



AUGER

EDITORA

AÇÕES
CONSTITUCIONAIS
TRABALHISTAS

ORGANIZADORES

FELIPE PENTEADO BALERA
ROBERTA SOARES DA SILVA



SUMÁRIO

PREFÁCIO	3
Georgenor de Sousa Franco Filho	
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	6
Cristina Paranhos Olmos	
Raphael Jacob Brolio	
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: HIPÓTESES CARACTERIZADORAS E RESPECTIVAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS	15
Leonardo Aliaga Betti	
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE	36
Mauricio Pereira Simões	
Rafael Franco de Almeida	
CRIMES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO	54
Océlio de Jesus Carneiro de Moraes	
HABEAS CORPUS NA JUSTIÇA DO TRABALHO	69
Pedro Paulo Teixeira Manus	
Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro	
HABEAS DATA	85
Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho	
MANDADO DE INJUNÇÃO TRABALHISTA	107
Milton Vasques Thibau de Almeida	
MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL	133
Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro	
MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO TRABALHISTA	155
Ivani Contini Bramante	
RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	184
Vitor Salino de Moura Eça	

PREFÁCIO

Cada questão, cada problema, cada conflito que surge no cotidiano da convivência humana apresenta suas dificuldades e causa insegurança e incertezas. A cada um existe (ou pelo menos procura-se) um remédio adequado. Em todos os ramos do conhecimento é assim que se passam com as coisas e com as pessoas.

No mundo do Direito, existem diversos remédios que buscamos para sanar nossas dificuldades e minimizar nossas desilusões. Requeremos a proteção do Poder Judiciário sempre que temos, ou imaginamos ter, um direito contrariado ou negado. Para isso, no Brasil, temos toda uma complexa estrutura judiciária, com diversas instâncias e graus de jurisdição, com competências específicas, todas, ao cabo, alcançando, quando é o caso, a sua esfera mais elevada: o Supremo Tribunal Federal.

O remédio mais tradicional para chegar ao Excelso Pretório é o recurso extraordinário (art. 102, III, da Constituição da República de 1988), entretanto existem ações constitucionais outras, remédios que instrumentalizam o direito para garantir a efetiva aplicação da lei (veja-se os incisos I e II do mesmo art. 102 constitucional).

São várias ações específicas, que se aplicam também à esfera trabalhista, e este é o fim colimado por esta preciosa obra. Essas ações constitucionais compõem o grupo de garantias constitucionais, e, dentre elas, encontramos *habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de injunção*, *mandado de segurança individual e coletivo*, *reclamação constitucional*, além das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

Esta obra, denominada AÇÕES TRABALHISTAS CONSTITUCIONAIS, é fruto da dedicada organização dos professores FELIPE PENTEADO BALERA, Doutor em Direito e professor de Direito Constitucional em São Paulo, e ROBERTA SOARES DA SILVA, igualmente Doutora em Direito e professora assistente pró-Bono na PUC-SP, além de minha ilustrada confreira na Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS).

O que os eminentes juristas almejavam e conseguiram nesta obra foi reunir uma dezena de excelentes textos sobre os variados tipos de ações constitucionais trabalhistas, escritos por juristas de reconhecido valor, de vários Estados do Brasil, alguns dos quais igualmente integram a ABDSS.

Mercê de suas competências, essa plêiade de juristas pormenoriza aspectos altamente complexos das ações constitucionais trabalhistas, demonstrando sua relevância para a garantia dos direitos constitucionais que a Lei Fundamental de 1988 houve por bem proclamar.

Nesta obra, está estudo sobre ação direta de inconstitucionalidade, examinando os arts. 102, I, a, e 103 da Constituição e a Lei n. 9.868/99, da lavra dos juristas CRISTINA PARANHOS OLMOS e RAPHAEL JACOB BROLIO. Segue-se texto sobre ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apontando as hipóteses caracterizadoras do instituto e suas implicações jurídicas, do Magistrado LEONARDO ALIAGA BETTI. Os juristas MAURÍCIO PEREIRA SIMÕES E RAFAEL FRANCO DE ALMEIDA escrevem sobre ação declaratória de constitucionalidade numa visão panorâmica desse importante remédio. O professor e magistrado OCÉLIO DE JESUS CARNEIRO DE MORAIS cuida de um tema excelente para o Direito do Trabalho, qual seja *Crimes das Relações de Trabalho*, com relevantes sugestões sobre a ampliação da fiscalização das atividades laborais.

O Brasil perdeu, neste ano de 2022, um grande nome do Direito, meu amigo querido e saudoso, PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS. Ele e CARLOS AUGUSTO MARCONDES DE OLIVEIRA MONTEIRO escreveram o texto sobre *habeas corpus* na Justiça do Trabalho.

A obra prossegue, com o *habeas data* sendo objeto de comentário do Procurador do Trabalho AUGUSTO GRIECO SANT'ANNA MEIRINHO. MILTON VASQUES THIBAU DE ALMEIDA, brilhante jurista mineiro, e Desembargador do TRT das Minas Gerais, é o autor do texto sobre mandado de injunção trabalhista, onde aponta o fato de que a grande maioria das ações pretendendo injunção foi extinta pelo Excelso Pretório, exceto a da regulamentação do aviso prévio proporcional.

O mandado de segurança é objeto de dois textos. No primeiro, a Juíza EROTILDE RIBEIRO DOS SANTOS MINHARRO trata do mandado de segurança individual. No segundo, a Desembargadora do Trabalho do Tribunal Regional de São

Paulo IVANI CONTINI BRAMANTE cuida do mandado de segurança coletivo trabalhista.

Por fim, encerra a obra artigo do professor mineiro VITOR SALINO DE MOURA EÇA, tratando de reclamação constitucional, tema polêmico e interessante que é abordado com a acuidade tradicional ao jurista das Minas Gerais.

