>. Acesso em: 12-01-2016.

## 5.2 O STJ e a aplicação direta dos direitos fundamentais

Em face das competências do Superior Tribunal de Justiça, principalmente ligadas à competência recursal na interpretação de lei federal, a utilização de princípios constitucionais é de menor frequência, salvo na sua função interpretativa quando as ocorrências são mais constantes. Entretanto, é possível verificar alguns julgados onde a atuação de direitos fundamentais na sua configuração de princípio foi direta.

Entre esses julgados, pode-se citar a movimentação e penhora do FGTS. No sentido da aplicação imediata e vertical dos direitos fundamentais, o STJ vem ampliando as hipóteses de levantamento do FGTS. As regras infraconstitucionais que permitem o levantamento do FGTS constam, basicamente, dos arts. 20 da lei 8.036/90 e 35 do decreto 99.684/90, que elencam dezoito hipóteses que permitem ao trabalhador o levantamento dos valores depositados na conta vinculada. Porém, o STJ, fundado no princípio da dignidade humana e valendo-se do princípio da proporcionalidade para ponderar as regras infraconstitucionais, vem autorizando o levantamento do FGTS em outras hipóteses onde a pessoa, no caso concreto, demonstrar extrema necessidade. Segundo o fundamento utilizado pela Corte Especial, o rol apresentado pelo legislador é exemplificativo, podendo ser criadas novas hipóteses que resultem na proteção do trabalhador. O acórdão proferido pela Segunda Turma do STJ, nos autos do Recurso Especial (REsp) n. 1251566/SC, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, é esclarecedor. Partindo da premissa de que o legislador não tem como prever todas as hipóteses em que um trabalhador necessita levantar o FGTS, o STJ entende que, *in verbis*<sup>146</sup>, com nossos grifos e recortes:

(...) sob a ótica pós-positivista, além das regras constitucionalmente fixadas, devem-se observar - antes e sobretudo - os princípios que, na maioria das vezes, dão origem às próprias regras (normogênese). Logo, é da Constituição que devem ser **extraídos os princípios** que, mais que

<sup>146</sup>STJ- REsp. 1251566/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011, v.u. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067205&num\\_registro=201100971547&data=20110614&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067205&num_registro=201100971547&data=20110614&formato=PDF)>. Acesso em: 13-01-2016.

simples regras, indicam os caminhos para toda a atividade hermenêutica do jurista e ostentam caráter de fundamentalidade.

(...) Na resolução do caso concreto, **os princípios se aproximam mais dos ideais de justiça (Dworkin) e de direito (Larenz)**, sendo imprescindível que se os busquem em sua fonte primordial: a Constituição. O primeiro deles - a **dignidade da pessoa humana** (art. 1º da CF/88) -, é considerado, mesmo, um sobreprincípio, já que constitui não só um norte para a produção e aplicação de novas regras, mas fonte comum a todos os demais princípios. A partir da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna elencou inúmeros outros direitos, nos arts. 5º e 6º, este último que engloba a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

(...) 10. Reformas que visam à substituição de paredes de madeira por de alvenaria e instalação de redes elétrica, hidráulica e sanitária, além de consistirem benfeitorias extremamente necessárias à conservação (Código Civil, art. 96, § 3º) e normal uso do bem imóvel, visam à **concretização das garantias constitucionalmente previstas de moradia, segurança e saúde**. Ou seja: objetivam conceder aos recorridos existência digna, conforme lhes garante a Carta Magna.

11. Por isso, têm direito ao saque do FGTS, ainda que o magistrado deva integrar o ordenamento jurídico, em razão de lacuna na Lei n. 8.036/90, com **base nos princípios de interpretação constitucional da eficácia integradora e da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade em sentido estrito**. 12. Recurso especial não provido. (REsp 1251566/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011, v.u.).

Em síntese, o que se pode concluir do entendimento do STJ é que o trabalhador que tiver a necessidade de concretizar um direito fundamental, terá direito de sacar o FGTS. Tudo dependerá do caso concreto e das justificativas que forem apresentadas.

Nas relações particulares o STJ também tem atuado na concretização dos direitos fundamentais. Como exemplo citamos a penhora do FGTS em execução de pensão alimentícia. Segundo prescreve a regra infraconstitucional disposta no art. 2º, § 2º da lei 8.036/1990, o FGTS é absolutamente impenhorável, *in verbis*: “As contas vinculadas em nome dos trabalhadores são **absolutamente impenhoráveis**” (grifamos). A jurisprudência do STJ, entretanto, é forte no sentido de que, para pagamento de pensão alimentícia, deve ser permitida a penhora do FGTS. A ementa abaixo sintetiza esse entendimento, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. PENHORA EM CONTA VINCULADA AO FGTS. LEI Nº. 8.036/90. DÉBITOS ALIMENTARES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Este Tribunal Superior entende ser possível a penhora de conta vinculada do FGTS (e do PIS) no caso de execução de alimentos, havendo, nesses casos, a mitigação do rol taxativo previsto no art. 20 da Lei 8.036/90, dada a incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. (AgRg no AG 1.034.295/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado TJ/RS, Terceira Turma, DJ 09/10/2009). 2. Possibilidade de o Magistrado, ante as circunstâncias do caso concreto, bloquear a conta relativa ao FGTS, para garantir o pagamento de débitos alimentares. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no RMS 34.708/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 19/10/2011)

A Corte Especial entendeu que, apesar de o artigo 2º, § 2º da lei 8.036/1990 dispor expressamente que o FGTS é **absolutamente impenhorável**, a mitigação dessa regra infraconstitucional é necessária, onde direitos fundamentais do alimentado estiverem em jogo. Os direitos fundamentais invocados, no caso, foram os da dignidade humana, aplicando-se a proporcionalidade na superação da regra infraconstitucional.

Além de demonstrar que o STJ está aplicando os direitos fundamentais de forma direta, tanto no sentido vertical quanto no horizontal, fica claro também que, mesmo a Corte encarregada de uniformizar a interpretação da legislação federal, não tem resistido à força normativa dos direitos fundamentais, sejam eles regras ou princípios. Tem se tornado comum os casos onde a Corte Especial tem deferido direitos com base na aplicação direta e horizontal dos direitos fundamentais, como a relativização da coisa julgada<sup>147</sup>, o direito ao esquecimento<sup>148</sup>, entre outros. Não obstante o tribunal busque a fundamentação na legislação infraconstitucional para não extrapolar sua competência e não admita o Recurso Especial se o mesmo for fundado unicamente em dispositivos constitucionais, após a admissão do Recurso Especial, acaba empregando diretamente os princípios constitucionais na jurisdição.

<sup>147</sup> Notadamente nas ações sobre filiação quando as decisões transitadas em julgado conflitem com resultados de exames de DNA posteriores. Também e em ações de desapropriação que estabelecem indenizações excessivas ou incompatíveis com a realidade dos fatos. Sintetizando essas hipóteses, ver STJ-REsp 1163649/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4ª. T., julgado em 16/09/2014, DJe 27/02/2015, v. u.

<sup>148</sup> REsp 1.335.153-RJ, 4ª. T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 28/5/2013, v. u.

Para chegar ao entendimento que superou as regras infraconstitucionais para o caso concreto, a Corte teve que reconhecer – mesmo que implicitamente – a violação de princípios constitucionais. Isso significa dizer – como se argumentará no item 6.3 – que a dicotomia sobre violação “direta” e “indireta” da Constituição, que norteia o conhecimento de recursos e ação rescisória fundamentados em matéria constitucional, está equivocada quando envolver direitos fundamentais.

### **5.3 O TST e a aplicação direta dos direitos fundamentais**

No TST não tem sido diferente. A Corte trabalhista também tem atuado na concretização dos direitos fundamentais configurados em princípios, aplicando-os diretamente com uma frequência cada vez maior. Destaca-se a seguir alguns julgados onde os direitos fundamentais aplicados eram princípios e que, se fosse respeitada a literalidade do texto constitucional, não seria possível o conhecimento do Recurso de Revista.

Outra questão que fica evidente nos julgados que seguem é que, não somente a questão da violação “literal”, mas também a questão da violação “direta” da Constituição exigida no art. 896 para interposição do Recurso de Revista, precisa ser superada, seja para maior proteção dos direitos fundamentais, seja para maior coerência do sistema.

Em razão da competência material da Justiça do Trabalho, a aplicação imediata dos direitos fundamentais configurados em princípios na linha vertical é verificada, em sua grande maioria, contra o próprio poder judiciário. Encontramos julgados contra alguns entes públicos que ainda adotam o regime celetista para regular suas relações com o funcionalismo, ou de empresas públicas que também adotam esse regime nas suas relações.

O princípio constitucional do acesso ao judiciário, prescrito no art. art. 5º, XXXV da CF, tem sido utilizado pela Corte Trabalhista para deferir aos trabalhadores o direito de ajuizar ação trabalhista no local onde estiver residindo à época do ajuizamento da sua ação, contrariando a regra prescrita no at. 651 da CLT. O referido dispositivo cuida da regra sobre a competência relativa da Justiça do Trabalho prescrevendo que “A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro”. As exceções estão nos parágrafos do mesmo artigo e consagram os casos onde o empregado não tem local fixo de trabalho (§ 1º - viajantes, por exemplo), ou quando o empregador for itinerante (§3º - empresas circenses, por exemplo). Portanto, sendo o empregado e o empregador com local fixo de trabalho, eventual litígio trabalhista será da competência da Vara do Trabalho do local da prestação de serviços.

Contudo, ponderando o princípio do acesso ao judiciário, a Segunda Turma do TST entendeu que, em casos onde fique demonstrado que é muito dificultoso para o trabalhador exercer o seu direito de ação seguindo a regra celetista, poderá ajuizar sua ação em local que lhe facilite esse acesso. Trata-se de uma interpretação conforme a Constituição que vem sendo adotada pela Justiça do Trabalho. A ementa abaixo sintetiza esse entendimento, *in verbis* com nossos grifos:

(...) No caso, ficou incontroverso que o reclamante, residente e domiciliado em Crateús - CE, foi contratado e prestou serviços no Estado de São Paulo. O trabalhador, pretendendo receber as verbas trabalhistas que reputa devidas, ajuizou esta reclamação trabalhista na Vara do Trabalho de Crateús - CE, que possui jurisdição no local de domicílio e residência do autor. A oferta de emprego é escassa, e o desemprego é realidade social em nosso País, o que obriga vários trabalhadores a se mudarem para regiões diversas, ainda que provisoriamente, deixando para trás seus familiares, em condições precárias, com o intuito de procurar trabalho para suprir necessidades vitais de subsistência própria e de sua família. É realidade, ainda, que esses trabalhadores se submetem a condições de emprego precárias e a empregos informais. Dessa forma, tem-se cada vez mais firmado o entendimento, neste Tribunal superior (como demonstram os precedentes citados na fundamentação), de que, **em casos como este ora em exame, o direito fundamental de acesso à Justiça das partes trabalhistas deve preponderar sobre a interpretação meramente literal do artigo 651, § 3º, da CLT, apontado como violado pelo recorrente.** (...) Essa interpretação,

além de melhor corresponder à letra e ao espírito do artigo 651, caput e §§, da CLT, mostra-se mais consentânea **com princípio constitucional de acesso à Justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal**, e com a constatação prática de que, em muitos casos, a exigência legal de que o trabalhador ajuizasse a sua reclamação no lugar em que prestou serviços, mesmo quando voltou a residir no lugar de seu domicílio, acabaria por onerar excessivamente o exercício do direito de ação pela parte hipossuficiente. Assim, o Tribunal Regional do Trabalho de origem, ao manter a sentença em que foi reconhecida a incompetência da Vara do Trabalho de Crateús - CE, para apreciar e julgar este feito, local em que o autor se encontra residente e domiciliado, por entender que esta reclamação trabalhista deveria ter sido ajuizada no local da prestação de serviços ou da contratação do obreiro, violou o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1662-84.2012.5.07.0025 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 22/10/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2014)

Dois pontos merecem destaque no caso acima. O primeiro é sobre a literalidade do dispositivo normativo constitucional. Segundo o art. 5º, XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não se deduz da letra do texto, de forma direta, que uma pessoa tenha o direito de ajuizar sua ação onde quer que esteja ou onde lhe for mais adequado. Segundo, havendo regra infraconstitucional, a violação ao texto constitucional não foi direta.

Ainda no sentido vertical, o princípio da ampla defesa, art. 5º, LV da CF, tem sido aplicado diretamente. Nos autos RR - 1357-57.2013.5.02.0073, na Sexta Turma, da relatoria do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga<sup>149</sup>, o TST entendeu que deveria ser anulado acórdão regional por “má aplicação” de súmula do TST. No caso, a parte tinha interposto Agravo de Petição ao Tribunal Regional que, entretanto, entendeu que o recurso estava mal fundamentado, invocando a Súmula 422 do TST como fundamentação. Consta do acórdão regional, *in verbis*:

Na hipótese, percebe-se que a agravante reproduz literalmente o conteúdo dos embargos de terceiro (fls. 03/44); cuidando a parte, apenas, de efetuar pequenas adaptações para que a medida se assemelhasse a uma peça recursal. Assim, tendo em vista que as alegações dos embargos à execução já foram

<sup>149</sup> TST-RR - 1357-57.2013.5.02.0073, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 09/12/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015, v.u. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 18-01-2016.

afastadas pelo r. julgado recorrido, e que a peça recursal não traz argumentos para rebater seus fundamentos, não se encontra presente pressuposto de admissibilidade do recurso interposto. Sob esse aspecto, não há como ser conhecido o apelo da ré. Inteligência da Súmula n.º 422 do C. TST (...)

Ocorre que a Súmula 422 do TST, que exige minuciosa fundamentação nas razões de recurso, trata de regra a ser aplicada ao Recurso de Revista e não de recursos na instância ordinária. A parte chegou ao TST através de Agravo de Instrumento, onde teve seu Recurso de Revista conhecido por violação à ampla defesa, *in verbis*, com nossos grifos:

A Súmula n.º 422 do c. TST é de aplicação restrita aos recursos dirigidos a esta c. Corte Superior, revelando-se inadequada a sua indicação como óbice ao conhecimento do agravo de petição, ao qual é atribuído efeito devolutivo em profundidade, a teor do artigo 515, do CPC. **Na hipótese, há de se reconhecer afronta ao princípio da ampla defesa, a que alude o artigo 5º, LV, da Constituição Federal.** Recurso de revista conhecido e provido.

Mais uma vez aqui, tanto a literalidade do texto constitucional quanto a ofensa direta foram ignorados. A inexistência da ofensa direta é ainda mais clara pois o próprio acórdão do TST menciona que:

A inadequada aplicação do óbice da Súmula n.º 422 do c. TST ao conhecimento de agravo de petição implica cerceamento do direito de defesa da parte, afrontando, pois o artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Conheço, por violação do artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Um último caso de aplicação direta dos direitos fundamentais na linha vertical. Segundo entendimento consagrado na doutrina e na jurisprudência, especialmente do STF, o princípio do devido processo legal não admitiria violação direta. Isso ocorre não somente da vagueza do referido princípio, mas principalmente porque o processo legal geralmente está definido infraconstitucionalmente. Portanto, aceitar o recurso por afronta aos princípio constitucional do devido processo legal significa, como regra, aceitar o recurso por violação indireta da Constituição. Porém, nos últimos anos o TST tem admitido Recurso de Revista por violação ao princípio do

devido processo legal prescrito no art. 5º, LIV da CF. Observe-se as ementas abaixo, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. **Ante a possível violação ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, dá-se provimento ao agravo de instrumento.** II - RECURSO DE REVISTA. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. 1. EXECUÇÃO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Prevalece neste Tribunal Superior o entendimento de que a norma disposta no artigo 475-J do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, tendo em vista a existência de regramento próprio no âmbito do direito processual do trabalho, contido nos artigos 880 e 883 da CLT, quanto aos efeitos do não pagamento espontâneo, pelo executado, de quantia certa oriunda de condenação judicial. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (...). (RR - 58100-65.1999.5.01.0054 , Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 09/09/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - CABIMENTO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. **A potencial ofensa ao art. 5º, LIV, da Carta Magna encoraja o processamento do recurso de revista, na via do art. 896, § 2º, da CLT.** Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. 1. O princípio do devido processo legal é expressão da garantia constitucional de que as regras pré-estabelecidas pelo legislador ordinário devem ser observadas na condução do processo, assegurando-se aos litigantes, na defesa dos direitos levados ao Poder Judiciário, todas as oportunidades processuais conferidas por Lei. 2. A aplicação das regras de direito processual comum, no âmbito do Processo do Trabalho, pressupõe a omissão da CLT e a compatibilidade das respectivas normas com os princípios e dispositivos que regem este ramo do Direito, a teor dos arts. 769 e 889 da CLT. 3. Existindo previsão expressa, na CLT, sobre a postura do devedor em face do título executivo judicial e as consequências de sua resistência jurídica, a aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC, no sentido de ser acrescida, de forma automática, a multa de dez por cento sobre o valor da condenação, implica **contrariedade aos princípios da legalidade e do devido processo legal, com ofensa ao art. 5º, II e LIV, da Carta Magna**, pois subtrai-se o direito do executado de garantir a execução, em quarenta e oito horas, mediante o oferecimento de bens à penhora, nos termos do art. 882 consolidado. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-61000-47.2006.5.04.0812, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 26/02/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014)

O que isso demonstra? Que a teoria dos direitos fundamentais, principalmente a ideia da força normativa direta dos direitos fundamentais, levaram o direito brasileiro a um nível de aplicação tal que as regras infraconstitucionais concebidas antes dessa doutrina não são suficientes para aplicar. Ou os tribunais ignoram essa doutrina e voltam ao direito tradicional, ou adotam uma postura de superação das regras legisladas.

Na linha de aplicação horizontal dos direitos fundamentais, não tem sido diferente. O TST tem caminhado a passos largos na concretização dos direitos fundamentais configurados em princípios, gerando obrigações aos particulares, especialmente aos empregadores, além de criar regras na forma de orientações jurisprudenciais e súmulas.

Um bom exemplo da aplicação horizontal e imediata dos direitos fundamentais configurados em princípios, são os precedentes da Súmula 443 do TST que presume discriminatória a dispensa “de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito”. Nos precedentes que orientaram a criação da referida súmula, a argumentação girou em torno dos princípios da dignidade humana, da isonomia, da não discriminação, da função social da propriedade e dos valores sociais do trabalho, todos eles princípios de direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal entre os seus artigos 1º. e 5º. Um dos primeiros julgados do TST tratou da dispensa de um empregado portador do vírus da AIDS e foi ementado nos seguintes termos, *in verbis* com grifos nossos:

REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o **princípio da isonomia** insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida. (TST-RR-217.791/95, 2ª Turma, Rel. Min. Valdir Righetto, DJU de 6.6.97, p. 25.270).

O princípio da não discriminação é interessante especialmente porque, desde meados de 1995 existe lei infraconstitucional regulamentando a dispensa discriminatória, mas o TST manteve seu posicionamento e editou a Súmula 443. A lei 9.029, de 13-04-1995, em seu art. 1º prescrevia, que, *in verbis*:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Como se verifica do referido dispositivo infraconstitucional, vigente até meados de 2015, a dispensa por motivo de doença não era considerada discriminatória. Atualmente, com as alterações introduzidas pela lei 13.146, de 06-07-2015, essa possibilidade passou a existir. Eis o que agora diz o art. 1º da lei 9.029/95, *in verbis*:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de **trabalho**, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, **deficiência, reabilitação profissional**, idade, **entre outros**, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (grifamos).