Importante lembrar, nesse aspecto, que, em volume anterior, foram reunidos outros excelentes textos cuidando das ações constitucionais previdenciárias, e agora é a vez das trabalhistas, o que permite sinalizar que a vocação de pesquisa e aprofundamento de estudos de seus organizadores nos levará, brevemente, a outras ações constitucionais de outros ramos do Direito.

Este livro possui um grande significado para o Direito e de modo especial para o Direito do Trabalho porque reúne, em um único volume, temas constitucionais relevantíssimos que raramente recebem a abordagem direta como no caso desta obra que chega às mãos dos estudiosos brasileiros em um momento de muita importância para a estabilidade social e democrática do Brasil

Parabenizo seus organizadores e os autores dos brilhantes textos, e ressalto a grande satisfação que tenho em prefaciá-la essa obra.

Belém, 14 de fevereiro de 2022

Georgenor de Sousa Franco Filho



Desembargador do Trabalho de carreira do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor Honoris Causa e Professor Titular de Direito Internacional e de Direito do Trabalho da Universidade da Amazônia. Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e Membro de Número da Academia Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, e Membro da Academia Paraense de Letras, da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social e da Academia Paraense de Letras Jurídica

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY

(Artigo 102, I, a, e 103 da CF e Lei 9.868/99)

Cristina Paranhos Olmos¹¹

Raphael Jacob Brolio²²

Resumo: O presente estudo tem o objetivo de analisar a ação direta de inconstitucionalidade, prevista no sistema processual constitucional brasileiro. Tratando-se de ação constitucional, seu trâmite contém regramento da própria Constituição Federal, e, ainda, de lei específica. Depois de analisadas as características fundamentais de referida ação constitucional, tratou-se do cabimento da medida para questões afetas às relações trabalhistas.

Abstract: This study aims to analyze the direct action of unconstitutionality, provided for in the Brazilian constitutional procedural system. In the case of constitutional action, its procedure contains rules of the Federal Constitution itself, and also of a specific law. After analyzing the fundamental characteristics of the aforementioned constitutional action, the measure was considered appropriate for issues related to labor relations.

Palavras-chave: Ação direta de inconstitucionalidade. Hipóteses de cabimento. Procedimento. Supremo Tribunal Federal. Trabalhista.

Keywords: Direct unconstitutionality action. Fitting hypotheses. Procedure. Federal Court of Justice. Labor.

Sumário: 1. Introdução; 2. Características gerais. Competência; 3. Ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade; 3.1. Legitimidade passiva; 3.2. Legitimidade ativa; 4. Procedimento da ação direta de inconstitucionalidade; 4.1. Petição inicial; 4.2. Pedido de informações e manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador Geral da República; 4.3. Instrução probatória; 5. Decisão da ação direta de inconstitucionalidade; 6. Recursos na ação direta de inconstitucionalidade; 7. Ações diretas de inconstitucionalidade em matéria trabalhista; 8. Conclusão; 9. Referências.

¹¹ Advogada. Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho da PUC/SP – COGEAE e da Escola Paulista de Direito.

cristina@olmosadvogados.com.br

²² Juiz do Trabalho. Pós-doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca (USAL) – Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho da Escola Paulista de Direito.

rjbrolio@gmail.com

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo tecer algumas considerações a respeito das ações diretas de inconstitucionalidade, com previsão nos artigos 102, I, a, e 103 da Constituição, além das disposições da Lei 9.868/99, especificamente no que se refere às questões afetas ao Direito do Trabalho.

A análise é feita de forma sucinta, que não tem a pretensão de encerrar o tema, mas apenas de tecer considerações a respeito de assunto de tamanho interesse e importância a fim de manter a ordem constitucional em nosso sistema.

Ao final, ilustramos o estudo com as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade processadas perante o Supremo Tribunal Federal, em matéria trabalhista.

2. Características gerais. Competência

Trata-se de espécie de processo objetivo, em razão da ausência de conflitos de interesses para ser resolvido pelo Poder Judiciário.

Sua finalidade não é a aplicação de norma jurídica ao caso concreto, mas apenas discutir a adequação de lei ou ato normativo ao texto constitucional. Assim, na ação direta de inconstitucionalidade, analisa-se a lei em tese, a fim de se adequar as normas infraconstitucionais às normas constitucionais.

Embora não seja ação de jurisdição contenciosa, não pode ser considerada de jurisdição voluntária, embora contenha algumas características similares.

As ações de controle concentrado de constitucionalidade devem ser consideradas ações declaratórias necessárias³³, porque por meio delas se persegue o bem da vida, que não pode ser obtido sem a intervenção jurisdicional.

Portanto, não há a aplicação do direito material ao caso concreto para a solução de conflito entre as partes, mas sim a análise de adequação da norma ao texto constitucional. Trata-se, pois, de *especial processo que se desenvolve no âmbito da jurisdição contenciosa*⁴⁴.

O artigo 102, I, a, da Constituição Federal determina que é do Supremo Tribunal Federal a competência originária para a apreciação da ação direta de inconstitucionalidade de lei, ato normativo federal ou estadual, se alegada contrariedade ao texto constitucional. Trata-se do controle concentrado da constitucionalidade das normas.

Ressalte-se que os Tribunais de Justiça também têm competência para o julgamento

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*, p. 28.

⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*, p. 29.

de ação direta de inconstitucionalidade, mas apenas em relação à ofensa à Constituição Estadual (artigo 125, §2º, CF).

3. Ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade

3.1. Legitimidade passiva

Como regra geral, a relação processual é tríplice, composta por três sujeitos: demandante, demandado e juiz, sendo este último o sujeito imparcial do processo.

O processo objetivo, do qual é exemplo a ação direta de inconstitucionalidade, é exceção à regra tríplice, pois não há réu.

São convocados os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou ato normativo objeto da ação apenas para prestarem informações, de maneira que não podem ser considerados partes na ação.