Ainda no âmbito da eficácia horizontal, é possível citar o princípio da “redução dos riscos inerentes ao trabalho”, prescrito no art. 7º, XXII da CF. Esse dispositivo foi a base para confecção da regra jurisprudencial atualmente consagrada na Súmula 437 do TST que considera inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva que acorde pela supressão ou redução do intervalo intrajornada. Segundo o referido dispositivo constitucional é direito de todo trabalhador “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Para se chegar à regra atualmente definida na Súmula 437, não se utilizou de uma interpretação gramatical.

Para encerrar os exemplos de aplicação de princípios de direitos fundamentais na linha horizontal, cita-se a aplicação dos princípios do contraditório e

da ampla defesa. Na linha traçada pelo STF nos autos do RE nº 201.819-8<sup>150</sup> acima citado, o TST aplicou o princípio da ampla defesa em caso de dispensa. Embora os casos onde isso ocorreu envolvam entidades cujas características guardem forte função social, a argumentação denota uma tendência de ampliar esse entendimento para toda e qualquer dispensa por justa causa.

O julgamento ocorreu nos autos do RR n. 267300-64.2003.5.07.0003, da relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta<sup>151</sup>, onde o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia no Ceará dispensou em empregado sob a acusação de justa causa. A Segunda Turma do TST, reiterando entendimento de que os conselhos fiscais, de modo em geral, não são autarquias e, portanto, não se submetem às normas relativas à administração interna das autarquias federais, mesmo negando provimento à revista do reclamado, fez questão de consignar no v. acórdão que os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, devem ser observados também nas relações privadas. Eis o que consta da ementa, *in verbis* com nossos grifos:

(... ) **INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.** A controvérsia dos autos cinge-se em saber se se aplica aos processos administrativos instaurados no âmbito dos conselhos de fiscalização profissional, para apuração de falta grave, os princípios do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal. A jurisprudência desta Corte superior já firmou o entendimento de que os conselhos regionais e federais de fiscalização do exercício profissional não possuem natureza autárquica em sentido estrito, ao contrário, são autarquias *sui generis*, dotadas de autonomia administrativa e financeira, não lhes sendo aplicáveis as normas relativas à administração interna das autarquias federais. Logo, esses conselhos profissionais, como é o caso do reclamado, são considerados entes paraestatais. Nesse contexto, verifica-se que não se lhes aplica a Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, já que não pertencem à Administração Pública. **Entretanto, essa tese não afasta a necessária**

<sup>150</sup>STF-RE 201819/RJ, 2ª Turma, rel. para o acórdão Gilmar Mendes, j. 11-10-2005, DJ 27-10-2006, votação por maioria. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 18-12-2015.

<sup>151</sup>TST-RR - 267300-64.2003.5.07.0003, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15/05/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013, v. u. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 20-12-2015.

**observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, os quais protegem todos os brasileiros e estrangeiros, residentes aqui ou de passagem pelo território nacional.** Com efeito, o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. **Esse dispositivo é aplicável não só aos processos judiciais, mas também aos processos administrativos, inclusive aos procedimentos instaurados fora do Poder público.** Trata-se da **eficácia horizontal dos direitos fundamentais**, reconhecida pela doutrina moderna, conferindo-lhes aplicabilidade no âmbito privado, de modo que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição devem ser observados tanto nas relações entre o Estado e cidadãos como nas intersubjetivas. Esse entendimento garante a aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal às relações de trabalho, sem prejuízo dos direitos trabalhistas previstos na Carta Magna. **No caso dos autos, verifica-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal foram violados no procedimento instaurado para apuração de falta grave do reclamante.** Desse modo, constata-se que o Regional, ao manter a nulidade do inquérito administrativo instaurado para apuração de falta grave do reclamante, após o qual o obreiro foi dispensado por justa causa, conferiu aplicabilidade irrepreensível aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, observando, fielmente, sua eficácia nas relações trabalhistas. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR - 267300-64.2003.5.07.0003, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15/05/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013).

Resta claro que todos os Tribunais Superiores estão julgando com base em princípios de direitos fundamentais. Também fica evidente que essa aplicação tem ocorrido tanto no sentido vertical quanto horizontal, embora entre os particulares essa postura seja mais modesta. Assim, é possível afirmar que a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais também entre os particulares, está em plena ascensão.

Tradicionalmente, em razão de jurisprudência consagrada no STF<sup>152</sup>, eventual alegação de violação a princípios consagrados como o da legalidade, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, era tida como ofensa reflexa à Constituição, o que inviabilizava o recurso sustentado nessa tese. Porém, pelos julgados citados, percebe-

<sup>152</sup> Veja nesse sentido, entre tantos: STF- RE 563816 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª T., j. em 26/10/2010, v. u.: “ (...) 2. Alegação de ofensa aos princípios da legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório e ampla defesa configura, quando muito, ofensa meramente reflexa às normas constitucionais. Precedentes; (...). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617245>>. Acesso em 14-01-2016.

se que esse dogma vem sendo relativizado em função da força normativa que os direitos fundamentais vêm adquirindo.

Essa constatação aumenta as esperanças de Mustafá de ver seu RR acolhido.

## 6. DO RECURSO DE REVISTA

Como lecionam Pedro Paulo Teixeira Manus e Carla Teresa Martins Romar, o Recurso de Revista (RR) é “um recurso extraordinário no âmbito específico do processo do trabalho”<sup>153</sup>, juntamente com o Recurso Especial (REsp), de competência do STJ, e o Recurso Extraordinário (RE) dirigido ao STF. Inicialmente nominado de Recurso Extraordinário<sup>154</sup>, o RR teve sua nomenclatura alterada para a atual em 1949, através da lei 861-49, para evitar confusão com o Recurso Extraordinário de competência do STF.

Da mesma forma que os demais recursos extraordinários dirigidos aos Tribunais Superiores, o RR tem como finalidade maior uniformizar a jurisprudência sobre matéria de direito. Não serve para rediscutir matéria de fato, conforme Súmula 126 do TST, ou para atacar decisão monocrática ou qualquer decisão proferida em julgamento de recurso que não seja o RO ou o AP, conforme esclarece a Súmula 218 do TST. Da mesma forma que o RE e o REsp, tem como requisito de admissibilidade o prequestionamento da matéria ventilada em suas razões, o que está bem disciplinado nas Súmulas 184 e 297. Quando fundado em divergência jurisprudencial, alguns requisitos de forma devem ser observados como os indicados no § 8º do art. 896 e na Súmula 337 do TST. Ainda no que diz respeito à forma, a Lei 13.015-2014 introduziu novas exigências, previstas no §1º-A do art. 896, que a rigor, já eram sugeridas pela Instrução Normativa 23 do TST, editada através da Resolução 118/2003.

Não se adentrará a análise de todas as questões sobre o RR. Embora interessantes, demandariam espaço que os objetivos do presente trabalho não exigem. Não se abordará, por exemplo, as inovações introduzidas pela lei 13.015-2014, notadamente no que diz respeito aos novos requisitos formais mencionados, previstos

---

<sup>153</sup> CLT e legislação complementar em vigor, p. 280.

<sup>154</sup> Somente em 1949, com a lei 861-49, é que o Recurso de Revista passou a ser assim denominado.

no § 1º-A do art. 896, ou sobre o incidente de recursos de revista repetitivos, prescritos nos arts. 896-B e 896-C na CLT.

Quanto aos aspectos históricos do RR, não se irá além do que destacar que as hipóteses de cabimento por violação à Constituição Federal que hoje vimos prescritas no art. 896 da CLT começam a ser delineadas somente em 1988, com a Lei 7.701, de 21-12-1988. A referida Lei, além de inovar nas possibilidades de cabimento do RR por violação de Acordo ou Convenção Coletiva, pois antes só era possível para os casos de violação literal de sentença normativa, cria também a hipótese de cabimento do RR em matéria constitucional, tanto no processo de conhecimento, quanto no processo de execução.

O que se passa a sustentar agora mais objetivamente é que o TST deve aceitar de forma explícita o Recurso de Revista com base em princípios constitucionais, notadamente os de direitos fundamentais, da forma mais otimizada possível. O que pode impedir a admissão do RR nesses casos? Primeiro, uma limitação legal, disposta na alínea “c”, no § 2º e no § 9º do art. 896 da CLT, que só admitem a revista em matéria constitucional na hipótese de afronta “literal” e “direta” da Constituição. Segundo, o posicionamento jurisprudencial anacrônico de um direito gerado sem a perspectiva da doutrina dos direitos fundamentais.

A não admissão do RR por ausência de violação direta e literal à Constituição, sem maiores fundamentações, é farta. Basta uma simples pesquisa no *site* do TST para se verificar como a Corte recusa as revistas por ausência de “violação direta e literal” do texto constitucional, sendo despidendo citar jurisprudência. A doutrina também não oferece muita resistência, entendendo que o acesso ao TST deve ser excepcional. Tudo em nome da celeridade processual.

Essa postura serviu ao direito enquanto as regras de conduta advinham essencialmente da legislação infraconstitucional e a Constituição era vista como um conjunto de normas programáticas à espera da mediação legislativa para a

concretização dos direitos fundamentais nela prescritos. Serviu a um direito onde as normas já vinham prontas, ou quase prontas, no respectivo texto normativo e os princípios eram meros faróis a iluminar o intérprete na sua aplicação.

Porém, diante de uma Constituição invasora, cujos direitos fundamentais possuem eficácia direta e horizontal e exigem a máxima proteção e otimização na sua concretização, essa postura merece reforma. Para um sistema onde os direitos são vislumbrados em dispositivos cujo conteúdo é descoberto através de uma investigação argumentativa racional e a aplicação depende de um procedimento que foge a mera subsunção, aquela postura não pode mais ser mantida. Para um direito baseado em princípios constitucionais, as referidas limitações não são adequadas.

Como se pode verificar do capítulo anterior, nossos tribunais têm admitido recurso com base em violação a princípios constitucionais. No caso do TST, em vários julgados a Corte tem ignorado por completo a exigência da violação “literal” e, em determinados casos, tem contornado a exigência de violação “direta” da Constituição, exigidas para a interposição do RR. A Corte Trabalhista já não consegue resistir à imposição de uma nova realidade, jurídica e social, que obriga a admissão do RR com base em padrões que não estão contemplados no art. 896 da CLT. Essa nova realidade advém da força normativa cada vez mais crescente que os direitos fundamentais vêm adquirindo.

Essa postura do TST não merece crítica, pois vai ao encontro da máxima proteção dos direitos fundamentais. O que é criticável é o TST, em tantos outros casos envolvendo direitos fundamentais, não admitir o RR por ausência de violação “literal” ou “direta” sem dar a fundamentação adequada. Essa prática, além de constituir um artifício que viola a boa-fé objetiva, transforma o sistema recursal em uma espécie de jogo de azar e alimenta a ideia presente entre os práticos do direito, de que o conhecimento do RR é uma questão de sorte.

Para afastar este estigma e manter a coerência do sistema, faz-se necessário afastar-se do ordenamento jurídico qualquer dispositivo que sirva de pretexto para que o julgador recuse a aplicação de um direito fundamental pela mera indicação de que não houve “violação literal” do texto constitucional. Da mesma forma, é necessário que ao negar a admissão de um RR por falta de violação direta, a decisão analise algumas circunstâncias processuais específicas, inerentes aos direitos fundamentais que permitem em alguns casos a admissão do RR, mesmo quando a violação for pela via reflexa.

Com base nessa perspectiva, sustenta-se a necessidade de uma releitura do art. 896 da CLT, especialmente da sua alínea “c” e dos seus § 2º e § 9º, para fins de admissão do Recurso de Revista, especificamente quando ocorrer lesão a direitos fundamentais. Para tanto, propomos seja feita uma interpretação conforme a Constituição dos referidos dispositivos.

Superadas as barreiras impostas nos dispositivos supra citados, principalmente no que diz respeito à literalidade, o caminho para o RR com base em princípios estará alargado e a admissão do RR de Mustafá será muito mais uma questão de argumentação, não de forma.

### **6.1 Das atuais hipóteses de cabimento do Recurso de Revista**

Atualmente, nos termos do art. 896 da CLT com as últimas alterações introduzidas pela 13.015-2014, o Recurso de Revista é cabível (i) nas ações de competência originária das Varas do Trabalho, (ii) contra acórdão de Tribunal Regional do Trabalho (TRT), proferido no julgamento de Recurso Ordinário (RO) ou de Agravo de petição (AP), (iii) nas hipóteses prescritas nas alíneas “a”, “b”, “c” e nos §§ 2º, 9º e 10 do art. 896 da CLT, *in verbis* com nossos grifos:

Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou **afronta direta e literal à Constituição Federal**.

(...)

2º Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de **ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal**.

(...)

§ 9º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por **violação direta da Constituição Federal**.

§ 10. Cabe recurso de revista por violação a lei federal, por divergência jurisprudencial e por ofensa à Constituição Federal nas execuções fiscais e nas controvérsias da fase de execução que envolvam a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), criada pela Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011.

É possível sistematizar essas hipóteses de cabimento, nos seguintes termos:

#### I) **Por divergência jurisprudencial:**

a. (Alínea “a”) **Nos processos de conhecimento de rito ordinário**, contra acórdão de Tribunal Regional do Trabalho (TRT), no julgamento de Recurso Ordinário (RO), por divergência na interpretação de dispositivo de lei federal com:

- i. Acórdão de OUTRO TRT;
- ii. Acórdão da SDI do TST;
- iii. Acórdão da SDI do TST;
- iv. Orientação Jurisprudencial (OJ) do TST;

v. Súmula do TST;

vi. Súmula Vinculante do STF.

b. (Alínea “b”) **Nos processos de conhecimento de rito ordinário**, contra acórdão de Tribunal Regional do Trabalho (TRT), no julgamento de Recurso Ordinário (RO), por divergência na interpretação de dispositivo de lei Estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, nas mesmas hipóteses acima elencadas;

c. (§ 9º) **Nos processos de conhecimento de rito sumaríssimo**, contra acórdão de Tribunal Regional do Trabalho (TRT), no julgamento de Recurso Ordinário (RO), por divergência com:

i. Súmulas do TST;

ii. Súmulas vinculantes do STF;

d. (§ 10) **Nos processos de execução fiscal e em controvérsias da fase de execução** envolvendo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), contra acórdão de TRT, no julgamento de AP.

## **II) Por violação de dispositivo normativo federal ou constitucional:**

a. (Alínea “c”) **Nos processos de conhecimento de rito ordinário**, contra acórdão de TRT, no julgamento de RO, proferido:

i. Com violação literal de disposição de lei federal,  
ou

ii. Com afronta direta e literal à Constituição Federal

b. (§ 2º) **Nos processos de execução de sentença e eventuais incidentes na fase da execução**, contra acórdão de TRT, no julgamento de AP, na proferido:

i. Com ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal;

c. (§ 9º) **Nos processos de conhecimento de rito sumaríssimo**, contra acórdão de TRT, no julgamento de RO, proferido:

i. Com violação direta da Constituição Federal.

d. (§ 10º) **Nos processos de execuções fiscais e nas controvérsias da fase de execução** que envolvam a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), contra acórdão de TRT, no julgamento de AP, proferido:

i. Com violação a lei federal

ii. Com ofensa à Constituição Federal.

Conforme esclarecido acima, esse trabalho focará somente as hipóteses de cabimento do RR com fundamentação em afronta, ofensa ou violação à Constituição Federal. As demais hipóteses não serão analisadas, salvo na medida do necessário em que servirem à argumentação do que vamos sustentar: que as limitações impostas pela alínea “c”, e pelos §§ 2º e 9º do art. 896 da CLT são inadequadas e, portanto, inconstitucionais, merecendo uma interpretação conforme a Constituição para possibilitar uma discussão honesta sobre os direitos fundamentais. É o que se passa a defender.

## **6.2 Da necessidade de superação da interpretação literal para possibilitar a maximização dos direitos fundamentais**

A doutrina juslaboral conforma-se com a restrição de admissão do RR apenas para os casos onde houver violação “literal” da Constituição, não fazendo maiores considerações, nem mesmo no que diz respeito aos direitos fundamentais, sejam eles regras ou princípios constitucionais.

Amauri Mascaro Nascimento, por exemplo, entende que a interpretação à admissão do RR deve ser restritiva, asseverando que a “violação deve ser literal, categórica, clara”. Da mesma forma, entende que a violação deva ser direta, alertando

que “há princípios constitucionais que podem ser afrontados por decisões judiciais embora não diretamente. A prudência do magistrado será fator decisivo para razoável apreciação de cada caso.”<sup>155</sup>

Mauro Schiavi, quanto à questão da literalidade, compartilha do mesmo entendimento afirmando que “a exigência de que a violação seja literal dificulta o conhecimento do recurso de revista, fortalecendo a decisão de segundo grau, bem como a celeridade na tramitação processual.”<sup>156</sup> Não é diferente o magistério de Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa que também são categóricos em afirmar que a ofensa do texto normativo constitucional deve ser em afronta “à letra da lei, expressa e direta”, devendo essa violação “ser clara, evidente, flagrante: mera interpretação de texto legal, ou sua má compreensão, não abrem margem ao conhecimento do recurso de revista pela letra *c* do art. 896”.<sup>157</sup>

Manoel Antonio Teixeira Filho, após rápida análise sobre o conceito de interpretação literal, não discorda dos doutrinadores já citados, afirmando que a revista, com fundamento na alínea “c” do art. 896 da CLT, só cabe quando a violação for “manifesta, inequívoca, perceptível à primeira vista”.<sup>158</sup> Também é esse o pensamento de Ives Gandra da Silva Martins Filho, para quem “Violar a literalidade do preceito é ordenar exatamente o contrário do que ele expressamente estatui”.<sup>159</sup>

O que é, afinal, uma interpretação literal? Lugar comum é afirmar que a interpretação literal, também chamada gramatical, é aquela que se limita a verificar os significados das palavras segundo as regras gramaticais da respectiva língua. Contudo, a experiência mostra que toda interpretação, seja filológica ou não, sempre é afetada em alguma medida pelo contexto e pelos limites de compreensão do intérprete.

---

<sup>155</sup> **Curso de direito processual do trabalho**, p. 740.

<sup>156</sup> **Manual de direito processual do trabalho**, p. 937.

<sup>157</sup> **Direito processual do trabalho**, p. 475-476.

<sup>158</sup> **Sistema dos recursos trabalhistas**, p. 275.

<sup>159</sup> **Manual de direito e processo do trabalho**, p. 338 e 340.