O Advogado-Geral da União atua como defensor da constitucionalidade do ato normativo impugnado, mas não é parte, e, por isso, não compõe o polo passivo da ação, visto que não é contra ele o pedido da prefacial. Pode ser concluído, assim, que o Advogado-Geral da União atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado (lei ou ato normativo).

Nesse sentido, por não haver réu na ação, a relação tríplice não é formada.

3.2. Legitimidade ativa

O artigo 103 da Constituição Federal traz o rol dos legitimados para figurarem no polo ativo da ação direta de inconstitucionalidade, incentivando sua propositura e, naturalmente, atuando a fim de fortalecer o controle concentrado da constitucionalidade.

O direito objeto da ação direta de inconstitucionalidade é difuso, e, por isso, é certo que o autor, legitimado ativo, estará em juízo defendendo direito alheio em nome próprio.

Em síntese, os legitimados para a propositura da ação são divididos em: a) legitimados universais e b) legitimados especiais.

São legitimados universais aqueles cujo papel institucional assegura a defesa da Constituição em qualquer hipótese: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional.

São legitimados especiais aqueles cuja atuação é restrita às questões tratadas pelos grupos que representam: Mesa de Assembleia Legislativa, Governador de Estado,

Governador do Distrito Federal, confederações sindicais, entidades de classe de âmbito nacional.

4. Procedimento da ação direta de inconstitucionalidade

4.1. Petição inicial

O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade é feito mediante a apresentação de petição inicial, acompanhada de procuração (se for o caso) com poderes específicos, com cópia da lei ou do ato normativo impugnado, com os documentos para a comprovação da impugnação (artigo 3º, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99). Não é admitida desistência da ação.

É necessária a descrição da norma considerada inconstitucional, apontando o preceito constitucional violado, além de serem indicadas as razões pelas quais há incompatibilidade entre uma norma e outra. Ao autor caberá sempre a indicação expressa de qual das modalidades de inconstitucionalidade representa sua pretensão.

É necessário que seja indicado valor à causa, consoante artigo 319, V, do Código de Processo Civil, mesmo que seja valor aleatório, já que o bem pretendido é inestimável.

A cumulação de pedidos é possível, de sorte que várias normas legais podem ser apontadas como inconstitucionais na mesma ação, até mesmo cumulando-se a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (STF, Tribunal Pleno, ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, DJe 24/02/2016).

Nos termos do artigo 492 do Código de Processo Civil, não é permitido ao magistrado conceder tutela distinta ou além daquela que for pedida pelo autor da ação. No processo objetivo, entretanto, a regra da adstrição apresenta exceção, consistente na inconstitucionalidade reflexa, por ricochete, por consequência, arrastamento ou por atração.

Assim, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade de outras normas que não foram impugnadas na ação, desde que, claro, exista interdependência com a norma declarada inconstitucional.

Na ação direta de inconstitucionalidade é aplicada a regra da estabilização objetiva da demanda, de forma que qualquer emenda ou aditamento da petição inicial só podem ser admitidos antes do requerimento de informações à autoridade ou ao órgão que produziu a norma tida por inconstitucional.

O artigo 4º da Lei n. 9.868/99 autoriza que a petição inicial seja indeferida pelo relator, quando inepta, não fundamentada e manifestamente improcedente. Trata-se, portanto, de previsão excepcional à regra do artigo 332 do Código de Processo Civil.

A fim de impugnar a decisão monocrática de manifesta improcedência da ação deve ser utilizado o artigo 1.021 do Código de Processo Civil, que assegura à parte inconformada o manejo do agravo interno, além da aplicação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 317).

4.2. Pedido de informações e manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador Geral da República

Após o trâmite inicial da ação, como exposto anteriormente, o relator da ação requisitará informações às autoridades ou órgãos que deram origem à lei ou ao ato normativo impugnados. Para tanto, há intimação da autoridade ou representante legal do órgão para responder em trinta dias, a contar do recebimento do pedido.

Não há, entretanto, qualquer tipo de preclusão, caso não haja resposta a tempo do intimado para tanto, hipótese em que o relator deverá seguir normalmente o trâmite da ação. Ainda que as informações sejam prestadas apenas após a oitiva do Advogado-Geral da União ou Procurador-Geral da República, não há prejuízo ao andamento do feito, admitindo-se as informações como parte do processo.

Após as informações ou encerrado seu prazo, sem que sejam prestadas, nos termos do artigo 8º da Lei n. 9.868/99, no prazo de quinze dias sucessivos, devem ser ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República.

4.3. Instrução probatória

Ainda que, como regra, a ação direta de inconstitucionalidade verse exclusivamente sobre matérias de direito, o artigo 9º, §1º, da Lei n. 9.868/99, prevê que em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações nos autos, o relator pode requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para parecer sobre determinada questão, ou mesmo designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria da ação.

De qualquer forma, deve ser observado que a instrução probatória não se presta à prova dos fatos constitutivos do direito do autor, mas recai sobre fatos do processo legislativo, forma de incidência e repercussão prática da declaração de constitucionalidade ou não da norma impugnada.

5. Decisão da ação direta de inconstitucionalidade

Nos exatos termos dos artigos 22 e 23 da Lei n. 9.868/99, a decisão da ação direta de inconstitucionalidade exige pelo menos oito ministros na sessão de julgamento, e que pelo menos seis ministros acolham o pedido da ação.

O artigo 24 da Lei n. 9.868/99 trata da natureza dúplice da ação, de maneira que, caso o pedido inicial seja rejeitado, importa a declaração de constitucionalidade da norma atacada.

Após proferido o acórdão, a decisão será comunicada à autoridade ou ao órgão responsável pelo ato, e, em dez dias após o trânsito em julgado, é publicada a parte dispositiva da decisão. Em razão de ser cabíveis embargos de declaração, a comunicação deverá ser feita somente após a constatação de que não houve embargos de declaração, ou após seu julgamento.