De longa data, o STF considera a interpretação literal “como a de grau mais baixo”.<sup>160</sup> Lembrando que o aforismo “in claris cessat interpretativo” não tem mais aplicação, Carlos Maximiliano afirma que os povos mais atrasados, “de linguagem menos culta, apegam-se aos vocábulos”.<sup>161</sup>

Paulo de Barros Carvalho destaca o desprestígio da interpretação literal, afirmando com certa ironia que, se a mesma prevalecesse como método isolado de interpretação, seria forçoso concluir “que os meramente alfabetizados, quem sabe com o auxílio de um dicionário de tecnologia, estariam credenciados a descobrir as substâncias das ordens legisladas, explicando as proporções do significado da lei.”<sup>162</sup>

Alf Ross, analisando os problemas sintáticos, lógicos e semânticos que uma interpretação gramatical pode envolver, afirma que “a crença numa interpretação literal é uma ilusão” pois a “interpretação se apoia sempre em outros fatores, em particular em conjeturas acerca da ideia, o propósito ou a intenção associados à obra”.<sup>163</sup>

No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Junior afirma que sempre se questionou a legitimidade de uma hermenêutica que buscasse um sentido literal, pois, “uma interpretação literal, que se pretenda capaz de esgotar, eventualmente, o sentido do texto, é ilusória”. Isso porque, sempre, o intérprete se vê obrigado a valer-se de outras técnicas, buscando o sentido contextual da norma. O “método literal, gramatical ou lógico-gramatical é apenas o início do processo interpretativo, que deve partir do texto”, afirma o autor.<sup>164</sup>

Friedrich Muller, manifestando-se especificamente sobre a interpretação constitucional, afirma que a interpretação literal é apenas a “ponta do iceberg”, pois,

---

<sup>160</sup> MS 4090/DF, Tribunal Pleno, rel. Luiz Gallotti, j. 12-09-1957, DJ 12-09-1957, v.u. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82690>>. Acesso em: 18-12-2015.

<sup>161</sup> **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 121.

<sup>162</sup> **Curso de direito tributário**, p. 56.

<sup>163</sup> **Direito e Justiça**, p. 150.

<sup>164</sup> **A ciência do direito**, p. 76.

no caso de norma constitucional, não é o seu teor literal que regulamenta o caso concreto, mas sim o aplicador “providenciando, quando necessário, a sua implementação fática – sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização”.<sup>165</sup> Na prática, afirma o autor alemão, as normas constitucionais não aparecem “como juízos hipotéticos logificados, como ordens idênticas a seu teor literal”, exigindo do intérprete, além dos métodos tradicionais de interpretação, a utilização de “numerosos elementos interpretativos procedentes da realidade social normatizada, que não podem ser extraídos mediante as regras clássicas da interpretação nem do preceito e de seu gênese, nem do contexto sistemático de seu significado”.<sup>166</sup>

No mesmo sentido, o magistério de J.J. Gomes Canotilho que destaca a maior dificuldade na interpretação das normas constitucionais, seja pela sua textura aberta, seja pela sua dimensão política que envolve uma certa leitura moral dos bens e valores da comunidade, seja pela quantidade de métodos interpretativos colocados à disposição do intérprete. Aquele que busca nos textos a solução dos casos envolvendo normas constitucionais “**não sabe nada de direito constitucional**”, arremata Canotilho.<sup>167</sup>

Não se analisará aqui os métodos de interpretação constitucional, além da discussão já feita sobre o princípio da proporcionalidade. Mas é adequado citar que, além dos tradicionais gramatical, lógico, sistemático, histórico, teleológico, novos métodos de interpretação têm surgido todos os dias, como o tópico e o hermenêutico-concretizante, além dos princípios próprios da interpretação constitucional como o da supremacia, da força normativa, da unidade, do efeito integrador, da concordância prática, da máxima efetividade, da proporcionalidade<sup>168</sup>, entre outros. Novamente com Canotilho, “Se abrimos os livros dedicados à metódica e metodologia, em vez de

---

<sup>165</sup> **Metodologia de direito constitucional**, p. 54-55.

<sup>166</sup> **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturante**, p.19-20.

<sup>167</sup> **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1119.

<sup>168</sup> Luiz Alberto David Araujo; Vidal Serrano Nunes Junior, **Curso de direito constitucional**, p. 115-128.

aprendermos a resolver os ‘casos constitucionais’ deparamos com uma infinidade de teorias sobre a interpretação do texto constitucional.”<sup>169</sup>

Conforme já ensinava Kelsen<sup>170</sup>, todos esses métodos de interpretação são colocados à disposição do julgador, sem que haja qualquer norma que o obrigue a escolher um ou outro. Eventual erro de julgamento fica por conta do órgão de competência recursal ou através da via rescisória. Isso não significa, por evidente, que o julgador possa “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos arbitrários que neguem totalmente o sentido mínimo do texto<sup>171</sup>. Porém, esperar que ele faça uma interpretação filológica, como se estivesse lendo um livro de literatura, é totalmente incompatível com a hermenêutica constitucional contemporânea.

Assim, pergunta-se: por que restringir o RR àquela espécie de interpretação que praticamente não é usada em matéria constitucional? Por que permitir que um direito fundamental seja violado por outra via interpretativa e não autorizar que a parte lesada recorra dessa arbitrariedade?

Porque existe um apego ao dogma da “interpretação razoável” criado pela doutrina e jurisprudência tradicional. Entretanto, esse dogma foi pensado para um ordenamento onde as normas eram concebidas apenas no padrão de regras prontas, não para um ordenamento que admite os princípios como normas. Para as normas constitucionais a “interpretação razoável” tem sido relativizada, como será visto no item 6.2.5. Como violar literalmente um princípio?

Como já argumentado, é farta a doutrina e a jurisprudência a afirmarem a importância dos direitos fundamentais e da necessidade da sua concretização como forma de estabelecer uma sociedade mais justa, que atenda ao princípio constitucional maior da dignidade humana. Essa proeminência dos direitos fundamentais deriva do próprio fato de estarem prescritos na mais alta Lei do nosso ordenamento, a

---

<sup>169</sup> **Ibid.**, mesma página.

<sup>170</sup> **Teoria pura do direito**, p. 391-395.

<sup>171</sup> Lenio Streck, **Hermenêutica jurídica e(m) crise ...**, p. 166-167.

Constituição Federal. Como visto também, a maioria dos direitos fundamentais são configurados como princípios. Essa configuração não depende unicamente da textura do respectivo dispositivo ou dispositivos onde esses direitos são encontrados, mas também das possibilidades interpretativas que deles possam decorrer.

Enquanto princípios jurídicos, os direitos fundamentais podem não apresentar essa clareza e o texto constitucional geralmente carece de uma interpretação mais complexa, com a ponderação de outros princípios que poderão ser sopesados no caso concreto ou com as limitações que a realidade do caso apresentar, permitindo ao intérprete o uso das mais variadas possibilidades interpretativas na busca de um sentido a ser atribuído ao dispositivo invocado. É o caso, por exemplo, do direito à não discriminação que se encontra tanto no inciso IV do art. 3º, quanto no caput do art. 5º da Constituição Federal. Embora seja possível abstrair dos referidos dispositivos o comando de que a discriminação é vedada em nosso ordenamento, não seria possível dizer previamente quais as hipóteses fáticas que se enquadram nessa proibição. Em contrapartida, é possível imaginar várias hipóteses onde a discriminação teria que ser tolerada em alguma medida para permitir a sobrevivência de liberdades fundamentais constitucionais, como, por exemplo, a liberdade à livre associação (inciso XVII), a liberdade ao trabalho (inciso XIII), ou a liberdade religiosa (incisos VI e VIII), para citar apenas alguns direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal. São direitos que podem colidir entre si e que, no caso concreto, podem ceder reciprocamente à aplicação do outro, sem que isso signifique a sua exclusão do ordenamento.

Nos exemplos citados, os tribunais superiores decidiram com base em princípios constitucionais e, em todas as questões, não se serviram da mera interpretação gramatical do texto constitucional para chegar à regra individual do respectivo caso concreto. Isso porque o suporte fático abstrato, ou seja, a hipótese sobre a qual a norma iria incidir, não se encontrava pronta no texto. Foram necessárias atividade mental e argumentação mais exaustivas, para se chegar à conclusão de que o direito invocado estava protegido pela norma constitucional analisada.

Em razão da densidade do texto constitucional, falar em interpretação literal é reduzir sobremaneira as possibilidades de alcance da norma constitucional e, conseqüentemente, reduzir as possibilidades de maximização dos direitos fundamentais, notadamente quando forem eles consubstanciados em princípios.

O que fica claro é que nos casos envolvendo princípios constitucionais a mera interpretação gramatical, se não é uma ilusão como afirma Alf Ross<sup>172</sup>, é fato que raramente acontece. Portanto, restringir o RR somente aos casos em esse for o único método de interpretação utilizado diminui excessivamente as possibilidades de concretização dos direitos fundamentais, afetando desproporcionalmente o comando de maximização desses direitos.

Como é fato que os aplicadores não se limitam à interpretação literal do texto normativo, o que se verifica na prática é que a admissão do RR acaba se transformando numa questão de sorte: a depender do julgador que ficar responsável pelo recebimento ou conhecimento do RR, será ou não invocada a ausência de violação literal na decisão.

Tome-se como exemplo os inúmeros casos envolvendo a redução do intervalo intrajornada através de negociação coletiva. Atualmente a matéria encontra-se sumulada, o que possibilita o RR nas ações de rito ordinário e sumaríssimo quando as instâncias ordinárias autorizarem a redução do intervalo. Porém, antes da edição da Súmula 437 do TST, isso não ocorria. A regra que hoje é estampada da referida súmula, segundo se verifica dos respectivos precedentes, advém da interpretação do art. 7º, XXII<sup>173</sup> da CF. Esse dispositivo era invocado antes da Súmula para fundamentar as revistas em ações de rito sumaríssimo. Contudo, era comum a revista não ser admitida por inexistência de violação “literal”. Eis algumas ementas nesse sentido, *in verbis*:

---

<sup>172</sup> **Direito e Justiça**, p. 150.

<sup>173</sup> CF, art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO/SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. Embora a decisão esteja em contradição com a jurisprudência iterativa e notória deste TST (OJ n.º 342 da SBDI-1), o fato é que não é possível divisar a existência de violação literal a nenhum dos dispositivos constitucionais indicados na Revista e, assim, processar o Apelo com base no art. 896, § 6.º, da CLT. Agravo de Instrumento não provido. (AIRR - 96240-93.2009.5.11.0005 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 06/04/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011).

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE - RITO SUMARÍSSIMO - INTERVALO INTRAJORNADA - REDUÇÃO - PAGAMENTO. Em se tratando de recurso de revista interposto em processo submetido ao procedimento sumaríssimo, não há como se investigar a ocorrência de ofensa a preceito infraconstitucional, ou mesmo de cizânia jurisprudencial. Não há como se investigar a ocorrência de contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 307 do TST, pois se trata de rito sumaríssimo. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 352 da SBDI-1. Recurso de revista não conhecido. (...) INTERVALO PARA REFEIÇÃO E DESCANSO - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE AJUSTE PREVENDO A REDUÇÃO. Por violação de preceito constitucional e por divergência de teses o recurso de revista não desafia conhecimento, em face de o processo estar submetido ao rito sumaríssimo. De outro giro, o princípio da legalidade, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal é amplo, genérico e, portanto, não desafia o conhecimento do apelo por sua literal violação. Recurso de revista não conhecido. (...). (RR - 133300-77.2005.5.15.0022 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 07/12/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/12/2010).

O que resta é que a violação “literal” acaba servindo de desculpa para quando o tribunal não quer admitir o RR ou para quando o julgador não quer ou não sabe além do raciocínio básico da subsunção. Essa prática, além de ser intelectualmente desonesta, afronta o princípio da fundamentação substancial prescrito no art. 93, IX da CF, compromete a integridade do direito, desprestigia os julgadores trabalhistas e desprotege os direitos fundamentais.

É por isso que a limitação da violação “literal” deve ser superada, em nome da boa hermenêutica e da integridade do direito. Essa superação deve ocorrer tanto porque os dispositivos estão em confronto com a Constituição Federal, quanto porque eles estão em contradição com o próprio sistema processual vigente.

### **6.2.1 Da inadequação da exigência de interpretação literal diante da necessidade de se maximizar a proteção aos direitos fundamentais**

Se uma pessoa tem o direito de chegar a determinado lugar e existem três caminhos de acesso, fechar um ou dois deles significa restringir o seu direito. Tratando-se de direitos fundamentais, fechar definitivamente todos os caminhos é considerado inaceitável, pois importaria em retrocesso dos direitos conquistados. A restrição dos direitos fundamentais, embora possa ocorrer, exige uma justificativa muito forte que demonstre que a medida restritiva era de tal importância que a proporção do direito restringido foi de alguma forma compensado pela promoção de outro direito fundamental.

A partir da ideia de que os direitos fundamentais dispostos na Constituição, sejam eles regras ou princípios, são fundamentos da sociedade, tanto que colocados no “lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”<sup>174</sup>, é necessário concluir que a eles deve ser dispensada a máxima proteção. Além disso, atendendo ao comando constitucional de que devem ser otimizados, é necessário concluir que qualquer regra que restrinja esse direito de proteção deva encontrar fundamento em um princípio constitucional cuja prevalência resultou na sua restrição. Se assim não foi, a regra é, em alguma medida, inconstitucional.

Não é sistematicamente coerente que um ordenamento retire dos seus mais importantes direitos o maior grau de proteção que o próprio ordenamento oferece. Isso denota o que Bobbio chama de antinomia teleológica caracterizada pela existência de “um conflito entre a norma que prescreve o meio para atingir o fim e aquela que prescreve o fim, de forma que, se eu aplico a norma que prevê o meio, não

---

<sup>174</sup>J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 377.

posso atingir o fim, e vice-versa”<sup>175</sup>. Enquanto a Constituição determina que se protejam ao máximo os direitos fundamentais, a CLT restringe essa proteção.

A alínea “c” e o § 2º do art. 896 da CLT são regras que restringem o cabimento do RR, em matéria constitucional, apenas aos casos onde ocorrerem violação “literal” da Constituição Federal. Essa restrição, entretanto, é inconstitucional, pois reduz o direito de proteção aos direitos fundamentais sem, contudo, *atingir qualquer propósito*. Em síntese: *a restrição à interposição do RR para as causas de processo de conhecimento de rito ordinário e de execução de título executivo judicial, prescrita nos dispositivos mencionados, no que diz respeito à matéria constitucional, é inconstitucional quando envolver direitos fundamentais*.

Essa restrição, com efeito, não passa pelo teste da máxima da proporcionalidade, seja pela fase da adequação, da necessidade ou da proporcionalidade em sentido estrito, destacando-se novamente que a observância na ordem das fases é de extrema importância<sup>176</sup>. Essa inconstitucionalidade, entretanto, não é total, devendo ser dada aos referidos dispositivos uma interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, para garantir a devida proteção e otimização dos direitos fundamentais.

Não obstante os referidos dispositivos tenham sido criados por lei posterior à Constituição e, portanto, são de presumida constitucionalidade, à época da promulgação da Lei 7.701, de 21-12-1988, a doutrina dos direitos fundamentais não tinha atingido a relevância e aderência que possui atualmente. O legislador certamente não vislumbrava a concepção da eficácia imediata horizontal dos direitos fundamentais, hoje aceita inclusive pelo STF, como demonstrado. Essas premissas são de enorme relevância para qualquer análise que se faça da restrição imposta pelos

---

<sup>175</sup> Norberto Bobbio, **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 95.

<sup>176</sup> Virgílio Afonso da Silva, **O proporcional e o razoável**. In Revista dos Tribunais, n. 798 (2002), pp. 23-50, p. 34.

dispositivos em análise, pois afastam qualquer argumento no sentido de que houve um “silêncio eloquente” da lei<sup>177</sup>.

O argumento que historicamente vem sendo utilizado para restrição do acesso à justiça, notadamente aos tribunais superiores, é o da celeridade processual. Comentando a alteração trazida pela lei 2.244-54, que naquela época suprimiu a violação aos princípios gerais de direito das hipóteses de cabimento do RR, Mozart Victor Russomano<sup>178</sup> anotou, em meados de 1957, que:

Compreendendo, certamente, que o maior defeito do nosso sistema de recursos trabalhistas é a abundância de apelos, a Lei 2.244 restringiu ao máximo os recursos de revista, permitindo maior folga nos serviços do Tribunal Superior e imprimindo maior celeridade na solução imediata dos litígios laborais.

A doutrina contemporânea não mudou esse discurso. Embora seja um princípio constitucional, atualmente positivado no art. 5º, LXXVIII da CF, a celeridade processual vem sendo tratada quase que como uma regra constitucional, tanto que, em seu nome, tem-se superado qualquer outro princípio constitucional. Esse entendimento certamente é equivocado, principalmente no que diz respeito aos demais direitos fundamentais com os quais a celeridade processual deve ser ponderada.

Embora esse comentário pareça conflitar com o presente trabalho, na verdade ele serve para demonstrar que é antigo o argumento de que é necessário restringir as hipóteses de recursos aos Tribunais Superiores por questões de celeridade processual. Embora para outros direitos essa restrição possa ser aceitável, no que diz respeito aos direitos fundamentais deve ser eliminada, pois contraria todo o ordenamento constitucional, não apenas o direito de acesso à justiça.

Verificando a **adequação** da medida restritiva, avalia-se se o propósito das regras em análise, qual seja, promover a celeridade processual aos

---

<sup>177</sup>Karl Larenz, *Metodologia de la ciência del derecho*, p. 292.

<sup>178</sup> *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 1957, p. 1405.

processos trabalhistas, evitando um prolongamento indefinido das lides, é atingido em alguma medida. Pode-se concluir, em um primeiro momento, que sim, que restringir os recursos ao TST na forma prescrita nos dispositivos contribui para a celeridade processual já que, quanto menos processos para julgar, mais rápidos serão os julgamentos na Corte Superior. Além disso, aqueles processos cujas revistas não forem recebidas, também se encerrarão antes. Portanto, a medida restritiva seria adequada, mesmo que minimamente.

No entanto, o que se tem verificado é que tal medida não tem resultado em maior celeridade processual, pois o número de processos só tem aumentado e o tempo de duração dos feitos não vem diminuindo graças a esse expediente processual. Apenas recentemente, com medidas de ordem extraprocessual (conscientização, semana da conciliação, implantação do Processo Judicial Eletrônico, por exemplo), é que o tempo de resolução das lides trabalhistas tem diminuído. Isso demonstra que a celeridade processual demanda outros tipos de solução, que não a simples proibição do RR com base em determinada forma de interpretação. Por outro lado, não há estatísticas ou outro estudo demonstrando objetivamente que a medida efetivamente contribui para a celeridade processual.

Além disso, particularmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, como segue melhor argumentado abaixo, o STF vem conhecendo de RE com fundamento em direitos fundamentais, notadamente configurados em princípios, e em matéria trabalhista. Significa dizer que o jurisdicionado que tiver negada a admissão do RR pelo fundamento de que a ofensa do acórdão regional não foi literal, poderá recorrer ao STF e, demonstrando a repercussão geral da questão levantada, terá o seu recurso analisado. Ou, alternativamente, poderá aguardar o trânsito em julgado e ajuizar uma ação rescisória com fundamento no princípio violado<sup>179</sup>. Isso demonstra que, além de contrariar o comando de maior proteção e de otimização dos direitos fundamentais, a restrição acaba entrando em conflito com o próprio objetivo

---

<sup>179</sup> Conforme segue comentado no item 6.2.5, a jurisprudência, desde o STF, tem admitido a ação rescisória por violação a princípios constitucionais.

pretendido pela medida restritiva, isto é, promover a celeridade processual. Ou seja, o sistema está contribuindo com a morosidade processual, especialmente em relação aos direitos mais importantes do ordenamento.

Assim, a medida restritiva é **inadequada**, pois não promove a celeridade processual. Portanto, é inconstitucional. Note-se que o argumento da inadequação só é válido para os direitos fundamentais configurados em princípios. A restrição pode ser adequada para outras espécies de direitos configurados em regra onde a interpretação literal pode ser considerada, de alguma forma a mais correta. Mas não para os direitos fundamentais configurados em princípios.

Por outro lado, mesmo admitindo-se que a medida é adequada, ou seja, que a restrição imposta pelos dispositivos em análise aumenta em algum grau, mesmo que mínimo, a celeridade processual, verificar-se-ia que a medida não é **necessária**. Para essa constatação, a pergunta que deve ser respondida é a seguinte: *existe alguma outra medida que fomente a celeridade processual com a mesma eficiência que a restrição imposta pelos dispositivos em análise e que seja menos gravosa aos direitos fundamentais colidentes?*

Na análise da necessidade a desproporcionalidade da restrição fica mais evidente, pois existem elementos muito mais concretos que demonstram que outras medidas seriam mais eficientes para promover a celeridade processual e que agrediriam muito menos a proteção aos direitos fundamentais. Nessa perspectiva é possível citar as recentes alterações da CLT, introduzidas pela lei 13.014-2014, que instituiu no âmbito do processo do trabalho o incidente dos recursos repetitivos (art. 896-B e 896-C da CLT) e obriga os Tribunais Regionais a uniformizarem sua jurisprudência (art. 896, §s 3º a 6º da CLT). Ambos os institutos já receberam atenção especial do TST através do Ato 491/2014, onde a Corte estabelece o procedimento para os casos de multiplicidade de recursos de revista e à uniformização jurisprudencial.

Fora do âmbito normativo, é possível citar o aumento de campanhas de conscientização e de estímulo à conciliação, que já são promovidas pela Justiça do Trabalho e cujos dados estatísticos demonstram claramente terem resultado em uma efetiva promoção da celeridade processual. Outra medida, que já demonstrou resultar em maior celeridade processual é o aumento nos investimentos de informatização dos processos que, segundo levantamento do próprio TST, tem reduzido substancialmente o tempo de tramitação dos processos<sup>180</sup>. Outra alternativa, mais pragmática, seria a contratação de mais funcionários para auxiliar os Ministros do TST, já que existe a limitação constitucional de 27 Ministros no TST, prevista no art. 111-A da Constituição Federal.

Outra providência que poderia ser tomada, com menor violência aos direitos fundamentais, seria a regulamentação da transcendência no RR, prevista no art. 896-A da CLT, que o STF já disse ser constitucional e de competência interna do próprio TST<sup>181</sup>. Essa última medida, embora também possa ser questionável a depender dos limites que venha impor aos direitos fundamentais que sempre clamam maior proteção, seria ao menos sistematicamente mais coerente do que a atual restrição imposta pelos dispositivos em análise, desde que sejam resolvidas as demais incongruências que seguem abaixo indicadas.

Todas essas alternativas, além de demonstrarem que o problema da celeridade processual é também um problema de gestão, são menos gravosas aos direitos fundamentais e fomentam a celeridade processual de forma muito mais eficiente do que aquela promovida pela restrição imposta pelos dispositivos em análise. Convém destacar que essas possibilidades fáticas e jurídicas, inexistiam à época da confecção das medidas restritivas contidas na alínea “c” e o § 2º da CLT. Mas atualmente estão à disposição do Estado e se mostram mais eficientes.

---

<sup>180</sup> Segundo o Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2014 (Ver especialmente o item 3.6. – Resíduo), houve uma redução de 13,2% no resíduo de primeira instância, considerando as fases de conhecimento e de execução. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/887f0a39-0471-45da-9bd5-1fcc72ab3a1b>>. Acesso em: 29-10-2015.

<sup>181</sup> STF-ADIMC 2.527/DF, Pleno, rel. Min. Ellen Grace, DJ, 23/11/2007, v.u. No v. acórdão o STF reconheceu que (1) o art. 896-A é constitucional e (2) a regulamentação pode ser feita pelo próprio TST, através de regras regimentais da própria Corte Trabalhista.

Considerando, hipoteticamente, que a medida tivesse sido considerada adequada e necessária, o que não ocorreu, mas apenas para esgotar toda a argumentação, saltar-se-ia para a terceira fase da proporcionalidade, adentrando a análise da **proporcionalidade em sentido estrito**. Nessa fase, há que verificar se as possibilidades jurídicas permitem a restrição imposta pelos dispositivos em análise. Essas possibilidades jurídicas são verificadas através da ponderação dos princípios envolvidos no debate, no caso o princípio da celeridade processual, que foi a base para a criação da medida restritiva e o princípio da proteção dos direitos fundamentais, que decorre do sistema constitucional que coloca os direitos fundamentais no seu mais elevado nível normativo. Outros princípios poderiam ser invocados, como o acesso à justiça. No entanto, o sopesamento se limitará aos dois princípios apontados.

Seguindo os três “passos” da fase da ponderação, indicados por Robert Alexy<sup>182</sup>, temos que avaliar (i) o grau de afetação do princípio restringido, (ii) a importância da satisfação do princípio colidente promovido e (iii) se essa importância justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio, lembrando que “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”<sup>183</sup>.

A ideia central da ponderação de princípios, como última fase da proporcionalidade, é verificar se a satisfação de um, não está afetando em demasia o outro, ou outros, princípios envolvidos no caso concreto. No caso, a satisfação do princípio da celeridade processual através da restrição imposta pelos dispositivos em análise, resulta na impossibilidade de se recorrer ao TST quando uma decisão violar um direito fundamental configurado em princípio.

Como visto, a maioria dos direitos fundamentais são configurados em princípios. Portanto, a promoção do princípio da celeridade processual pelo meio previsto na alínea “c” de § 2º do art. 896 da CLT, tem como custo eliminação da

---

<sup>182</sup> **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 593-594.

<sup>183</sup> *Idem*, **Derecho y razón práctica**, p. 19.

possibilidade de recorrer ao TST com base em quase todos os direitos fundamentais. Essa ideia contraria o propósito maior da Constituição de promover a maximização dos direitos fundamentais e é por isso que a melhor interpretação é a de que o princípio da proteção dos direitos fundamentais deve prevalecer sobre o da celeridade processual, o que culmina com a exclusão da restrição analisada.

Não fosse a desproporcionalidade acima indicada, existem incoerências de ordem sistemática pelas quais a restrição imposta pelos dispositivos celetistas em comento deve ser afastada. São essas incoerências que se passa a analisar.

### **6.2.2 A incoerência sistemática 1: não existe restrição legal para a interpretação**

Já foi argumentado que não existe uma regra que obrigue o julgador a adotar um determinado método de interpretação. Dizer que é uma escolha que fica a critério do intérprete talvez seja equivocado, afinal sempre haverá a possibilidade de um controle sobre a interpretação adotada e, conseqüentemente, sobre o respectivo método utilizado. O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, busca reforçar esse controle determinando que as decisões sejam exaustivamente fundamentadas. Essa determinação já existia no art. 93, IX da CF, mas agora foi trazida às minúcias em norma infraconstitucional, provocando manifestações revoltosas por parte de alguns juízes.

No caso da interpretação constitucional, os novos métodos, com novas possibilidades de jurisdição, exigem do julgador atividade cognitiva muito mais complexa do que tradicionalmente se exigia. E a depender do método de interpretação utilizado a decisão judicial será uma ou outra. Se um juiz entender que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata horizontal, partirá de uma premissa, não

somente para julgar, mas para conduzir a instrução processual. Porém, se entender que esses direitos dependem de regulamentação infraconstitucional, sua postura será totalmente diversa.

Ora, podendo o intérprete valer-se de qualquer um dos vários métodos de interpretação à sua disposição (gramatical, lógico, sistemático, histórico, teleológico, tópico, hermenêutico-concretizante, etc.), cuja adoção eventualmente equivocada só encontra reparo em um órgão de competência recursal ou através da via rescisória, não há justificativa jurídica razoável que autorize limitar o recurso previsto em lei somente quando ocorrer um determinado método de interpretação, seja ele qual for.

O que fica claro é que o disposto na alínea “c” e no § 2º do art. 896 da CLT compõe um arcabouço de dispositivos anacrônicos ainda vigentes em nosso ordenamento jurídico, fruto de um direito que não pode mais subsistir diante da nova hermenêutica constitucional. Sua permanência no ordenamento jurídico, sem uma superação expressa e racional, a despeito de conter qualquer atuação interpretativa do julgador, só tem servido à descrença no direito brasileiro.

### **6.2.3 A incoerência sistemática 2: o art. 896 não exige a violação literal da Constituição para o RR em outros ritos processuais trabalhistas**

Para que uma determinada norma permaneça no ordenamento é necessário que ela esteja em sintonia com o sistema jurídico. Essa harmonia depende muitas vezes da interpretação que lhe é dada, posto que o legislador nem sempre prima pela boa técnica na produção normativa.

A alínea “c” e o § 2º do art. 896 da CLT mantêm-se quase que inalterados desde a sua introdução no ordenamento, pela Lei 7.701, de 21-12-1988.

Desde então, várias alterações foram introduzidas no art. 896, acrescentando-se novas hipóteses de cabimento de RR com base em questões constitucionais. Contudo, em nenhuma dessas novas hipóteses o texto normativo faz referência à hipótese de violação “literal” como condição à admissão do RR.

Uma dessas alterações foi feita pela Lei 9.957, de 12-01-2000, que introduziu o rito sumaríssimo no processo do trabalho e acrescentou o § 6º ao art. 896, dispondo que caberia RR nas causas sujeitas aquele procedimento (i) por contrariedade à súmula do TST ou (ii) por “violação direta da Constituição da República”. A Lei 13.015, de 21-07-2014, que transportou a redação do referido § 6º para o § 9º, acrescentando-lhe a hipótese de admissão com base em contrariedade à súmula vinculante do STF, manteve no mais a sua redação original, *in verbis*:

§ 9º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal.

Ou seja, para a interposição de RR nos processos de conhecimento de rito sumaríssimo, em matéria constitucional, não se exige que a violação seja literal. Desta forma, é possível recorrer com base em princípios constitucionais. No entanto, se for uma ação de rito ordinário, a violação ao texto constitucional deve ser literal para que o RR seja admitido. Qual a motivo dessa distinção?

O mesmo ocorreu com as novas possibilidades de RR em matéria de execução, introduzidas pela Lei 13.015/2014. Ao acrescentar o § 10 no art. 896 da CLT, a referida lei criou a hipótese de admissão do Recurso de Revista nas execuções fiscais, *in verbis*:

§ 10. Cabe recurso de revista por violação a lei federal, por divergência jurisprudencial e por ofensa à Constituição Federal nas execuções fiscais e nas controvérsias da fase de execução que envolvam a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), criada pela Lei no 12.440, de 7 de julho de 2011.

Como se observa, não consta do dispositivo a exigência de ofensa literal para eventual interposição do RR. O dispositivo exige apenas “ofensa à Constituição Federal” não exigindo também que essa ofensa seja “direta”<sup>184</sup>. Ou seja, em se tratando de uma execução fiscal, é possível interpor o RR em matéria constitucional mesmo que não ocorra uma violação “literal”. Mas, uma vez diante de uma execução de sentença, referida no § 2º do art. 896, somente se ocorrer ofensa literal ao texto constitucional é que o RR será admitido. Também aqui não se verifica nenhuma motivação jurídica que possa justificar essa diferenciação.

A conclusão inevitável é a de que, em ambos os casos, deve ser estendida a possibilidade de interposição do RR por qualquer espécie de afronta à Constituição, literal ou não, o que implica dizer que o RR deve ser admitido com base em princípios jurídicos de direitos fundamentais.

A jurisprudência do TST vem caminhando nessa direção. Em meados de 2012, o pleno do TST cancelou o item II do enunciado da Súmula 221. A referida Súmula possuía o seguinte enunciado, *in verbis*:

Recurso de revista. Violação de lei. Indicação de preceito. Interpretação razoável. I - A admissibilidade do recurso de revista por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado. II - Interpretação razoável de preceito de lei, ainda que não seja a melhor, não dá ensejo à admissibilidade ou ao conhecimento de recurso de revista com base na alínea "c" do art. 896 da CLT. A violação há de estar ligada à literalidade do preceito.

Com o cancelamento do seu item II, a Súmula 221 ficou assim enunciada, *in verbis*:

---

<sup>184</sup> É interessante observar, mesmo que de passagem, que o § 10 também não exige a violação literal no que diz respeito à lei federal e não limita a nenhuma das hipóteses previstas na alínea “a” do art. 896 a divergência jurisprudencial capaz de ensejar o RR.

Recurso de revista. Violação de lei. Indicação de preceito. A admissibilidade do recurso de revista por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado.<sup>185</sup>

Como se observa, eliminou-se a menção à “interpretação razoável”, o que já retira considerável margem de subjetividade na admissão – afinal, o que é uma interpretação razoável? - e retirou-se também o condicionamento à violação literal do preceito violado como condição para o cabimento do RR.

Entretanto, se a pretensão do TST era a de eliminar a violação literal da Constituição como única hipótese à admissão do RR em matéria constitucional, a mensagem não foi clara e não consta essa discussão dos precedentes da Corte que motivaram a reforma da Súmula 221, sendo que os Tribunais Regionais e a Corte Superior trabalhista continuam a não admitir o RR por ausência de violação “literal” à Constituição.

Outras incoerências que justificam a superação dos limites prescritos na alínea “c” e no § 2º do art. 896 da CLT, com a conseqüente aceitação do RR com base em princípios constitucionais, referem-se aos remédios processuais extremos de correção das decisões judiciais: o Recurso Extraordinário e a Ação Rescisória. Ambos são, hoje, admitidos com base em princípios constitucionais.

#### **6.2.4 A incoerência sistemática 3: o STF admite o Recurso Extraordinário por violação a princípios constitucionais de direitos fundamentais em matéria trabalhista**

Segundo prescreve o inciso III do art. 102 da Constituição Federal, compete ao STF, *in verbis*:

---

<sup>185</sup> Nova redação dada pela Resolução 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

**a) contrariar dispositivo desta Constituição;**

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (grifamos).

Conforme a alínea “a” acima, o Recurso Extraordinário (RE) pode ser admitido quando a decisão judicial de única ou última instância “contrariar dispositivo” constitucional. Tratando-se de Recurso de Revista, a última instância será uma das Turmas do TST uma vez que, desde a Lei 11.496, de 22-06-2007, que alterou o art. 894 da CLT e o art. 3º, III, “b” da lei 7.701, de 21-12-1988, não cabe mais recurso de Embargos para a Seção de Dissídios Individuais do TST por violação de dispositivo de Lei Federal ou da Constituição Federal.

Como se denota do dispositivo constitucional acima destacado, não consta que a violação de dispositivo constitucional, a ensejar o RE, seja literal, sendo cabível sempre que a decisão “contrariar dispositivo” da Constituição, o que permite sua interposição por ofensa a princípios constitucionais.

Sem adentrar aos demais requisitos exigidos à admissão do RE, regulados nos arts. 541 a 546 do CPC de 1973 e nos arts. 1029 a 1042 do CPC de 2015, principalmente a questão da repercussão geral, ficou claro pelos julgados citados no capítulo anterior que o STF tem admitido o RE com fundamento em princípios constitucionais. A doutrina também afirma essa possibilidade, como José Afonso da Silva que diz expressamente que o RE deve ser admitido “não apenas quando contrarie dispositivo, mas também contrarie princípio constitucional”<sup>186</sup>.

Outra constatação que pode ser feita na jurisprudência do STF é a de que a Corte está julgando lides trabalhistas com base em princípios constitucionais de direitos fundamentais. Foi assim no caso “Air France”, analisado no RE 161.243-3 acima citado, onde o princípio da isonomia foi invocado para afastar a discriminação

---

<sup>186</sup> **Comentários contextual à Constituição**, p. 567.

de trabalhador brasileiro em relação a trabalhador estrangeiro, que gerava para este o direito a diferenças salariais<sup>187</sup>.

O referido caso é duplamente interessante porque, além de demonstrar que o STF está admitindo RE por violação a princípios constitucionais, mostra que isso ocorre em relação a lides trabalhistas. Significa dizer que, sendo inadmitido o RR porque não se vislumbrou a mera ofensa literal a um dispositivo constitucional, a parte poderá recorrer à Suprema Corte, o que torna a restrição dos dispositivos celetistas ainda mais descabida. Além de restringir a proteção aos direitos fundamentais, acaba contribuindo para a sobrecarga da Suprema Corte e para a morosidade processual, como já argumentado.

#### **6.2.5 A incoerência sistemática 4: a Ação Rescisória tem sido admitida com base em princípios constitucionais de direitos fundamentais**

Na Alemanha, além da via recursal que permite acesso à mais alta Corte do país, o ordenamento prevê uma ação específica para defender os direitos fundamentais. Trata-se da “Reclamação Constitucional” que é uma ação de competência originária do Tribunal Constitucional Federal e que pode ser ajuizada por qualquer pessoa que tenha sido violada em um direito fundamental. Segundo Leonardo Martins, trata-se de uma “ação constitucional específica, de instância única e subsidiária”, constituindo-se num instrumento excepcional de proteção aos direitos fundamentais, não somente pelo caráter de ação, mas, principalmente, porque admite como legitimado somente a pessoa, física ou jurídica, que for titular de direitos

---

<sup>187</sup> Ver cap. 5.

fundamentais, sendo vedada aos órgãos do Poder Público no uso de suas atribuições e competências.<sup>188</sup>

No Brasil não há um instrumento processual específico para a defesa dos direitos fundamentais. Entretanto, o que se observa é que doutrina e jurisprudência estão evoluindo para adaptar os instrumentos já previstos no ordenamento a essa proteção.

O ordenamento nacional prevê duas vias para reformar uma decisão de mérito definitiva: a via recursal e a Ação Rescisória. A via da Ação Rescisória é medida extrema. É o instrumento processual que mais se aproxima da “Reclamação Constitucional” alemã. Porém, ao contrário da Reclamação Constitucional alemã que é ajuizada diretamente no Tribunal Constitucional, a rescisória é de competência originária dos Tribunais Regionais ou dos Superiores, dependendo de qual órgão proferiu a última decisão afeta ao mérito. Tem como objetivo desconstituir a coisa julgada que, por sua vez, também é um direito fundamental prescrito no art. 5º, XXXVI da CF, juntamente com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Esses três direitos encontram seus conceitos no art. 6º da LINDB, sendo a coisa julgada conceituada no seu § 3º como sendo “a decisão judicial de que já não cabe mais recurso”. A decisão judicial rescindenda deve ser de mérito, como explicita o art. 485 do CPC de 1973 e o art. 966 do CPC de 2015.

Para contextualizar o referido preceito nos objetivos deste estudo, pode-se indagar se a coisa julgada é uma regra ou um princípio jurídico. Tomando-se a “letra da lei”, uma interpretação literal levaria à conclusão de que referido direito constitui uma regra jurídica. Isso porque, segundo expressamente dispõe o art. 5º, XXXVI, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. As características formais e o comando diretamente extraído do dispositivo são imperativos, proibindo que uma lei prejudique a coisa julgada. Contudo, analisando de forma sistemática a CF, constata-se que em vários dispositivos da Carta

---

<sup>188</sup> **Direito Processual Constitucional Alemão**, p. 32.