A natureza da decisão é declaratória, e, em caso de improcedência, mantém-se o *status quo ante*, considerado o estado natural da norma, de constitucionalidade.

No caso de procedência, por outro lado, a norma é declarada inconstitucional, e a natureza de referida decisão é também declaratória. Não há desconstituição da norma, mas apenas sua declaração de nulidade, com efeito, em regra, *ex tunc*.

Por outro lado, especificamente para a ação direta de inconstitucionalidade, há previsão no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, que faculta ao Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que só tenha eficácia após o trânsito em julgado, ou, ainda, a partir de outro momento que será fixado pelos julgadores.

Assim, conforme a disposição legal indicada, há possibilidade de modulação da decisão de três diferentes maneiras: 1) *ex tunc* restritiva, com limitação temporal da retroatividade dos efeitos da declaração; 2) *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado; 3) eficácia projetada para o futuro, com efeitos condicionados a limite temporal fixado pelo tribunal⁵.

A possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é possível para que seja garantida a segurança jurídica ou ante excepcional interesse social⁶.

Se não houver pronunciamento expreso a respeito da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, presume-se que deverá ser observada a regra geral, sendo os efeitos da declaração *ex tunc*.

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**, p. 54.

⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 2.797 ED/DF, rel. Ministro Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Ayres Britto, j. 16/5/2021, DJe 28/2/2013.

Trata-se de presunção relativa, que pode ser elidida por embargos declaratórios que deverão ser manejados pelos interessados, visando ao pronunciamento explícito a respeito da eficácia da decisão.

6. Recursos na ação direta de inconstitucionalidade

A própria Lei n. 9.868/99 estabeleceu que a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma é *irrecorrível*, à exceção do inequívoco cabimento de embargos de declaração.

A intenção do dispositivo legal mencionado é se referir ao mérito da ação (art. 487, I, CPC), mas, tratando-se de decisão de extinção da ação sem pronunciamento sobre seu mérito (art. 485 do CPC), a decisão será da mesma forma irrecorrível.

Há que se considerar, entretanto, que qualquer decisão monocrática, mesmo na ação direta de inconstitucionalidade, poderá ser recorrível por agravo interno, conforme artigo 1.021 do CPC. No mesmo sentido, se apresentados embargos de declaração contra decisão monocrática (de relator ou presidente), poderão ser recebidos como agravo interno, o que implicará a intimação do recorrente para complementar suas razões recursais em cinco dias (art. 1.024, §3º, CPC).

Assim, a recorribilidade da decisão da ação direta de inconstitucionalidade depende essencialmente de ser monocrática ou colegiada, sendo permitido o recurso apenas para a decisão monocrática, *excetionado o recurso de embargos de declaração, sempre cabível*.

Vale registrar que é vedada a ação rescisória na ação direta de inconstitucionalidade, por força da disposição do artigo 26 da Lei n. 9.868/99.

7. Ações diretas de inconstitucionalidade em matéria trabalhista

Apenas com o objeto de ilustrar e ressaltar a importância do cabimento da ação direta de inconstitucionalidade também em matéria trabalhista, tratamos, a seguir, de algumas decisões de interesse específico na área.

Uma das mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade tem causado grande repercussão nos tribunais trabalhistas, porque, em 18 de dezembro de 2020, foi decidido que os índices monetários IPCA-e (fase pré-judicial) e Selic (a partir da citação) devem ser aplicados para a correção dos créditos trabalhistas, ante a declaração de inconstitucionalidade da taxa referencial – TR, até então utilizada em referidas ações. Os efeitos de referida decisão foram modulados, para que

todos os pagamentos já feitos com aplicação de IPCA-e TR, ou outro índice, sejam válidos, sem qualquer possibilidade de rediscussão (ADIS 5867 e 6021 e ADCs 58 e 59).

Outra decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal que interessa à área trabalhista foi a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que estabeleça medidas sobre meio ambiente do trabalho.

A decisão foi proferida na ADI 3.811, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e declarou a inconstitucionalidade Lei n. 4.735/206 do Estado do Rio de Janeiro, firmando que é inconstitucional lei estadual que estabeleça medidas para evitar a intoxicação de trabalhadores por substâncias químicas presentes em tintas e anticorrosivos e condicione o uso de revestimento e pinturas anticorrosivas à comprovação de atoxidade à saúde do trabalhador e ao meio ambiente.

Por outra recente decisão do STF em ADI, foi referendada, por maioria, a medida cautelar deferida na ADI 6327, “a fim de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, § 1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei nº 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto nº 3.048/99), e assim assentar (com fundamento no bloco constitucional e convencional de normas protetivas constante das razões sistemáticas antes explicitadas) a necessidade de prorrogar o benefício, bem como considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto nº 3.048/99” (ADI 6327, Ref-MC, rel. min. Edson Fachin, j. 3-4-2020, DJe de 19/6/2020).

Importante decisão foi proferida por maioria dos ministros do STF, ao não referendarem a medida cautelar concedida na ADI Nº 6363, mantendo, assim, a eficácia da Medida Provisória 936 de 2020, que autoriza a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do Covid-19, independentemente de anuência sindical. (ADI 6363 MC-Ref/DF, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 16 e 17.4.2020, Informativo STF nº 973).

8. Conclusão

Analisada a ação direta de inconstitucionalidade, é certo que seu cabimento é absolutamente possível para tratar de matéria trabalhista, e tem sido utilizado de forma até bastante comum perante o Supremo Tribunal Federal.

Certamente as dificuldades do Poder Legislativo exigem manifestação do Poder Judiciário, para que a ordem constitucional jamais seja ofendida, assegurando-se, dessa maneira, o sistema normativo em perfeita harmonia com a Constituição Federal, sem perder de vista a importância da segurança jurídica ao jurisdicionado.

9. Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NERY JR, Nelson. **Recursos na ação direta de inconstitucionalidade**. In: ALVIM, Eduardo Pellegrino de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 5ª ed. – rev. atual. ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO:

HIPÓTESES CARACTERIZADORAS E

RESPECTIVAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION: CHARACTERIZING
HYPOTHESES AND RESPECTIVE LEGAL IMPLICATIONS

Leonardo Aliaga Betti⁷

Resumo: A partir das transformações ocasionadas pelo constitucionalismo social, o presente artigo analisa as hipóteses que dão ensejo a verdadeiro estado de inconstitucionalidade causado pela omissão legislativa. Para tanto, apontam-se as situações que caracterizam típicas omissões inconstitucionais, bem assim o comportamento que o Supremo Tribunal Federal vem adotando em relação a esse tema, tanto nos assuntos de interesse geral como naqueles relacionados ao direito do trabalho. O resultado revela o cuidado com que a Corte Constitucional brasileira vem tratando o assunto, especialmente em função da tênue linha que o separa, em questões desse relevo, do exercício da própria função legislativa.

Abstract: Based on the transformations caused by social constitutionalism, this article analyzes the hypotheses that give rise to the true state of unconstitutionality caused by legislative omission. For that, the situations that characterize typical unconstitutional omissions are indicated, as well as the behavior that the Federal Supreme Court has been adopting about this theme, both in matters of general interest and in those related to labor law. The result reveals the care with which the Brazilian Constitutional Court has been dealing with the matter, especially due to the fine line that separates it, in matters of this importance, from the exercise of legislative function.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Omissão inconstitucional.

Keywords: Direct Unconstitutionality Suit. Unconstitutional Omission.

Sumário: 1. Introdução; 2. O problema da caracterização da inconstitucionalidade por omissão; 2.1. Uma breve contextualização; 2.2. Os diferentes tipos de omissão inconstitucional; 3. As consequências jurídicas da decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão; 4. Concessão de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

⁷ Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Processo Civil na Universidade de Mogi das Cruzes (UMC) e na Escola Paulista de Direito (EPD). Juiz Titular da 3ª Vara do Trabalho de Mogi das Cruzes (TRT/SP). *E-mail:* labetti@uol.com.br

Classicamente, os estudos a respeito dos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade foram centrados em ações legislativas típicas, sendo inconcebível que a simples *omissão* do legislador pudesse dar ensejo a algum *estado de inconstitucionalidade*. Dentro da concepção liberal, essa postura mostrou-se plenamente justificável, uma vez que o modelo de Estado nela inserido é naturalmente omissivo, eis que sua finalidade precípua é simplesmente resguardar liberdades fundamentais já consagradas no texto constitucional.

Essa realidade mudou a partir do momento em que o Estado tipicamente omissivo deu lugar ao modelo intervencionista, cujo objetivo primordial passou a ser a garantia de vida digna, a partir da inserção de *promessas de implementação* de direitos sociais e econômicos. Nesse sentido, o *agir*, mormente em sua feição *legislativa*, deixou de ser mero detalhe para se transformar na principal missão do Estado de Direito.

A fundamental consequência dessas transformações está no fato de que o *omitir-se* do legislador passou a ter grande relevância. Afinal, o estado de inconstitucionalidade derivado da inércia legislativa tornou-se verdadeiro *problema*, tanto que jurisprudência e doutrina passaram a debruçar-se sobre as consequências jurídicas dessa omissão.

O presente artigo tem a finalidade de identificar o tratamento que vem sendo conferido às hipóteses em que o legislador deva ser *compelido judicialmente* a executar o seu trabalho. A ideia é examinar até que ponto o Supremo Tribunal Federal (STF) considera caracterizada verdadeira omissão inconstitucional – inclusive no trato de questões trabalhistas – e qual é a postura adotada pelo órgão a respeito.

Trata-se, sem dúvida, de assunto extremamente delicado, eis que a solução a ser dada pela Corte pode de certo modo interferir na autonomia que se deve garantir aos Poderes para o pleno exercício das funções estatais.

Para a consecução do objetivo proposto, será contextualizado, em princípio, o problema atinente à própria caracterização de omissão legislativa inconstitucional, examinando-se as principais hipóteses de omissão e a atual visão do fenômeno pelo STF, inclusive naqueles casos em que, a despeito de iniciar o processo legislativo, o legislador é *moroso* na conclusão desse mister.

Na sequência, o estudo procurará identificar as consequências jurídicas da decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão: pode o *STF legislar* para solucionar o problema ou não tem legitimidade para tanto? Tem a decisão proferida pela Corte caráter mandamental ou constitui simples *recado* ao legislador? Haveria aqui hipótese autorizada de

submissão da atividade típica de um Poder a outro?

Ao final, após serem tecidos ainda alguns comentários sobre a possibilidade de concessão de medidas cautelares em controle de constitucionalidade por omissão – assunto que gera certa perplexidade, eis que, à primeira vista, a solução para a detecção de uma omissão inconstitucional parece ser a de simplesmente *legislar*, algo aparentemente incompatível com qualquer tipo de providência meramente acauteladora no âmbito de um processo judicial –, será então possível delinear nossas conclusões acerca de tão instigante tema, obviamente sem a mínima pretensão de esgotar por qualquer modo o assunto.

Eis a proposta deste trabalho.

2. O problema da caracterização da inconstitucionalidade por omissão

2.1. Uma breve contextualização

Dogma dos mais difundidos no mundo jurídico, especialmente a partir da teorização formulada por Montesquieu, a tripartição dos poderes propõe o estabelecimento de um sistema em que as funções típicas do Estado sejam exercidas de modo harmônico entre si. Ao mesmo tempo, garante-se a independência dos órgãos responsáveis por concretizar essas atribuições, o que, na atualidade, é reconhecido nas Constituições das principais ordens democráticas mundiais, incluída a brasileira.