Maior encontra-se menção à Ação Rescisória como de competência originária de tribunais<sup>189</sup>. A lei infraconstitucional, por outro lado, prescreve várias possibilidades de desconstituir a coisa julgada e os tribunais, além de aumentarem o rol de possibilidades de rescisão, têm relativizado a coisa julgada em alguns casos, mesmo após o prazo decadencial<sup>190</sup>.

Esse conjunto de fatores leva à conclusão de que o mandamento constitucional inscrito no inciso XXXVI do art. 5º da CF, não somente em relação à coisa julgada, mas também ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito, constitui um princípio e não uma regra constitucional, *devendo ser realizado o máximo possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas da nossa realidade*. Não fosse assim, ter-se-ia que considerar inconstitucionais todos os dispositivos infraconstitucionais que possibilitam a revisão da coisa julgada. O mesmo pode ser dito do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

No ordenamento infraconstitucional, o rol de possibilidades e o procedimento legal da ação rescisória está regulado nos arts. 485 a 495 do CPC de 1973. A CLT a menciona no art. 836, remetendo o procedimento ao CPC quase que em sua inteireza. O CPC de 2015 a prevê nos arts. 966 a 975. Trata-se de ação que tem como objetivo desconstituir decisão de mérito transitada em julgado. Não se analisará maiores detalhes da ação rescisória, como o prazo para o seu ajuizamento, que no CPC de 1973 é de dois anos e no CPC de 2015 foi reduzido para um ano<sup>191</sup>, sobre as formalidades na construção da inicial, ou sobre as peças processuais e o depósito, necessários ao ajuizamento, entre outras questões ainda polêmicas na doutrina. Embora interessantes, fugiriam ao propósito do presente trabalho. Analisar-se-á somente a questão envolvendo o cabimento da Ação Rescisória por violação à “literal disposição de lei”, prescrita no art. 485, V do CPC de 1973, *in verbis*, com grifos nossos:

---

<sup>189</sup> Nesse sentido os arts.: 102, I, “j”; 105, I, “e” e 108, I, “b”.

<sup>190</sup> Cf. já citados, nas ações sobre filiação e nas ações de desapropriação que estabelecem indenizações excessivas ou incompatíveis com a realidade dos fatos. Nesse sentido ver STJ-REsp 1163649/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4ª. T., julgado em 16/09/2014, DJe 27/02/2015, v. u.

<sup>191</sup> Art. 495 do CPC de 1973 e Art. 966 § 3º do CPC de 2015.

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

**V - violar literal disposição de lei;**

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

Desde o início a doutrina investiu quanto à extensão da expressão “lei”, afirmando que a mesma deve ser entendida no sentido de *norma jurídica*, incluindo os decretos, as medidas provisórias e também a Constituição Federal. A doutrina já lecionava nesse sentido e o próprio STF há muito acolheu tal posição. Contudo, no que diz respeito à violação ser ou não “literal”, nunca houve unanimidade.

Para Pontes de Miranda, a expressão “literal” deveria ser entendida no sentido amplo, compreendendo qualquer violação ao direito, pois “Longe vai o tempo em que se repetia a cada momento, fechando-se portas à pesquisa do conteúdo das regras jurídicas, o aforismo *in claris non fit interpretativo*”.<sup>192</sup> A violação a que se refere o inciso V do art. 485 do CPC de 1973, diz Pontes de Miranda, pode ser “expressa, consciente, confessada, declarada, ou inexpressa, inconsciente, dissimulada ... ocultada, velada, disfarçada. (...) O que é preciso, para que se componha o pressuposto da rescisão, é a violação em si, a negação do direito, conforme definido”.<sup>193</sup>

<sup>192</sup> **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**, p. 263.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 293.

No mesmo sentido o magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para os quais a Ação Rescisória deveria ser admitida “por desatendimento a texto constitucional expresso, **por princípio constitucional** não positivado ou, ainda, por ofensa ao espírito ou ao sistema da CF.”<sup>194</sup> (grifamos).

A doutrina trabalhista não se manifesta de forma muito forte sobre a Ação Rescisória, remetendo, em sua maioria, à doutrina civilista. Manoel Antonio Teixeira Filho, em sua monografia “Ação rescisória no processo do trabalho”, sem aprofundar na discussão sobre o conceito de interpretação literal, entende que a hipótese de cabimento prevista no art. 485, V do CPC deva ser analisada de forma restritiva. Embora não afirme categoricamente que a violação deva ser literal, diz que a manifestação do legislador do CPC de 1973 “não pode ser considerada como simples afeição a palavras novas e sim como uma irretorquível demonstração de seu propósito de restringir o uso da ação rescisória.”<sup>195</sup> Coqueijo Costa entende de forma diversa no que diz respeito à questão da literalidade. Para ele “o que importa é a violação em si, a negação do direito, que há de ser expresso”<sup>196</sup>, independentemente se essa violação se dá pela via da literalidade.

A jurisprudência criou o entendimento da “interpretação razoável”, tendo o Supremo Tribunal Federal editado a Súmula 343, segundo a qual “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. No mesmo sentido, o TST editou a Súmula 83, segundo a qual “I - Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos Tribunais. (...)”.

Das referidas súmulas denota-se o entendimento de que a ação rescisória somente será aceita quando presente a violação “literal”. Se o texto legal

---

<sup>194</sup> Código de processo civil comentado e legislação extravagante, p. 936-937.

<sup>195</sup> Ação rescisória no processo do trabalho, p. 246.

<sup>196</sup> Direito processual do trabalho, p. 443.

comportar divergência nos tribunais, a rescisória deve ser afastada. Não obstante os julgados de nossos tribunais demonstrem que essa literalidade é sempre controvertida, o sentido “literal” do texto serve como barreira a qualquer entendimento extensivo.

Porém, no que diz respeito à Ação Rescisória fundamentada em violação de norma constitucional, nossos tribunais vêm entendendo que as referidas súmulas são inaplicáveis. As ementas abaixo, de julgados do STF, são suficientes para demonstrar tal entendimento, *in verbis* com nossos grifos:

Ação rescisória. Acidente do trabalho. Trabalhador rural. Ofensa ao art. 165, paragrafo único, da constituição federal. Súmula 343 (inaplicação). A atribuição ou extensão de benefício previdenciário a categoria não contemplada no sistema próprio implica ofensa ao art. 165, paragrafo único, da constituição federal, dado a inexistência da correspondente fonte de custeio total. **A súmula n. 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém, de texto constitucional.** Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 101114/SP, 1ª Turma, rel. Min. Rafael Mayer, j. 12-12-1983, DJ 10-02-1984, v.u.)

Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. **Inaplicabilidade da Súmula 343.** 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do **princípio constitucional do direito adquirido.** 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória. (AgRg no RE 328.812, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10-12-2002, DJ 11-04-2003, v.u.)

Agravo regimental. Processo do trabalho. Ação rescisória. Plano econômico. Urp de fevereiro de 1989. Súmula 343/stf. Indicação expressa do dispositivo violado (oj 34/sbdi-2/tst). Inaplicabilidade. Força normativa da constituição. **1. O Plenário desta Corte chancelou no julgamento do RE 328.812-ED a orientação de afastar a aplicação da Súmula 343/STF,** em face da dissonância da decisão rescindenda com o entendimento deste Supremo Tribunal, e reputar dispensável a referência na petição inicial do art. 5º, XXXVI, diante da clara invocação do aludido princípio constitucional. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AI: 487596 SP, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 15/05/2012, DJe-108 Divulgado em 01-06-2012, Publicado em 04-06-2012)

No mesmo sentido é a jurisprudência trabalhista, aceitando ação rescisória por afronta à Constituição e, nesses casos, não aplicando a Súmula 83. As ementas abaixo demonstram esse entendimento, *in verbis* com nossos grifos<sup>197</sup>:

Recurso ordinário em ação rescisória. estabilidade sindical. Registro do sindicato no ministério do trabalho e emprego. 1. ART. 485, V, do CPC. Violação do art. 8º, I e VIII, da Constituição Federal. Não caracterização. 1.1. À época da prolação da decisão rescindenda, em 26.8.2009, a questão discutida nos presentes autos era objeto de interpretação controvertida perante os Tribunais, situação que atrairia a incidência da Súmula 83, I, do TST. **No entanto, havendo a indicação de violação de preceito da Constituição Federal, afasta-se o óbice do referido verbete.** 1.2. O art. 8º, VIII, da Carta Magna elevou a nível constitucional a garantia provisória de emprego dos dirigentes sindicais, os quais detêm segurança e independência para resguardar os interesses da categoria à qual pertencem, sem que, com isso, se exponham a qualquer excesso do poder diretivo inerente ao empregador. 1.3. Nesse quadro, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a estabilidade sindical, prevista no art. 8º, VIII, da Constituição Federal, sobrevive mesmo quando o sindicato da categoria profissional não está registrado no Ministério do Trabalho e Emprego, não havendo que se falar em vinculação da estabilidade ao efetivo registro. 1.4. Portanto, a garantia provisória de emprego a que faz jus o empregado eleito para o cargo de dirigente sindical não está vinculada à data do registro da entidade junto ao Ministério do Trabalho e Emprego. 1.5. Não configurada a violação dos dispositivos evocados, improsperável o pedido de corte rescisório com fundamento no art. 485, V, do CPC. (...) Recurso ordinário conhecido e desprovido. (RO - 1404-63.2012.5.03.0000 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 03/11/2015, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 06/11/2015)

Recurso ordinário em ação rescisória. Artigo 485, v, do cpc. Estabilidade provisória. Contrato de aprendizagem. Prazo determinado. Indeferimento da indenização. Violação do art. 10, II, B, do ADCT da CF/1988. Configuração. 1. Pretensão rescisória deduzida sob a alegação de violação do art. 10, II, "b", do ADCT da Constituição Federal de 1988. 2. **Estando o pedido de rescisão do julgado amparado em norma constitucional, não incide o óbice ao qual se referem as Súmulas 83, I, do TST e 343 do STF.** 3. No caso, a Autora, admitida pela Ré como menor aprendiz mediante contrato de trabalho temporário, embora gestante, foi dispensada em razão do término do contrato de aprendizagem. 4. A estabilidade provisória da gestante, prevista no art. 10, II, "b", do ADCT da Constituição Federal de 1988, alcança os contratos por prazo determinado. Na verdade, nem a contratação por prazo determinado (contrato de aprendizagem), nem o desconhecimento do estado de gravidez pelo empregador poderá restringir o acionamento da norma do art. 10, II, "b", do ADCT da Carta de 1988. O direito à estabilidade provisória só depende da confirmação objetiva da gravidez da empregada, sendo irrelevante que o empregador desconhecesse tal fato no momento da ruptura contratual. Constatada a gravidez da empregada por ocasião da

<sup>197</sup>Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03-01-2016.

rescisão do contrato de trabalho, deve ser reconhecido o direito à estabilidade provisória, mesmo que se trate de contrato de aprendizagem, por prazo determinado. Portanto, não prevalece a interpretação restritiva dada pelo TRT prolator do acórdão rescindendo, ainda que em conformidade com a jurisprudência do TST à época do julgamento, na medida em que não se coaduna com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO - 24192-52.2013.5.24.0000, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 29/09/2015, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015).

O TST é refratário à utilização da rubrica “princípio” para designar os padrões que adota para decidir, não obstante seus julgados tenham como fundamento dispositivos constitucionais que são princípios, quer pelo critério da generalidade e imprecisão do seu conteúdo, quer porque comportariam a ponderação com outras normas jurídicas em outros casos concretos e, portanto, não podem ser aplicados como se fossem regras jurídicas. É o caso, por exemplo, do direito adquirido mencionado pelo STF na ementa acima citada como “princípio constitucional do direito adquirido”, onde o TST, na sua SDI2, editou a Orientação Jurisprudencial número 34<sup>198</sup>, *in verbis*:

OJ-SDI2-34 AÇÃO RESCISÓRIA. PLANOS ECONÔMICOS (inserida em 20.09.2000). 1. O acolhimento de pedido em ação rescisória de plano econômico, fundada no art. 485, inciso V, do CPC, pressupõe, necessariamente, expressa invocação na petição inicial de afronta ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988. A indicação de ofensa literal a preceito de lei ordinária atrai a incidência da Súmula nº 83 do TST e Súmula nº 343 do STF. 2. Se a decisão rescindenda é posterior à Súmula nº 315 do TST (Res. 07, DJ 22.09.93), inaplicável a Súmula nº 83 do TST.

Nessa linha, são vários os julgados do TST admitindo a rescisão de decisões judiciais por violência a princípios constitucionais, pelos critérios já mencionados.<sup>199</sup> O que interessa demonstrar aqui é que a Ação Rescisória tem sido admitida por nossos tribunais com base em princípios constitucionais ou, se se preferir,

<sup>198</sup>Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/documents/10157/1563615/Livro-versao2014-igual\\_IndRem.pdf](http://www.tst.jus.br/documents/10157/1563615/Livro-versao2014-igual_IndRem.pdf)>. Acesso em: 13-06-2015.

<sup>199</sup> Alguns exemplos, todos da SDI-II: PROCESSO Nº TST-AR-1617-87.2011.5.00.0000, onde se rescindiu julgado por ofensa ao art. 7º, I da CF; PROCESSO Nº TST-RO-3369-79.2010.5.09.0000, onde se rescindiu julgado por ofensa ao art. 7º, XXVI da CF; PROCESSO Nº TST-RO-2872-26.2011.5.02.0000, onde se rescindiu julgado por ofensa ao art. 5º, LIV da CF.

por ofensa a dispositivos constitucionais cuja violação não está ligada à literalidade do texto e que não tem configuração de uma regra constitucional, afastando nesses casos o entendimento sumulado segundo o qual eventual controvérsia na interpretação seria suficiente para afastar a rescisória, como ocorre no caso de norma infraconstitucional.

E por qual razão aplica-se a “interpretação razoável” à norma infraconstitucional e não à norma constitucional? O Ministro do STF Celso de Mello responde nos seguintes termos: “A exegese de preceito inscrito na Constituição da República, muito mais do que simplesmente razoável, há de ser juridicamente correta.”<sup>200</sup> De forma mais didática, Candido Rangel Dinamarco responde nos seguintes termos:

O Supremo Tribunal Federal nega a aplicação de sua Súmula n. 343 em casos de divergência pretoriana em matéria constitucional **porque esse é um imperativo da supremacia da Constituição sobre todas as demais fontes normativas** (...) Diante disso, fechar portas à revisão de decisões que possivelmente hajam transgredido a Constituição Federal seria abri-las à inversão hierárquica das leis, oportunidade para que estas viessem, em casos concretos, a desfrutar de uma condição de supremacia sobre aquela.<sup>201</sup> (grifamos)

Para finalizar esta argumentação, tem-se ainda que o CPC de 2015, em seu art. 966, demonstrando sintonia com a doutrina e jurisprudência, inovou e, ao invés de falar em violação de “literal disposição de lei”, fala em “violiar manifestamente norma jurídica”, *in verbis*, com nossos grifos:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:  
 I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;  
 II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;  
 III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;  
 IV - ofender a coisa julgada;

<sup>200</sup> STF-AI 145680 AgR, rel. Min. Celso De Mello, 1ª Turma, j. em 13/04/1993, DJ 30-04-1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275681>. Acesso em: 16-01-2016.

<sup>201</sup> **Fundamentos do processo civil moderno**, p. 1281-1282.

**V - violar manifestamente norma jurídica;**

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Ou seja, a partir do CPC de 2015, a ação rescisória tem cabimento toda vez que houver violação de “norma jurídica”. Além de eliminar qualquer referência à literalidade do texto, o novo estatuto processual, se não está aderindo expressamente à doutrina que entende que norma é regra ou princípio, está deixando essa possibilidade ao julgador. A “norma jurídica” a que o texto normativo se refere pode ser tanto a de Kelsen, quanto a de Müller, pode já estar contida no texto, ou ser fruto da construção do julgador, abranger somente as regras ou também os princípios. Trata-se de uma nova dimensão interpretativa que se apresenta e que certamente será foco de muitas controvérsias.

Mas o que se pode afirmar com certeza, pautado principalmente na jurisprudência dos Tribunais Superiores, é que a Ação Rescisória é admitida por violação a princípios constitucionais. Assim, encerrando a questão sobre a violação “literal”, por todos os argumentos acima lançados, fica claro que a restrição imposta pela alínea “c” e pelo § 2º do art. 896 da CLT, ao admitir o RR somente em caso de violação “literal” da Constituição, deve ser afastada.

### **6.3 A ofensa direta à Constituição e os direitos fundamentais: a necessidade de repensar um dogma**

Além da questão da ofensa “literal” ao texto constitucional, também a questão da violação “direta” como requisitos para admissão do RR, deve ser revista.

É pacífica a jurisprudência no sentido de que tanto o RE quanto o RR só têm cabimento se a ofensa constitucional invocada for “direta”. Essa ideia tem como finalidade, entre outras, manter a segurança jurídica, evitando que toda e qualquer divergência na interpretação de lei infraconstitucional chegue aos Tribunais Superiores. Afinal, todo texto infraconstitucional guarda necessária relação com os mandamentos constitucionais, seja porque nele foi inspirado, seja porque sob a sua luz deve ser aplicado.

A exigência de violação “direta”, no que diz respeito ao RE, não se encontra no art. 102, III, “c” da CF. Trata-se de conceito que foi construído e consolidado pela jurisprudência da Suprema Corte. Ele é sempre referenciado através da sua Súmula 636 segundo a qual “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Já no que diz respeito ao RR, existem referências expressas na alínea “c” e § 2º do art. 896 da CLT que exigem que a violação constitucional seja “direta” para que a revista seja admitida com base nessa tese. A jurisprudência do TST nesse sentido pode ser representada pelas Súmulas 266 e 442, *in verbis*, com nossos grifos:

SUM-266 RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO DE SENTENÇA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A admissibilidade do recurso de revista interposto de acórdão proferido em agravo de petição, na liquidação de sentença ou em processo incidente na execução, inclusive os embargos de terceiro, depende de demonstração inequívoca de **violência direta** à Constituição Federal.

SUM-442 PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RECURSO DE REVISTA FUN-DAMENTADO EM CONTRARIEDADE A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INADMISSIBILIDADE. ART. 896, § 6º, DA CLT, ACRES-CENTADO PELA LEI Nº 9.957, DE 12.01.2000 (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 352 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, a admissibilidade de recurso de revista está limitada à demonstração de **violação direta** a dispositivo da Constituição Federal ou contrariedade a Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, não se admitindo o recurso por contrariedade a Orientação Jurisprudencial deste Tribunal (Livro II, Título II, Capítulo III, do RITST), ante a ausência de previsão no art. 896, § 6º, da CLT.

Segundo a jurisprudência firmada no STF e seguida pelos demais tribunais, a afronta direta à Constituição ocorre quando o direito que se alega violado está regulamentado por norma infraconstitucional. A questão é conhecida, dispensando maiores comentários. Não obstante, apenas para ilustrar, seguem algumas ementas esclarecedoras, *in verbis*, com grifos nossos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRABALHISTA. EXECUÇÃO. BASE DE CÁLCULO SALARIAL. REFLEXO DE HORAS EXTRAS SOBRE FÉRIAS. COISA JULGADA. ANÁLISE DE MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. **A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivos infraconstitucionais torna inadmissível o recurso extraordinário.** Precedentes: RE 596.682, Rel. Min. Carlos Britto, Dje de 21/10/10, e o AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje de 08/09/10. 2. O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, quando objeto de verificação de cada caso concreto acerca da ocorrência ou não de violação, não desafiam a instância extraordinária, posto implicar análise de matéria infraconstitucional. Precedentes: AI 700.685-AgR, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJe 23.02.2008 e AI 635.789-AgR, Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 27.04.2011. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF-ARE 657355-AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª. Turma, DJe de 01-02-2012).

RESPONSABILIDADE CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGADA OFENSA AO ART. 5º, XXXV E LV - OFENSA REFLEXA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - SÚMULA 636 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS - MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL - AGRAVO IMPROVIDO. I - A alegada violação ao art. 5º, XXXV e LV, da Constituição, pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional. II - O Tribunal entende não ser cabível a interposição de RE por contrariedade ao art. 5º, II, da Constituição Federal, **quando a**

**verificação da ofensa envolva a reapreciação de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo Tribunal a quo.** Incidência da Súmula 636 do STF. III - O Tribunal tem consignado o entendimento de que não cabe recurso extraordinário, por tratar-se de matéria de índole eminentemente infraconstitucional, de discussão sobre responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, por débitos trabalhistas. IV - Agravo regimental improvido" (STF-AI-AgR-660.182/BA, Rel. Min. Ricardo Levandowski, 1ª Turma, DJ de 14/12/07).

Também é firme a jurisprudência formada pelo STF, no sentido de que os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, dos limites da coisa julgada, entre outros, ensejam somente violação indireta. Eis algumas ementas que ilustram esse entendimento, *in verbis* com nossos grifos:

(...) 2. Alegação de ofensa aos **princípios da legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório e ampla defesa** configura, quando muito, **ofensa meramente reflexa às normas constitucionais.** Precedentes; 3. Decisão fundamentada, contrária aos interesses da parte, não constitui ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes; 4. Agravo regimental improvido. (RE 563816 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 26/10/2010, DJe-228 DIVULG 26-11-2010 PUBLIC 29-11-2010 EMENT VOL-02440-01 PP-00128)

(...) 1. Apesar dos argumentos do Agravante, a **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outros,** configuram ofensa reflexa à Constituição da República. 2. Agravo Regimental ao qual se nega provimento" (AI nº 649.191/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 1º/6/07).

Contudo, esse dogma jurisprudencial tem sido questionado e o próprio STF já deu sinais de relativização. Nos autos do RE 398407<sup>202</sup>, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma consignou que **“Não se coaduna com a missão precípua do Supremo Tribunal Federal, de guardião maior da Carta Política da República, alçar a dogma a assertiva segundo a qual a violência à Lei Básica, suficiente a impulsionar o extraordinário, há de ser frontal e direta”**,

<sup>202</sup> STF-RE 398407, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 21/09/2004, DJ 17-12-2004, v. u. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261744>. Acesso em: 19-01-2016.

devendo ser analisado, sempre, o caso concreto. O v. acórdão ficou assim ementado, *in verbis* com grifos nossos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - DEVIDO PROCESSO LEGAL - VIABILIDADE. **Caso a caso, o Supremo Tribunal Federal deve perquirir até que ponto o que decidido pela Corte de origem revela inobservância ao devido processo legal.** Enfoque que se impõe no que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal remete, necessariamente, a normas estritamente legais. Cabimento do extraordinário em hipóteses em que, mesmo diante de embargos declaratórios o órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista deixou de examinar matéria de defesa. **Não se coaduna com a missão precípua do Supremo Tribunal Federal, de guardião maior da Carta Política da República, alçar a dogma a assertiva segundo a qual a violência à Lei Básica, suficiente a impulsionar o extraordinário, há de ser frontal e direta.** Dois princípios dos mais caros nas sociedades democráticas, e por isso mesmo contemplados pela Carta de 1988, afastam esse enfoque, no que remetem, **sempre, ao exame do caso concreto, considerada a legislação ordinária** - os princípios da legalidade e do devido processo legal. EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO. Uma vez constatado o silêncio sobre matéria de defesa, impõe-se o acolhimento dos declaratórios. Persistindo o órgão julgador no vício de procedimento, tem-se a transgressão ao devido processo legal no que encerra garantia assegurada, de forma abrangente, pela Carta da República - artigo 5º, inciso LV.

Comentando a referida decisão, Gilmar F. Mendes e Lenio Streck afirmam que a mesma possui forte conteúdo hermenêutico, pois destaca a importância do caso concreto na análise da questão constitucional. Em outros termos, casos há em que, mesmo diante de uma afronta à norma infraconstitucional, o acesso à Suprema Corte deve ser admitido. Embora a regra é de que a afronta deve ser direta, dependendo do caso “mormente nesta era chamada de “principiológica” – podem conduzir ao conhecimento de recursos extraordinários fundados na violação dessa densa principiologia que conforma nosso sistema jurídico.”<sup>203</sup>

Essa nova perspectiva exposta pelo próprio Supremo, decorre daquilo que se tem verificado nos vários julgados citados neste trabalho: **a força normativa da Constituição e especialmente a força normativa concedida aos direitos fundamentais com a eficácia imediata, transformaram o direito brasileiro,**

<sup>203</sup> Gilmar F Mendes e Lenio Streck, *In* J.J. Gomes Canotilho (et al.) *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1386.

**exigindo uma releitura de todos os seus dogmas, de forma a adequar-se à ideia da máxima proteção desses direitos.**

A eficácia direta dos direitos fundamentais, a constitucionalização dos direitos, os novos métodos de interpretação constitucional, notadamente a interpretação conforme a Constituição, remetem as normas infraconstitucionais a um enfoque diferente daquele concebido pelo direito tradicional. É possível vislumbrar várias situações que demandariam a análise da legislação infraconstitucional, mas que, a depender da decisão judicial, consubstanciariam ofensa à Constituição. Alguns exemplos ajudam a explicar.

O art. 821 da CLT traz a regra segundo a qual, nas ações trabalhistas de rito ordinário, cada parte pode ouvir até 03 testemunhas. Se um julgador indefere a oitiva da 3ª testemunha do autor por entender desnecessária e depois julga a ação improcedente por falta de provas, estaríamos diante do cerceamento de defesa, mas a violação seria infraconstitucional porque a decisão teria contrariado o dispositivo infraconstitucional mencionado. O autor irá recorrer alegando cerceamento de defesa, mas sua argumentação deverá ser em torno da regra prevista na CLT, ou seja, por violação de lei infraconstitucional.

No entanto, se o julgador indefere o pedido da parte de oitiva de uma quarta testemunha, alegando que a regra infraconstitucional só permite a oitiva de três testemunhas, e depois julga improcedente a ação por falta de prova - prova essa que seria feita com a oitiva da quarta testemunha -, o autor não poderá alegar que o juiz descumpriu a regra. Se quiser reformar o julgado terá que alegar cerceamento de defesa diretamente com fundamento na Constituição. Seria possível invocar a interpretação conforme a Constituição para que, no seu caso, seja ouvida a quarta testemunha, demonstrando que as circunstâncias fáticas exigem tal exceção, sob pena do perecimento do seu direito material em decorrência de uma regra que não vislumbrou a possibilidade de um caso onde fosse necessária a oitiva de mais de três testemunhas. É possível vislumbrar casos que demandem mais do que três

testemunhas, especialmente com as novas competências da Justiça do Trabalho decorrentes da EC 45.

A verificação deve ser feita através da regra ou princípio da proporcionalidade, onde se verificará que se a regra prevista na CLT que limita o número de testemunhas, está em sintonia com o ordenamento constitucional e se está atendendo ao comando da maximização da proteção dos direitos fundamentais, **no caso concreto**. É provável que se verifique que ele não atende a esse comando e que seria necessária uma interpretação no sentido de que, quando o juiz verificar necessidade real de ouvir mais do que três testemunhas, ele deve fazê-lo.

Outro exemplo. Se um juiz indefere o pedido de prazo para réplica, sob a fundamentação de que inexistente no processo trabalhista previsão de réplica e por entender que os arts. 326 e 327 do CPC de 1973<sup>204</sup> são inaplicáveis às lides trabalhistas, e isso resulta em prejuízo ao direito do autor. Desta forma, o autor poderá invocar cerceamento de defesa e do contraditório com fundamento direto na Constituição, pois no caso não há regra explícita na CLT, embora haja previsão no CPC que deveria ser aplicado subsidiariamente por força do art. 769 da CLT.

Nesses casos, onde a CLT foi insuficiente à proteção do direito e, mesmo fazendo tal constatação, o juiz nega o pedido sob o fundamento de que a “regra da CLT é essa” ou de que “não há regra na CLT sobre isso”, o problema está no ordenamento infraconstitucional, mas a solução só pode ser encontrada na Constituição. Trata-se de uma violação constitucional direta ou indireta? Entendendo-se que a constatação da violação teve como pressuposto a análise do ordenamento infraconstitucional, ela será indireta. Porém, admitindo-se que essa análise só se tornou possível por conta de uma nova perspectiva de direito que surge entre nós após a Constituição de 1988, então será forçoso admitir também que a lesão constitucional indireta, em alguns casos, deve ser analisada da mesma forma como a afronta direta. De outra forma, estaremos ignorando a lesão à Constituição, ignorando a

---

<sup>204</sup> Correspondentes aos arts. 350 e 351 do CPC de 2015, que aumentaram o prazo de réplica para 15 dias.

concretização dos direitos fundamentais e ignorando os recursos que o sistema jurídico constitucionalizado coloca à disposição para a solução do caso concreto onde direitos fundamentais estejam sendo agredidos. Esses recursos podem ser tanto a interpretação conforme a Constituição a casos que o legislador não vislumbrou ocorrer quando confeccionou a regra infraconstitucional, quanto a aplicação direta dos direitos fundamentais.

Sob essa ótica, a violação “direta” ou “indireta” da Constituição dependerá da verificação se a questão é de cumprimento ou descumprimento das regras da CLT e se, no caso concreto, a parte não está tendo o seu direito fundamental cerceado por uma regra que se mostre desproporcional, seja por excesso ou insuficiência de proteção.

Existe, porém, outro aspecto que permite afirmar que a ideia de violação “direta” à Constituição, como possibilidade de admissão do RR, não é adequada ao novo direito: as alterações legislativas ocorridas principalmente após os anos 2000, transformaram o sistema recursal trabalhista em um imbróglio processual que torna incompatível a exigência de ofensa “direta” a Constituição para a admissão do RR em determinados casos.

Explica-se: a legislação concede ao TST a competência para revisão de julgados em matéria relativa à lei federal e constitucional; contudo, dividiu as possibilidades de RR de acordo com o valor da causa ou o rito processual, como se o julgador pudesse violar a lei em um rito e não em outro. Se uma decisão, mantida nas instâncias ordinárias, viola dispositivo de lei federal no rito ordinário, a parte poderá interpor RR. No entanto, com o mesmo objeto, a ação for submetida ao rito sumaríssimo, não poderá interpor RR. O mesmo pode ser argumentado em relação à uma execução de crédito trabalhista.

É possível exemplificar essa incongruência através da análise dos casos de aplicação da multa do art. 475-J do CPC de 1973. Não obstante a jurisprudência do

TST, desde o início, tenha se posicionado pela não aplicação da referida multa às execuções trabalhistas por entender que não há omissão no procedimento celetista e que, portanto, a sua aplicação violaria o devido processo legal previsto na CLT, alguns juízes aplicavam – e continuam aplicando - a referida multa nas execuções trabalhistas. Por vezes essa multa é imposta na sentença do processo de conhecimento e, às vezes, é cominada na fase da execução, antes da citação prevista no art. 880 da CLT. Em qualquer caso, se mantida no tribunal regional, não haveria como a parte recorrer ao TST, pois a ofensa era entendida como sendo infraconstitucional. Realmente, a decisão ofendia o devido processo legal prescrito na CLT, notadamente o art. 880 e ss. Restava à parte recorrer invocando violação constitucional, especificamente o princípio do devido processo legal prescrito no inciso LIV do art. 5º da CF. Até meados de 2010 ainda encontramos julgados do TST negando admissão a RR interposto com base nesse fundamento, citando forte jurisprudência do STF no sentido de ser incabível RR por ofensa ao devido processo legal por constituir ofensa indireta. Veja-se nesse sentido o v. acórdão proferido nos autos do AIRR - 139440-29.2007.5.03.0043<sup>205</sup>, da lavra da Ministra Maria de Assis Calsing, *in verbis*:

Não restou demonstrada nenhuma ofensa aos artigos da Constituição Federal, já que a matéria debatida nos autos diz respeito à interpretação dada às normas de natureza infraconstitucional, não possibilitando a caracterização de violação direta aos dispositivos constitucionais apontados, em especial se considerada as decisões proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal, em que se analisou acerca da possibilidade de afronta ao Texto Constitucional em sede trabalhista, *verbis*: "(...) Esta Corte, de outro lado, deixou assentado, ainda em sede processual trabalhista, que as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, do devido processo legal, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações caracterizadoras de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição (Ag 158.982-PR (AgRg), Rel. Min. SYDNEY SANCHES - Ag 182.811-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Ag 174.473-MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Ag 188.762-PR (AgRg), Rel. Min. SYDNEY SANCHES - Ag165.054-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 236.333-DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.)" (Ag-277878-ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 16/8/2000.)" (...).

---

<sup>205</sup> TST-AIRR-139440-29.2007.5.03.0043, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Julgamento: 18/11/2009, DEJT 27/11/2009, v. u. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 16-01-2016.

Entretanto, diante da insistência das instâncias ordinárias em aplicar a referida multa, o TST passou a admitir o RR por violação ao princípio do devido processo legal disposto no art. 5º, LIV da CF. As ementas abaixo são esclarecedoras, *in verbis* com nossos grifos:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Ante a possível **violação ao artigo 5º, LIV**, da Constituição Federal, dá-se provimento ao agravo de instrumento. II - RECURSO DE REVISTA. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. 1. EXECUÇÃO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Prevalece neste Tribunal Superior o entendimento de que a norma disposta no artigo 475-J do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, tendo em vista a existência de regramento próprio no âmbito do direito processual do trabalho, contido nos artigos 880 e 883 da CLT, quanto aos efeitos do não pagamento espontâneo, pelo executado, de quantia certa oriunda de condenação judicial. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (...). Recurso de revista de que não se conhece. (RR - 58100-65.1999.5.01.0054 , Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 09/09/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA-CABIMENTO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A potencial ofensa ao art. 5º, LIV, da Carta Magna encoraja o processamento do recurso de revista, na via do art. 896, § 2º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. 1. O **princípio do devido processo legal** é expressão da garantia constitucional de que as regras pré-estabelecidas pelo legislador ordinário devem ser observadas na condução do processo, assegurando-se aos litigantes, na defesa dos direitos levados ao Poder Judiciário, todas as oportunidades processuais conferidas por Lei. 2. A aplicação das regras de direito processual comum, no âmbito do Processo do Trabalho, pressupõe a omissão da CLT e a compatibilidade das respectivas normas com os princípios e dispositivos que regem este ramo do Direito, a teor dos arts. 769 e 889 da CLT. 3. Existindo previsão expressa, na CLT, sobre a postura do devedor em face do título executivo judicial e as consequências de sua resistência jurídica, a aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC, no sentido de ser acrescida, de forma automática, a multa de dez por cento sobre o valor da condenação, implica **contrariedade aos princípios da legalidade e do devido processo legal, com ofensa ao art. 5º, II e LIV, da Carta Magna**, pois subtrai-se o direito do executado de garantir a execução, em quarenta e oito horas, mediante o oferecimento de bens à penhora, nos termos do art. 882 consolidado. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-61000-47.2006.5.04.0812, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 26/02/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014)

Outros princípios, como o da ampla defesa, do contraditório, do direito adquirido e da coisa julgada, também referenciados pela doutrina e jurisprudência tradicional como passíveis de violação somente pela via indireta, têm sido base para o conhecimento tanto de recursos quanto de ações rescisórias.<sup>206</sup>

Ou seja, diante do caso concreto e de um sistema que não permite o RR por violação à lei federal para um tipo de ação, mas o permite para outro, o TST passou a aceitar o RR por violação ao devido processo legal que, como visto alhures, tecnicamente configura ofensa indireta à Constituição. Essa posição acertada, mas diametralmente diversa da anterior, confirma o que se afirmou antes sobre a irresistível força dos direitos fundamentais e da necessidade de uma adequação do sistema recursal trabalhista à nova hermenêutica constitucional.

Teresa Arruda Alvim Wambier, em manifestação sobre o anacronismo da exigência da violação constitucional “direta” para a admissão do Recurso Extraordinário, constata o paradoxo em tal regra coloca o sistema: “a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a lei ordinária o repete, POR ISSO, o tribunal, cuja função é a de zelar pelo respeito a Constituição Federal, abdica de examinar a questão”.<sup>207</sup> (grifamos).

Fica evidente que a regra da ofensa direta, originalmente criada pela jurisprudência do STF para manter a segurança jurídica, deve ser relativizada diante da nova realidade jurídica. Como leciona Leonardo Greco, a eficácia concreta dos direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, depende da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva que se constitui, também ela própria, num direito fundamental cuja eficácia deve ser assegurada de forma irrestrita, em respeito ao princípio maior da

---

<sup>206</sup> Dentre outros: TST-RR-124640-28.2005.5.01.0073 e RR-1357-57.2013.5.02.0073; conhecidos e providos por ofensa à ampla defesa; TST-RR-2887-70.2011.5.09.0009, conhecido e provido por ofensa à coisa julgada; STF- AgRg no RE 328.812, rescisória admitida por ofensa a direito adquirido. A ampla defesa, o direito adquirido e a coisa julgada são princípios constitucionais que encontram previsão infraconstitucional. Isso significa que eventual ofensa seria indireta e não direta. Não obstante foram aceitos como violação constitucional nos referidos julgados.

<sup>207</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, **Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória**, p. 169.

dignidade humana. O direito processual, que disciplina o exercício da jurisdição, deve conferir “ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.”<sup>208</sup>

Uma regra infraconstitucional que permite a violação da Constituição pela via indireta, não pode ser aceita no Estado Democrático de Direito, pois, ao invés de promover a segurança jurídica, causa justamente o contrário.

#### **6.4 Uma interpretação conforme a Constituição para adequar as regras de admissão do Recurso de Revista**

De todo o exposto até aqui, é necessário reconhecer que as regras para a admissão do Recurso de Revista, prescritas na alínea “c”, nos §§ 2º e 9º do art. 896 da CLT, quando envolverem violação constitucional, estão em desarmonia com o mandamento da maximização da proteção dos direitos fundamentais, além de não guardarem coerência sistemática, seja interna ou externa, com o ordenamento.

Contudo, não é o caso de excluir os dispositivos do ordenamento, sendo devida uma interpretação conforme a Constituição, isto é, sem redução de texto. A interpretação conforme a Constituição é o controle de constitucionalidade que tenta harmonizar a vontade do legislador infraconstitucional com o necessário respeito aos princípios constitucionais, optando, sempre quando possível, pela preservação dos atos legislativos com a otimização dos mandamentos constitucionais.<sup>209</sup>

Com essa espécie de interpretação, prevista no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868, de 10-11-1999, o texto normativo não é declarado inconstitucional, pois continua vigendo, mas as possibilidades de sua interpretação são reduzidas. Na

---

<sup>208</sup> Leonardo Greco, **Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo in Juris Poiesis**, p. 3 e 4.