É certo que, se levada às últimas consequências, a autonomia que as funções do Estado ostentam não toleraria qualquer tipo de ingerência recíproca, mínima que fosse, no exercício das respectivas competências. Nesse sentido, seria inimaginável que o Poder Judiciário pudesse, exemplificativamente, *impor* ao Legislativo o cumprimento de sua atribuição clássica – a de legislar –, ou, pior ainda, que pudesse, no exercício de típica atividade jurisdicional, imiscuir-se, ele próprio, na atividade legiferante.

O exemplo é proposital para os fins a que nos propomos nestas breves linhas.

No Estado de Direito, o estabelecimento da premissa de que a lei é “expressão da vontade geral” (conforme o art. 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) confere ao responsável por elaborá-la certa proeminência perante os demais Poderes. A justificativa para essa compreensão é bem vista na obra de John Locke, para quem o Poder Legislativo é “poder supremo, ao qual todos devem estar subordinados”⁸, principalmente porque a lei sempre foi, ao menos nos Estados democráticos, o instrumento

⁸ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 518.

destinado ao exercício das liberdades fundamentais.

Considerando a relevância da lei para a própria consecução desse objetivo, as Constituições reservam, desde sempre, espaço importante para que elas mesmas sejam completadas, acabadas, aperfeiçoadas por meio de atividade legiferante. Trata-se da chamada *reserva legal*, instrumento imprescindível para que o Estado coloque em prática o projeto elaborado pelo Constituinte, e que se identifica, a exemplo da Constituição brasileira, por expressões típicas como “na forma da lei”, “nos termos da lei”, “lei estabelecerá”, “fixado em lei”, dentre outros.

A questão é que, se a partir do pressuposto de que o legislador deve ter *completa autonomia* para o desempenho da atividade legislativa, algumas perplexidades podem se concretizar: é perfeitamente possível que o legislador, muitas vezes, ao sabor de determinada ideologia dominante em certo contexto histórico, empreenda o trato legal de institutos relevantes de modo imperfeito, alheio ao próprio espírito que norteou o Constituinte, ferindo, por isso mesmo, a própria Constituição.

O problema mais óbvio do uso exagerado da liberdade de legislar é classicamente identificado na *elaboração* de normas que contrariam o texto constitucional, ou seja, no ato de legislar em si. Por essa razão, as Constituições passaram a se ocupar do estabelecimento de peculiar mecanismo de limitação da atividade legislativa: o controle de constitucionalidade, que, de tão relevante para a garantia da supremacia das Constituições, é exercido pelos três Poderes, em diferentes momentos do processo legislativo⁹. Enxerga-se aqui exemplo típico dos *freios e contrapesos* característico ao exercício moderado e harmônico das funções do Estado¹⁰.

Não é objetivo deste trabalho imiscuir-se nas particularidades dos diferentes regimes de controle de constitucionalidade, mas é importante pontuar que eles têm como embrião comum o de impedir que a *atividade* do Parlamento possa, de algum modo, afrontar a Constituição. A questão é: e os casos em que o Parlamento *deixa de agir quando deveria*, omitindo-se em sua função de legislar? Tem essa postura (ou melhor, a *falta dela*) efeitos relevantes ao ponto de se considerar existente verdadeiro *estado de inconstitucionalidade*? Haveria controle possível a essa inércia, sem afronta à tripartição de poderes?

Ao longo do século XIX, assim também na primeira metade do século XX, não houve

⁹ No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido: ainda durante a tramitação do projeto de lei, pelo próprio Legislativo, em regra pelas Comissões de Constituição e Justiça; logo após sua aprovação, pelo Poder Executivo, por meio do veto; e, após sua aprovação, já em vigor, pelo Poder Judiciário, tanto por controle concreto como abstrato.

¹⁰ A esse respeito, MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

preocupação legalmente estabelecida, ou judicialmente construída, com algum tipo de controle do *silêncio legislativo* supostamente causador de inconstitucionalidade¹¹, condição que pode ser atribuída a duas razões principais: a primeira, de ordem política, ligada à concepção clássica da autonomia dos poderes, que de certa forma era alheia até mesmo ao controle de constitucionalidade de atos comissivos¹²; e a segunda, relacionada à própria evolução do constitucionalismo, que deixou de lado o clássico modelo liberal e inaugurou regime absolutamente distinto.

O segundo ponto merece alguma digressão.

A transformação do Estado liberal, não intervencionista e omissivo, em Estado do Bem-Estar Social – passando pela experiência do Estado Social propriamente dito¹³ – trouxe consigo novo modelo de Constituição, ao mesmo tempo programático e recheado de promessas sociais e econômicas que, para se efetivarem, demandariam – e até hoje demandam – intensa atividade legislativa.

Assim, enquanto o modelo liberal era omissivo, não intervencionista, muito mais não havia que se esperar do legislador, exceto no plano organizacional do Estado e da preservação das liberdades fundamentais (estas últimas, por sinal, já garantidas, em suas linhas gerais, no próprio texto constitucional). Ao contrário, a partir do momento em que a Constituição *promete* leis que devam concretizar o modelo *comissivo* de Estado – especialmente no plano dos direitos prestacionais – o silêncio do legislador passa a ser objeto de preocupação, chegando ao ponto de gerar, por si só, inconstitucionalidade, na medida em que o texto constitucional não é *completado como deveria ser*¹⁴.

¹¹ É por isso que se afirma que, por longo tempo, simplesmente não se desenvolveu qualquer teoria ligada ao controle das omissões constitucionais. Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1415.

¹² Nesse sentido, o art. 68 da Constituição brasileira de 1934 dispunha que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Ora: é possível que a inércia do legislador fosse fruto de uma *escolha política* – a de não legislar sobre determinada matéria –, de modo que o estabelecimento de algum tipo de controle dessa possível *opção pelo silêncio* implicaria em indevida interferência de um Poder em outro. O dispositivo foi repetido na Constituição de 1937, em seu art. 94.