<sup>209</sup> Gilmar Ferreira Mendes ... **Curso de Direito Constitucional**, p. 119-120.

referida modalidade de interpretação constitucional, não se declara a inconstitucionalidade do dispositivo. O que é excluída é a possibilidade de determinada interpretação, permanecendo, no entanto, a permissão ao julgador de interpretar o texto de outra forma, em conformidade com a Constituição. Por conta disso, é dispensável o incidente de inconstitucionalidade previsto no art. 97 da Constituição Federal.<sup>210</sup>

Ficou demonstrado ser insustentável a restrição da alínea “c” e dos §§ 2º e 9º do art. 896 da CLT, que dispõem ser possível a admissão do RR, em matéria constitucional, somente se houver violação “literal” ou “direta” de dispositivo constitucional.

No que diz respeito à violação “literal”, ficou evidenciado que atrelar a admissão do RR a ela, constitui medida que restringe desproporcionalmente a proteção dos direitos fundamentais, pois não promove a celeridade processual; também constatou-se que o próprio sistema recursal trabalhista contém situação de desigualdade injustificada, pois faz essa exigência para as ações de rito ordinário e de execução de sentença, mas não o faz para as ações de rito sumaríssimo e execuções fiscais; além dessa incoerência interna, evidenciou-se que o Recurso Extraordinário e a Ação Rescisória, medidas processuais mais extremas, não exigem a violação literal para a sua admissão, enquanto para o RR essa exigência se mantém, o que reforça o argumento da desproporcionalidade da restrição; por outro lado, demonstrou-se também que o TST tem admitido RR com base em princípios constitucionais em determinadas circunstâncias e, em outras, utiliza a interpretação “literal” para afastar a admissão da revista, o que, como afirmado, não condiz com a boa-fé processual que exige uma postura proba de todos os envolvidos na jurisdição.

Adequada ao nosso propósito, no que diz respeito à questão da literalidade, é a observação que Lenio Streck faz, ao lecionar sobre a interpretação conforme a Constituição, dando como exemplo o art. 111 do Código Tributário

---

<sup>210</sup> Lenio Streck, **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, p. 606-613.

Nacional. Referido dispositivo prescreve que “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre ...”. Segundo o referido autor:

De pronto, seria aconselhável que se fizesse uma interpretação conforme a Constituição desse dispositivo ou uma nulidade parcial sem redução de texto, ou seja, o dispositivo somente seria constitucional se lido no sentido de que a expressão “literalmente” se compreende na conformidade com a hermenêutica jurídica, ou “o art. 111, na parte que exige interpretação literal, é inconstitucional, se entendido como impedimento de outras formas de interpretação”.<sup>211</sup>

Mutatis mutandis, deve-se dar interpretação conforme a Constituição à alínea “c” e ao § 2º do art. 896 da CLT, no sentido de que a exigência de violação “literal” para a admissão do RR em matéria constitucional não deve ocorrer quando se tratar de violação de direitos fundamentais, sejam eles regras ou princípios. Dizendo de outra forma, o RR deve ser admitido por violação à direitos fundamentais, sejam eles regras ou princípios, não podendo a inadmissão ocorrer sob o fundamento de que não houve violação “literal”.

Quanto à exigência de violação “direta”, também ficou demonstrado que existem situações que demandam uma interpretação constitucional do texto infraconstitucional ou que, por questões procedimentais anacrônicas ou deficientes, o direito só pode ter amparo diretamente na Constituição, não obstante tenha-se que analisar o ordenamento infraconstitucional para fazer essa constatação. Assim, nossa proposta é que deve ser dada interpretação conforme a Constituição à alínea “c” e aos §§ 2º e 9º do art. 896 da CLT, no sentido de que a exigência de violação constitucional “direta” para a admissão do RR, não deve ocorrer quando:

(i) havendo regra infraconstitucional, seja invocada interpretação da referida regra à luz dos princípios constitucionais para dar proteção adequada ao direito invocado. Ex. casos da 4ª testemunha e da réplica;

---

<sup>211</sup> Ibid., p. 745.

(ii) nas ações de rito sumaríssimo e de execução trabalhista, nos casos em que, embora a violação seja de regra infraconstitucional, ficar evidente a violação aos princípios constitucionais fundantes da regra violada, mas que por impossibilidade do sistema recursal a parte só possa recorrer sustentando violação constitucional. Ex.: os casos da redução de intervalo intrajornada em ações de rito sumaríssimo e da aplicação da multa do art. 475-J do CPC.

(iii) não havendo regra infraconstitucional, a parte esteja invocando direito com fundamento direto em um princípio constitucional, caso em que, diante da eficácia imediata dos direitos fundamentais, não se poderá negar admissão do RR sob o fundamento de que se trata de norma de eficácia limitada que depende de regulamentação. Ex. o caso de Mustafá.

## 7. O RECURSO DE REVISTA DE MUSTAFÁ É INTERPOSTO

Convencido de que possui o direito fundamental de fazer suas orações, Mustafá ajuíza sua reclamação trabalhista.

Como afirmado no início, Mustafá converteu-se ao islamismo. Agora, como mulçumano, deseja praticar sua religião que, dentre os principais dogmas, exige que o mesmo ore cinco vezes ao dia. São as chamadas “salah” ou “salat”, orações que o mulçumano deve realizar, em árabe, e em momentos diferentes do dia: “al-fajr”: ao alvorecer; “al-zahr”: ao meio-dia, depois do sol ter atingido o seu ponto máximo; “al-‘açr”: entre o meio-dia e o pôr-do-sol; “Maghreb”: logo após o pôr-do-sol; “al-‘asha”: de noite, pelo menos uma hora e meia após o pôr-do-sol e antes da hora da “al-fajr”<sup>212</sup>.

Diante da recusa do empregador em conceder os respectivos intervalos para fazer suas orações, Mustafá ajuizou sua reclamação trabalhista, fundamentando seu pedido no art. 5º, inciso VI da Constituição Federal, segundo o qual “**é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias**”. Os incisos VII e VIII do mesmo artigo também servem para fundamentar o seu pedido, pois prescrevem que “VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva” e que “VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”

Um esclarecimento antes de se adentrar as razões e contrarrazões do RR de Mustafá. Optou-se pelo direito fundamental de manifestação de crença, e pela religião islâmica no exemplo de Mustafá, porque julgou-se adequado a oportunidade para promover o debate, estudar conceitos e, principalmente, derrotar preconceitos.

---

<sup>212</sup>Jacques Jomier, **Islamismo: história e doutrina**, p. 97-108.

Contudo, todas as considerações que seguem podem ser feitas para todo e qualquer direito fundamental que se configure em princípio, ou seja, aqueles direitos fundamentais que não possam ser aplicados pela simples subsunção como ocorre com as regras, demandando do julgador uma atividade intelectual mais profunda, acompanhada de fundamentação mais completa, tanto no campo das possibilidades fáticas, quanto das jurídicas.

Nesse aspecto entende-se que a inicial pleiteando a concretização de um direito fundamental demanda elaboração muito mais apurada, onde o autor deve ter consciência de que não está argumentando em torno de um direito que *deve ser*, como se ocorre quando ele está previsto em uma regra, mas sim de um direito que *pode ser*, pois tem fundamento em um princípio. Isso dependerá das circunstâncias que se apresentarem ao julgador. O que pode resultar em uma petição inicial mais extensa, pois o autor deve demonstrar que o réu tem condições fáticas de promover o direito fundamental invocado sem que um seu direito fundamental seja afetado desproporcionalmente, o que será apurado na fase da ponderação.

A mesma atenção é necessária na elaboração da defesa. O réu deve atentar-se para o fato de que um pleito baseado em princípios de direitos fundamentais é diferente de um pleito baseado em regras. Embora deva alegar que o direito não é autoaplicável, que não se aplica aos particulares salvo através de regras infraconstitucionais, deve também ter consciência de que a ideia de aplicação imediata aos particulares encontra precedentes na mais alta Corte. Assim, também deve assumir a premissa de que o direito poderá ser deferido, dependendo das condições fáticas e jurídicas que foram apresentadas. Para dirigir seu raciocínio deve pautar-se pelo princípio da proporcionalidade. Nessa perspectiva, deve demonstrar a impossibilidade fática de concretizar o direito pleiteado, trazendo dados concretos que demonstrem tal impossibilidade. Deve ainda invocar eventuais direitos fundamentais que lhe são garantidos para contrapor ao direito fundamental invocado pelo autor. Assim, se as circunstâncias fáticas não forem suficientes para convencer o juiz de que ele não pode realizar o direito fundamental pleiteado pelo autor, na ponderação de princípios poderá

demonstrar, através da argumentação, que para a realização do direito fundamental do autor, o seu direito fundamental será limitado desproporcionalmente e, portanto, a medida solicitada pelo autor é incabível.

## 7.1 Os argumentos na inicial de Mustafá

Mustafá contratou jurista de escol. O advogado, consciente de que o direito de Mustafá está fundado em um princípio constitucional, conforme foi argumentado em outro capítulo, sabe que sua argumentação deve ser mais apurada. Se fosse uma regra, a argumentação seria mais fácil, pois bastaria requerer o seu cumprimento, na medida exata em que o respectivo dispositivo impunha e a reclamada não teria como se escusar do cumprimento, salvo se apresentasse alguma regra constitucional que assim lhe autorizasse.

Assim considerando, após demonstrar que Mustafá realmente havia ingressado na religião, a inicial começou destacando a possibilidade fática da Reclamada na concretização do direito fundamental pleiteado. Isso porque o ambiente de trabalho tinha espaço adequado para que as rezas fossem realizadas sem incomodar os demais trabalhadores e sem afetar negativamente a produção da empresa. Demonstrou-se que a oração que seria realizada no horário de trabalho, a “al-‘açr”, **demandaria 30 minutos diários**, podendo ser realizada em qualquer horário entre as 14 e 17 horas, ficando a critério da reclamada a definição do mesmo. As demais orações seriam realizadas fora do horário de expediente. Para que não houvesse custos para a Reclamada, declinou que os referidos minutos poderiam ser compensados com a redução do seu intervalo intrajornada, com o prolongamento da jornada ao final do dia, ou com a compensação em dias de feriados, o que também ficaria a critério do empregador. Com base em doutrina especializada, demonstrou-se que as orações

constituem um dos cinco pilares da religião islâmica<sup>213</sup>, e a não realização das mesmas configura grave violação dos deveres religiosos, afetando diretamente o núcleo essencial do direito de prática religiosa de Mustafá.

### 7.1.1 A eficácia horizontal direta da liberdade religiosa

O principal argumento de Mustafá é que a liberdade religiosa é um direito fundamental de eficácia imediata que deve ser concretizado, protegido e promovido pelo Estado e também pelos particulares, nos termos do § 1º do art. 5º da CF. Embora exista jurisprudência para demonstrar que os tribunais estão aplicando os direitos fundamentais aos particulares de forma direta, a ausência de precedentes específicos exige uma argumentação mais ampla, pautada em elementos racionais e o mais objetivos possíveis que tornem irrecusável ao Poder Judiciário o deferimento do seu pedido.

É o que faz Mustafá, iniciando por destacar a importância da liberdade religiosa, considerada a mãe das liberdades políticas<sup>214</sup>, devendo ser promovida por todos, pois o seu reconhecimento na Constituição de 88 significa que nosso sistema jurídico tomou a religião “como um valor a ser preservado e fomentado” uma vez que os direitos fundamentais “apontam para valores tidos como capitais para a coletividade, que devem não somente ser conservados e protegidos, como também ser promovidos e estimulados”.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> Nesse sentido: Jacques Jomier, **Islamismo: história e doutrina**, p. 97-108; Jostein Gaarder, Victor Hellern, Henry Notaker, **O livro das religiões**, p. 136-138.

<sup>214</sup> Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino, **Dicionário Político**, p. 246-258.

<sup>215</sup> Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, **Curso de Direito Constitucional**, p. 419-420.

### **7.1.2 O apoio da doutrina ao pleito de Mustafá**

Com apoio na doutrina de Jayme Weingartner Neto<sup>216</sup>, reforçou-se o conceito de liberdade religiosa em Estado Democrático de Direito, onde deve ser o mais amplo possível, buscando o máximo de inclusão, com o acolhimento das religiões minoritárias, conduta essa que se mostra “compatível com a igual liberdade e dignidade dos cidadãos, anteparos ao fundamentalismo-militante, que discrimina e quer se impor aos não crentes”.

Com o mesmo autor, dissecou o conteúdo da liberdade religiosa, destacando que o exercício desse direito compreende o “exercício dos atos de culto, condutas individuais ou grupais, tais como orações, certas formas de meditação, jejum, leitura e estudo de livros sagrados, serviços religiosos nos templos, homilias, pregações, procissões, sacrifícios rituais de animais”. Finalizou com a assertiva do autor específica para as relações de emprego, nos seguintes termos:

Nas relações trabalhistas, os empregadores também estão vinculados à liberdade religiosa de seus empregados, vedado o assédio por motivo religioso, sendo de ponderar um dever, por parte do empregador, de acomodação (razoável) da religião no ambiente de trabalho. Nesse contexto devem ser analisadas as implicações dos dias de guarda, inclusive os domingos e feriados, a fim de viabilizar-se, na medida do possível (ponderação), o direito subjetivo de o crente comemorar as festividades religiosas da religião professada, inclusive o direito à dispensa do trabalho e de aulas/provas por (justificado) motivo religioso.

### **7.1.3 A importância da liberdade religiosa no direito internacional**

A importância da promoção da liberdade religiosa está ligada diretamente ao Estado Democrático de Direito. Trata-se de um direito individual fundamental de primeira geração dos mais relevantes, assegurado desde as primeiras declarações de direitos: na Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão,

---

<sup>216</sup> In JJ. Gomes Canotilho (et al.), *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 264-272

constou do seu art. 10<sup>217</sup> e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi reafirmado nos arts. 2º e 18<sup>218</sup>. Desde então, a comunidade internacional tem mantido esse direito nas suas principais declarações de direito.

Em 1981, a ONU editou a “Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções”<sup>219</sup>, onde consta, em seus arts. 1º, 2º e 3º, *in verbis*:

1. Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de Ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino
2. Ninguém será objeto de coação capaz de limitar a sua liberdade de ter uma religião ou convicções de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.

Na mesma declaração da ONU, o art. 6º detalha os direitos humanos relacionados à liberdade religiosa nos seguintes termos *in verbis*:

6. Conforme o artigo 1 da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no § 3 do art. 1, o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades:  
(...)  
h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção”.

<sup>217</sup>Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

<sup>218</sup>Art. 2º. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania; Art. 18. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

<sup>219</sup>Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecElimFormIntDisc.htm>>. Acesso em: 06-12-2015.

O “Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos”, ratificado pelo Brasil através do Decreto 592, de 06-07-1992<sup>220</sup>, em seu art. 18 prescreve que, *in verbis*:

ARTIGO 18

1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. **Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.**
2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. (grifamos)

O art. 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil através do Decreto 678, de 06-11-1992, também dispõe que “ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças”. Merece destaque ainda a “Convenção Europeia dos Direitos do homem e das liberdades fundamentais” de 1950, em seus arts. 9º e 14 e a “Carta dos direitos fundamentais da União Europeia”, em seus arts. 10º, 14, 21 e 22, as quais também consagram de forma enfática o direito fundamental de religião.

#### 7.1.4 Sobre a legislação, a religião e a isonomia no Brasil

Como não existe direito infraconstitucional que regule a liberdade religiosa, buscou-se no ordenamento interno os diplomas legais que têm como objetivo promovê-la ao máximo possível. Nessa linha de pensamento, destacou-se os principais

---

<sup>220</sup>Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 06-12-2015.

atos normativos, nos níveis federal e estadual, que de alguma forma promovem a liberdade religiosa no Brasil. Ao final, apelou-se para uma aplicação isonômica à liberdade religiosa de Mustafá.

Na legislação federal destaca-se a lei 12.288, de 20-07-2010, Estatuto da Igualdade Racial, que em vários dos seus artigos prescreve a proteção a esse direito. Embora referido diploma legal tenha como objetivo a população negra, suas disposições servem à inspiração, por analogia, à proteção do direito pleiteado por Mustafá. Dentre elas, destacam-se os arts. 2º e 18, por atribuírem o dever a toda sociedade de garantir, dentre outros, os valores religiosos, *in verbis*:

Art. 2º. É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

(...)

Art. 18. É assegurado aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, sob a proteção do Estado. (grifamos).

Ainda em nível federal, de acordo com a lei 9.093-95, de 12-09-1995, cada município pode declarar até quatro feriados religiosos municipais, destacando dentre esses quatro a Sexta-feira da Paixão. A lei 6.802, de 30-06-1980, declara feriado nacional o dia doze de outubro de cada ano, consagrado à Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil. O dia de *Corpus Christi*, é considerado feriado em muitos municípios do Brasil, sendo considerado ponto facultativo no funcionalismo público em geral. A lei 662-49, com as respectivas alterações, considera feriado nacional, entre outros, os dias 02 de novembro e 25 de dezembro. Todos esses feriados religiosos são consagrados para que os dogmas religiosos da Igreja Católica Apostólica Romana sejam observados.

Considerando todos esses feriados que homenageiam a principal religião do Brasil, a reserva de 30 minutos por dia, durante a jornada de trabalho, sem

qualquer prejuízo para o empregador que poderá compensar o período, mostra-se totalmente adequado à concretização de um direito considerado fundamental para a convivência social com o é a liberdade religiosa, argumentou Mustafá.

Os Estados da Federação também estão buscando concretizar a liberdade religiosa. O Estado de São Paulo editou a lei 12.142, de 08-12-2005, que garante o direito de candidatos a cargos públicos realizarem o concurso aos sábados, após as 18 horas se invocarem motivo de crença religiosa. O Estado de Santa Catarina também editou a Lei n. 11.225, de 20 de novembro de 1999, assegurando aos alunos o direito de não serem prejudicados por faltas decorrentes da prática de crença religiosa, determinando que o estabelecimento de ensino abone as respectivas faltas mediante a promoção de tarefas alternativas que supram as faltas abonadas.

### **7.1.5 A jurisprudência favorável ao pleito de Mustafá**

Como dito, a jurisprudência é farta no sentido de promover os direitos fundamentais de forma direta entre os particulares. Mas não há jurisprudência específica sobre o direito pleiteado por Mustafá. Destacou-se então a jurisprudência que busca promover a liberdade religiosa.

Dentre elas destacou-se um julgado do STF, de meados de 1980, portanto ainda sob a Constituição de 67<sup>221</sup>, onde a Corte considerou inconstitucional a proibição de frequentar, auxiliar ou desenvolver cultos religiosos em locais não especificamente destinados para tal, reconhecendo-se que tal proibição não se coaduna com o princípio constitucional da liberdade religiosa, devendo a justiça estimular a prática da religião em razão de seu caráter pedagógico<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> Com as alterações da EC 69.

<sup>222</sup> STF-RE 92916, Rel. Min. ANTONIO NEDER, Primeira Turma, julgado em 19/05/1981, DJ 26-06-1981, v.u. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=186454>>. Acesso em 19-01-2016.

Também encontrou-se jurisprudência autorizando a mudança de dia para concurso público<sup>223</sup>, a mudança de dias de aula<sup>224</sup> ou de dia para a realização de provas<sup>225</sup>, tudo motivado por convicção religiosa e fundamentados nos dispositivos constitucionais invocados por Mustafá.

### **7.1.6 Sobre a proporcionalidade e o pedido de liminar**

O direito de fazer suas orações, argumentou ainda Mustafá, não restringirá nenhum direito fundamental do empregador. No entanto, se negado esse direito, Mustafá teria o seu direito fundamental completamente prejudicado uma vez que, conforme argumentou, as “salah” compõem um dos cinco pilares da sua religião. Por conta disso, pediu provimento liminar que antecipasse o seu direito de rezar no ambiente de trabalho na forma pleiteada e caso não lhe fosse autorizado a compensação nas formas indicadas, concordava que os respectivos minutos diários não fossem remunerados mas, nesse caso, que fosse então vedado ao empregador considerar tal ato como falta disciplinar para quaisquer efeitos jurídicos.

A liminar foi deferida, em despacho de poucas linhas, autorizando Mustafá a rezar das 15:00 às 15:30 horas. O empregador poderia, a seu critério, não remunerar os respectivos minutos não trabalhados ou exigir a sua compensação após o horário de expediente, porém não deveria considerar esse comportamento como falta disciplinar para quaisquer efeitos. A fundamentação foi de que o risco de dano irreparável era maior para o autor do que para o empregador. Entretanto, fez constar da decisão que “ a questão é polêmica e não encontra precedente. A depender dos argumentos trazidos pela reclamada, a liminar poderá ser revista”. Foi como se o magistrado guardasse toda a argumentação para o momento apropriado.

---

<sup>223</sup> TJSP, Apelação Cível nº 990.10.006839-3, de Araraquara, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. em 26/10/2010.

<sup>224</sup> TJPR, Reexame Necessário n. 0479691-6, de Londrina, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Renato Braga Bettega; DJPR 24/10/2008; P. 70.

<sup>225</sup> TRF4, REO 15222, Rel. Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon,, Terceira Turma, DJU 11/08/2004, p. 419.

## 7.2 A defesa do empregador

O empregador contratou o melhor advogado da região. Inteligente, articulado e revoltado com aquele provimento liminar. Conhecia o geral da teoria dos direitos fundamentais. Sabia da possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais aos particulares, mas não dominava, por exemplo, o conceito de princípios de Robert Alexy e as possibilidades argumentativas que ele oferece. Também desconhecia as técnicas de argumentação sugeridas pelo mesmo autor que propõe um total de vinte e oito regras para uma argumentação jurídica<sup>226</sup>. Um direito baseado em princípio é complexo, tem muitas minúcias argumentativas.

Assim, não obstante tenha argumentado exaustivamente sobre a inexistência do direito invocado, sobre o princípio da legalidade e o conceito das normas programáticas, deixou, por exemplo, de argumentar com o princípio da proporcionalidade. Tratando-se de direito do trabalho, cujos princípios hermenêuticos orientam para a proteção do trabalhador, seria interessante uma argumentação no sentido de que o empregador, além de cumprir com todas as suas obrigações legais, tem forte participação social, fazendo doações e contribuindo com o bem-estar coletivo e que, qualquer nova carga social afetarà essa atuação (argumento utilitarista).

Deixou de argumentar, por exemplo, que o direito buscado por Mustafá não poderia ser concretizado por questões fáticas ligadas às atividades da empresa (horário de funcionamento, etc.) e à comunidade onde estava inserido. Deixou, também, de fazer a ponderação com os princípios da propriedade, da livre iniciativa e da autonomia da vontade. Embora o julgador possa fazer essa ponderação de ofício, a relevância desses argumentos depende em muito das alegações da parte.

Em síntese, argumentou que: i) O direito pleiteado não existe, pois os direitos fundamentais não se aplicam de forma direta aos particulares; (ii) mesmo que

---

<sup>226</sup> Robert Alexy, **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**, *passim*.

assim não fosse, a liberdade religiosa é típica norma programática, sendo que pela sua vagueza e limites semânticos, demanda necessária mediação legislativa; (iii) o reclamante, por ocasião da contratação, assinou contrato obrigando-se a trabalhar no horário acordado não podendo, unilateralmente, alterar as condições de trabalho para satisfazer interesse unicamente seu; (iv) o contrato é válido, foi celebrado por partes capazes e o objeto é lícito, não havendo nenhuma ilicitude por parte do reclamado; (v) admitir uma alteração contratual como pretendido pelo reclamante, seria violar a boa-fé objetiva, ferindo o dever de lealdade inerente a qualquer relação contratual; (vi) deferir o direito pleiteado por Mustafá importaria em interferência indevida na gestão da empresa, o que configura clara violação ao direito de propriedade também protegido constitucionalmente; (vii) deferir o direito pleiteado pelo reclamante geraria uma situação de desigualdade com os demais trabalhadores, os quais teriam que continuar a cumprir o seu contrato na forma estabelecida enquanto Mustafá não; (viii) se deferido o direito pleiteado por Mustafá, ter-se-ia que admitir que os demais trabalhadores também poderiam invocar a liberdade de consciência, em solidariedade ou em repúdio a reza de Mustafá. Tal situação, entre outras consequências, inviabilizaria o próprio empreendimento.

No geral o advogado argumentou o que tinha que argumentar. Mas certamente o conhecimento sobre o que realmente significa a ponderação, onde ela se situa dentro da máxima da proporcionalidade, teria contribuído na elaboração de uma defesa que contesta um pedido baseado em princípio jurídico.

Como a audiência foi agendada para data próxima, a reclamada acordou em não recorrer da liminar concedida.

### 7.3 A ação de Mustafá é julgada

Apresentada a defesa, o magistrado que presidiu a audiência foi outro, diverso daquele que concedera a liminar. Após tentativa de conciliação frustrada, o MM. Juiz encerrou a instrução, sob os protestos de ambas as partes que pretendiam produzir provas. Ato contínuo, julgou improcedente a ação. O fundamento foi de que o direito pleiteado por Mustafá não está protegido pelos dispositivos constitucionais invocados, os quais constituem-se em normas programáticas, dependentes de regulamentação legislativa.

Da r. sentença Mustafá interpôs Recurso Ordinário o qual foi improvido, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos, foi o que constou do v. acórdão regional. Para evitar denegação por falta de prequestionamento, Mustafá opôs embargos de declaração. O Tribunal conheceu dos embargos, mas negou-lhe provimento.

Mustafá interpôs seu Recurso de Revista. Enfatizou em suas razões que a matéria foi prequestionada e atendendo aos requisitos de forma dispostos no § 1º-A. Confiante de que, vencida a exigência da violação “literal” prescrita na alínea “c” do art. 896, seu recurso será recebido no TRT e analisado no TST por ofensa ao princípio fundamental da liberdade religiosa.

## CONCLUSÃO

Não há como negar que uma nova realidade jurídica está se impondo a partir da doutrina dos direitos fundamentais. Essa mudança vem sendo desenvolvida ao longo da segunda metade do século XX e no Brasil tomou folego a partir dos anos 2000. A ideia de que o direito é formado por regras, configuradas em padrões com determinados requisitos formais que, uma vez preenchidos, obrigam, permitem ou proíbem condutas, vem sendo substituída pelo conceito de que existem outros padrões que também compõem o direito e que, da mesma forma que as regras, emitem comandos deônticos que vinculam o comportamento humano e que são razões para a tomada de decisões judiciais. Esses padrões são os princípios jurídicos constitucionais que ganham força normativa, principalmente quando forem direitos fundamentais.

Nossos tribunais estão decidindo segundo princípios jurídicos constitucionais e essa é a configuração da maioria dos direitos fundamentais. Essa postura pode ser observada em todas as searas do direito. A vontade dos tribunais de concretizar os direitos fundamentais, aliada à leniência do legislativo em promover a necessária regulamentação, vem fazendo com que o Poder Judiciário avance no seu papel jurisdicional tradicional. Esse avanço tem sido apoiado especialmente na ideia de eficácia imediata dos direitos fundamentais. Diante do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, os argumentos contrários à aplicação imediata dos direitos fundamentais ficam cada vez mais frágeis. Essa ideia, desenvolvida inicialmente para regular a relação entre o cidadão e o Estado, tem sido admitida também nas relações entre particulares, o que tem afetado sensivelmente as relações trabalhistas. Numa sociedade onde as desigualdades sociais são gritantes, o Estado se mostra ineficiente no cumprimento das suas obrigações básicas e faz desaguar no setor privado uma série de encargos que, por um pensamento tradicional ainda muito presente, não lhe pertenceria.

Concordando ou não com essa nova perspectiva do direito, ela tem sido aplicada e a Justiça do Trabalho vem criando obrigações que não estão previstas, na perspectiva tradicional, nos dispositivos constitucionais. Porém, se investigado com os olhos do novo direito, a otimização dos direitos fundamentais parece inevitável. Deixar esse debate apenas às instâncias ordinárias, significa contrariar o comando de otimização dos direitos fundamentais.

Por outro lado, como demonstrado, o sistema recursal trabalhista possui travas processuais que limitam e desprotegem os direitos fundamentais, impedindo o acesso ao TST por meio de restrições na admissão do Recurso de Revista. Essas restrições, como visto, são inadequadas pois não promovem a celeridade processual e desprotegem os direitos fundamentais. Fruto de um direito pensado para um ordenamento formado por regras jurídicas, esse sistema não consegue resolver adequadamente lides envolvendo princípios jurídicos constitucionais. Ou simplesmente as repudia, sob o fundamento de que não existe violação “literal”, ou as acolhe sem dar maiores explicações, causando perplexidade naqueles que operam o direito do trabalho.

A proposta apresentada vem para eliminar essas restrições. As exigências de uma violação “literal” e “direta” da Constituição como condição para a admissão do Recurso de Revista, passaram por uma reinterpretação. É dada uma interpretação conforme a Constituição à alínea “c” e aos §§ 2º e 9º da CLT, no sentido de se evitar qualquer interpretação que prejudique a análise de lesão aos direitos fundamentais.

Doravante, (1) quando invocado lesão de direitos fundamentais, o RR não deve ser inadmitido por falta de violação “literal”, devendo a decisão perquirir pela existência ou não do direito pleiteado. (2) Quanto à exigência de violação “direta”, ela não deve ocorrer quando: (2.1) for invocada interpretação de regra à luz dos princípios constitucionais para dar proteção adequada ao direito invocado; (2.2) nas ações de rito sumaríssimo e de execução trabalhista, nos casos em que, embora a violação seja de regra infraconstitucional, ficar evidente a violação aos princípios constitucionais

fundantes da regra violada, mas que por impossibilidade do sistema recursal a parte só possa recorrer sustentando violação constitucional; (2.3) quando a parte invocar direito com fundamento direto em um princípio constitucional.

Com tal postura acreditamos que o comando de maximização na concretização dos direitos fundamentais estará sendo atendido, e a coerência do sistema preservada.

## REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzon Valdés (et al); tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Derecho y razón práctica**. Dirigida por Ernesto Garzón (U. e Maguncia, Alemanha) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México) da primeira edición (1993). 4ª reimpressão. México: Fontamara, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª. Edição. Lisboa: Almedina, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 19a. ed. rev., atual. Até a EC 84 de 2 de dezembro de 2014. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. New York, USA: Prometheus Books, 2000. (originally published in London, by J. Murray, 1832).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 13ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** – São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz.** 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation.** New York, USA: Barnes & Noble, 2008. (originally published in 1789).

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática.** Tradução Karina Jannini; a partir da segunda edição revista e ampliada por Giuliano Crifò; revisão técnica Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 6ª. Tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e Liberdade.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

\_\_\_\_\_. **Locke e o direito natural.** Trad. De Sérgio Bath, 2ª edição. Brasília: Editora Uniersitária de Brasília, 1998.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito.** Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **O Tempo da Memória.** 3ª. Reimp. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica.** Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5ª edição revista. São Paulo: EDIPRO: 2102.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: EDIPRO, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito.** Tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3ª edição. São Paulo: Martins Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário Político.** Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Caçais. 13ª. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 27ª. Edição, atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

CABO, Antonio de; PISARELLO, Geraldo (editores). **Los fundamentos de los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli debate con Luca Bacceli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo**. 4ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org. et al). **Leituras complementares de direito constitucional. Direitos humanos e direitos fundamentais**. 3ª. ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3ª reimpressão da edição de julho/2003. Lisboa: Almedina, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. COIMBRA: Editora Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Saraiva/Almeina, 2013.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. **Juízes irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

\_\_\_\_\_. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª edição – reimpressão. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. **Processo, ideologias e sociedade. Volume I**. Tradução e notas do Prof. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CARBONELL, Miguel (editor). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoría del neoconstitucionalismo - Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de investigaciones jurídica – UNAM, 2007.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y language**. 4ª ed. corr. Y aum. Buenos Aires: Abeledao-Perrot, 1990.

CARVALHO, Milton Paulo de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de. **Teoria geral do processo civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Coqueijo. **Direito processual do trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (orgs.) **Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Grau**. Tomos I e II. São Paulo: Malheiros, 2013.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezione di diritto costituzionale. L'Ordinamento costituzionale Italiano**. 4ª edizione. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1978. (Volume II).

CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Lisboa: Almedina, 2005.

DESCARTES, René. **Discurso do método: Meditações**. Tradução Roberto LealFerreira. – 2. ed. – São Paulo: Martin Claret, 2012.

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

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo II. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I, II, III, IV. 6ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica e aplicação do direito**. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Conflito de normas**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo, revisão de Fernando Santos e Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. USA: Princeton University Press and Princeton University, 2006.

\_\_\_\_\_. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte, revisão Joana Portela. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. Edição (2010). 2ª. Tiragem (2011). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo e revisão de Gildo Sá Leitão Rios. 2ª. Edição (2007). 2ª. Tiragem (2010). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luiz Carlos Borges, revisão Gildo de Sá Leitão Rios e Silvana Vieira. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução e prefácio de J. Baptista Machado. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

\_\_\_\_\_. **La idea de concrecion em el derecho y en la ciência juridica actuales**. Traducción de Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968.

Esmein, A. **Droit constitutionnel français et compare**. Troisième Édition. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois & des Arrêts, 1903.

ESSER, Josef. **Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Traducción del alemán por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Casa Editorial, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Tradução e prefácio Alexandre Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Junior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. 17ª reimpr. - São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra de Emil Lask.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Ed. Da Universidade de São Paulo, 1976.

\_\_\_\_\_. Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação.** 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica: ensaios de pragmática da comunicação normativa.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 34ª. Ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais.** 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais do direito constitucional: O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro.** 4ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha (coord. et al.). **Principais julgamentos do STF e STJ.** Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O livro das religiões.** Tradução de Isa Mara Lando. Revisão técnica e apêndice Antonio Flávio Pierucci. – São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2014.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho.** 16ª ed. rev. ampl., atual. e adaptada. – São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 16ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 6ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo in Juris Poiesis**. Revista da Universidade Estácio de Sá, nº. 06, ano 07, Rio de Janeiro, 2004.

GUASTINI, Ricardo. **A propósito del neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/art.%20Guastini.pdf>>. Acesso em 18-08-2014.

\_\_\_\_\_. **Das fontes às normas**. Trad. De Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa: um ensaio**. Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5ª. Edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HARTMAN, Gary; MERKSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. **Landmark Supreme Court cases. The most influential decisions of the Supreme Court of the United States**. New York, USA: Facts on File, 2004.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

\_\_\_\_\_. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das Liberdades Fundamentais**. Tradução de Carlos Souza. Barueri, SP: Manole, 2005.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução y prólogo de Fernando de los Rios. México: FCE, 2000 (tradução da Segunda edición em alemán, 1911).

JOMIER, Jacques. **Islamismo: história e doutrina**. Tradução de Luiz João Baraúna. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia de la ciência del derecho**. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona-Espanha: Ediciones Ariel, 1966.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução Jeremy Lugros. 1ª edição. São Paulo: Editora Nilobook, 2013.

LETTER, Brian. **Why tolerate religion?** United Kington: Princeton University Press, 2013.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Recursos trabalhistas**. Prefácio do Prof. Dr. A. F. Cesarino Junior. São Paulo: Max Limonad, 1956.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACIEL, Adhemar Ferreira (coord. et al.). **Estudos de direito constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla Teresa Martins. **CLT e legislação complementar em vigor**. 8 ed. e atual. até 31-12-2009. – São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 19. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina, e prática forense; modelos de petições, recursos, sentença e outros**. 33ª ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32ª edição com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª edição atualizada, 7ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 17ª edição. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1ª edição, 4ª tiragem. Editora Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. 5ª ed. corrigida, posta em dia e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MONTOURO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 22ª edição, com a colaboração de Luiz Antonio Nunes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. 5ª. Ed. rev. e ampl. Tradução de Eveline Bouteiller. Barueri, SP: Manole, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturante**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Vários tradutores. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 27ª Ed. São Paulo: 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10ª edição revista, atualizada e ampliada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral dos recursos**. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Tradução, notas e prefácio Paulo César de Souza. 10ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Face da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed., rev. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. **How judges think**. Harvard University College, USA, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RAMOS, Elivalda Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Una discusión sobre la teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROLAND, Paul. **Os julgamentos de Nuremberg: os nazistas e seus crimes contra a humanidade**. Tradução de Marisa Rocha Motta. São Paulo: M. Books do Brasil, 2013.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

RORTY, Richard. **Ensaio sobre Heidegger e outros**. Tradução de Marco Antonio Casanova. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

ROSA, Alexandre Moraes da. (et al.); (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karan Trindade. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Revisão técnica de Alysson L. Mascaro. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2007.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 4ª edição, revista, acrescida e atualizada. Vol. IV, arts. 763 a 922. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1957.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoria del Derecho**. 7ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2014.

\_\_\_\_\_. **El constitucionalismo de los derechos – Ensayos de filosofía jurídica**. Madri: Editorial Trotta, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª. Edição revista e atualizada., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982 (título original: *Verfassungslehre*, de 1927).

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Harvard, USA: 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 8ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Comentários contextual à Constituição**. 8ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **O proporcional e o razoável**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: n. 798: 23-50, 2002.

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. New York, USA: Barnes & Noble, 2004 (originally published in 1759).

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª edição. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª edição. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. ABBOUD, Georges. **O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2ª. ed. atual. ampl. São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª Ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

\_\_\_\_\_; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª. Ed. São Paulo: LTr, 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Ação rescisória no processo do trabalho**. 3ª ed. – São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. **Sistema dos recursos trabalhistas**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

TELLES JR., Goffredo. **Direito quântico. Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. 4ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1974.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Tradução de José Geraldo Couto. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de António José Brandão da 5ª edição correcta e actualizada segundo a 10ª. e última edição italiana. Coimbra-Portugal: Editora Amado-Editor, Sucessor Ceira, 1979.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2010.

VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions. Summaries of leading cases in U.S. Constitutional Law**. 6a. edition. Maryland, USA: Published by Rowman & Littlefield, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Estricto Direito e de Ação Rescisória**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.

WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. Tradução Marsely de Marco Martins Dantas. 1ª edição. São Paulo: Ícone, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta, 2011.