¹³ Que não se confunde com o socialismo propriamente dito. A diferença, essencial, reside no fato de que, enquanto o Estado Social buscou compatibilizar o capitalismo com uma ordem jurídica justa, solidária e democrática, o Estado Socialista rompeu com o próprio modelo capitalista, propondo a formação de um Estado proletário, com a abolição da propriedade privada, que é um dos símbolos mais eloquentes do capitalismo. Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 185.

¹⁴ Nesse sentido, é a lição de Canotilho: “O reconhecimento da possibilidade de não cumprimento da constituição em virtude de um silêncio inconstitucional dos órgãos legislativos assenta no pressuposto da *superioridade formal e material da constituição relativamente à lei ordinária*. A lei constitucional impõe-se como determinante heterónoma superior e como parâmetro da constitucionalidade não só quando o legislador actua em desconformidade com as normas e princípios da constituição como quando permanece inerte, não cumprindo as normas constitucionalmente impositivas de medidas legislativas necessárias para a *concretização* da lei fundamental. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional: teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 919.

É por isso que as omissões do legislador, de certa forma convenientemente ignoradas até a eclosão do constitucionalismo social, passaram a ganhar relevância.

Tratando da experiência alemã, Gilmar Mendes identifica a distinção entre esses modelos:

Em 1911, ressaltava Kelsen que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigurava-se inadmissível. [...] Esse entendimento assentava-se, de um lado, na ideia de uma irrestrita liberdade legislativa e, de outro, na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade.

Essa questão sofreu significativa mudança com o advento da Lei Fundamental de 1949. A expressa vinculação do legislador aos direitos fundamentais (art. 1º, par. 3º) e à Constituição como um todo (art. 20, III) estava a exigir o desenvolvimento de uma nova concepção. Já em 1951 passou a doutrina a admitir, pela voz eloquente de Bachof, a possibilidade de responsabilização do Estado em virtude de ato de índole normativa, caracterizando uma ruptura com o entendimento até então vigente, baseado na própria jurisprudência do *Reichsgericht* [...]¹⁵.

Está aqui a razão pela qual apenas a partir da segunda metade do século XX de fato se iniciaram estudos mais aprofundados em relação ao controle das omissões legislativas: nunca se esperou tanto do legislador como a partir da introdução do modelo pautado no constitucionalismo social; naturalmente, sua inércia passou a ser concebida como verdadeiro problema na consecução dos objetivos estampados nas Constituições, especialmente as de índole social.

Especificamente no Brasil, a maturação desse raciocínio demorou ainda um pouco mais. Sob a égide de todas as Constituições anteriores a 1988, negou-se qualquer possibilidade de se impor ao legislador a edição de normas, mesmo reclamadas pelo texto constitucional. Em direito do trabalho, isso é verificado em diversas passagens, que, embora extraídas de ações de índole individual, permitem identificar o quão distante a jurisprudência ainda esteve de reconhecer eventual *mora legislativa* caracterizadora de verdadeira inconstitucionalidade.

Um exemplo dessa mentalidade identifica-se no Recurso Extraordinário 12.049: invocando dispositivos da Constituição de 1946 que previam proteção à família e à infância (arts. 163 e 164 da Carta), e conjugando-os com o art. 147 da mesma Carta (que estabelecia a função social da propriedade), determinado trabalhador buscou, judicialmente, obstar

¹⁵ Ibid., p. 1416.

transferência de posto para outra cidade. No Supremo Tribunal Federal, decidiu-se pelo caráter meramente programático de tais regras, as quais, enquanto não reguladas por lei especificamente no sentido almejado pelo trabalhador, não teriam o condão de produzir qualquer efeito. Reconheceu-se, portanto, a incompletude do texto constitucional, mas sequer se sugeriu a possibilidade de existência de omissão *inconstitucional* do legislador à época.

Já no Agravo de Instrumento 13.375¹⁶, o trabalhador buscava dar efetividade ao disposto no art. 157, III da Constituição de 1946, que previa direito a “salário do trabalho noturno superior ao do diurno”. A decisão que lhe negou guarida pautou-se na eficácia limitada de tal regra, dependente de regulação por lei ordinária, de modo que “enquanto esta não dispuser a respeito, há que aguardar a adoção, contendo as regras e as medidas justas aplicáveis”. Novamente, nada se dispôs sobre eventual *inconstitucionalidade* da falta de regulamentação do dispositivo em questão.

Ao mesmo tempo, a existência de previsão constitucional expressa quanto à caracterização de inconstitucionalidade por omissão – e possibilidade de controle disso – só veio a ocorrer no Brasil na Carta de 1988, demora que, por sinal, ainda reflete certa tendência no mundo ocidental de não incorporar essa espécie peculiar nos diferentes textos constitucionais. Canotilho chama atenção para essa raridade, mencionando que, ao lado da brasileira, a Constituição portuguesa de 1976 é um dos poucos textos constitucionais que preveem mecanismos de saneamento dessa anomalia¹⁷.

De fato, no caso brasileiro, a Constituição vigente surgiu como verdadeiro “divisor de águas” para a clássica visão restritiva do controle de constitucionalidade por omissão, introduzindo no ordenamento brasileiro dois importantes mecanismos de controle desse tipo de inconstitucionalidade: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

Grosso modo, é possível distinguir esses instrumentos a partir da aplicabilidade e dos efeitos da decisão a ser tomada em cada caso.

Do ponto de vista da aplicabilidade: enquanto o mandado de injunção é restrito aos casos em que a omissão legislativa afronta direitos e liberdades fundamentais individuais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode abranger *qualquer* omissão legislativa tida por inconstitucional.

Em relação aos efeitos da decisão, é possível afirmar que, no *writ*, eles são

¹⁶ DJ de 29/09/1947, rel. Min. Ribeiro da Costa.

¹⁷ *Ibid.*, p. 919.

interpartes, como regra¹⁸, visto que a ação é subjetiva e o controle se dá pela via concreta. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, os efeitos são *erga omnes*, característicos da natureza abstrata, objetiva, do respectivo processo. O foco deste trabalho insere-se no *controle abstrato* da omissão ensejadora do estado de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, espécie da única ação direta de inconstitucionalidade prevista no ordenamento.

2.2. Os diferentes tipos de omissão inconstitucional

É possível resumir as hipóteses de inconstitucionalidade por omissão a duas principais: a omissão total (também chamada de absoluta) e a parcial. Enquanto a primeira se caracteriza na hipótese em que “o legislador não empreende a providência legislativa reclamada”¹⁹, a omissão parcial é identificável quando o ato normativo até é produzido, mas não atende integralmente à vontade do Constituinte, ferindo, como regra – mas não exclusivamente –, o princípio da isonomia.

Essa distinção vem bem delineada na ADI-MC 1439/DF, da seguinte forma:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público²⁰.

Há vários exemplos de um e outro tipo de omissão na jurisprudência do STF.

Hipótese de omissão total identifica-se na ADI 2061/DF. No caso, o Partido Democrático Trabalhista – PDT intentou ação em função do silêncio do Presidente da República quanto ao dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de remuneração dos servidores da União, tal como determinado pelo art. 37, X da Constituição Federal. Na decisão proferida, reconheceu-se caracterizada a mora do Presidente,

¹⁸ Excepcionalmente, eles podem tomar proporções *ultra partes*: é o caso do mandado de injunção coletivo, de que se tem famoso exemplo o MI 670/ES, em que, ao reconhecer que o exercício do direito de greve do servidor público vinha sendo obstado por mora legislativa, o STF concedeu prestação jurisdicional capaz de afetar todos os servidores públicos do país. DJe de 31/10/2008, rel. Min. Maurício Corrêa; rel. para o acórdão, Min. Gilmar Mendes.

¹⁹ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Ibid.*, p. 1423.

²⁰ DJ de 30/05/2003, rel. Min. Celso de Mello.

determinando-se sua ciência para a providência que lhe foi constitucionalmente confiada e em relação à qual reinava silêncio absoluto²¹. No caso concreto, o legitimado a figurar no polo passivo não foi o Parlamento, mas o Presidente da República, uma vez que a hipótese versava sobre espécie legislativa cuja competência privativa para iniciativa era do Presidente, à luz do disposto no art. 61, § 1º, II, a da Constituição.

O exemplo é interessante, porque deixa entrever que não necessariamente o Poder Legislativo é o destinatário direto desse tipo de ação. Como bem pontua Gilmar Mendes, como o processo legislativo é ato complexo, embora seja natural que o Poder Legislativo normalmente figure como destinatário da ordem a ser emanada, há que se reconhecer que as hipóteses de iniciativa reservada estabelecidas pela própria Constituição deslocam para os respectivos órgãos o objeto da ação direta de inconstitucionalidade²².

De todo modo, as hipóteses de omissão total também devem ser examinadas à luz de outro problema: a partir de que momento considera-se *em mora* o legislador?

A doutrina é pacífica quanto à caracterização de mora naqueles casos específicos em que a própria Constituição estabelece prazo para o legislador editar determinada lei²³. Nesses casos, ultrapassado o tempo fixado pelo Constituinte, está bem caracterizada a inconstitucionalidade por omissão, passível, pois, de controle judicial. Embora essa hipótese não seja tão comum, é identificável em algumas passagens do texto constitucional, com mais ênfase no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como, por exemplo, no caso do art. 59, que estabelecia seis meses para que o Congresso Nacional legislasse quanto aos projetos de lei relativos à organização da seguridade social e planos de custeio e de benefício: superado tal prazo, intentou-se o MI 232/RJ, que reconheceu a mora do Congresso²⁴.

O problema está naqueles casos em que não existe esse prazo, ou seja, a grande maioria. Para tais, há quem diga ser impensável a caracterização de omissão inconstitucional propriamente dita, estando a cargo da conveniência do Legislativo deliberar a respeito²⁵. Por outro lado, há doutrina considerável no sentido de que a passagem de “tempo razoável” é pressuposto indispensável para a caracterização da omissão inconstitucional²⁶. *Qual seria* esse tempo é questão irrespondível de pronto, mas é possível

²¹ DJ de 25/4/2001, rel. Min. Ilmar Galvão.

²² Ibid., p. 1421/1422.

²³ Nesse sentido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107/109.

²⁴ DJU de 27/3/1992, rel. Min. Moreira Alves.

²⁵ É o caso de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit.

²⁶ Jorge Miranda chama o requisito em comento de “tempo histórico”. MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito**

afirmar que, quanto mais complexo for o tema a ser legislado, tanto maior deverá ser o *tempo de espera*.

De todo modo, são várias as situações em que o STF enfrentou o tema em comento, concluindo, exemplificativamente, que o decurso do prazo de cinco anos para a regulamentação de crime de usura previsto no § 3º do art. 192 da Constituição fora demasiado suficiente para caracterizar a mora inconstitucional (MI 283/DF²⁷) e que, em típico caso trabalhista ainda pendente de conclusão, a passagem de mais de dezesseis anos para a edição da lei de que cuida o art. 3º da EC 45/2004 (que cria o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas) também é geradora de omissão inconstitucional (ADO 27).

Os casos de omissão parcial, por sua vez, levam a algumas outras reflexões, sendo despiciendo notar que inexistente *mora* a ser enfrentada neste caso.

Quando se afirma que o legislador cumpriu *mal* sua função legislativa – omissão parcial –, tem-se situação peculiar em que existe lei, mas ela não atende a contento o mandamento constitucional. Um bom exemplo dessa situação, observa-se em discussão travada na já mencionada ADI 1439, em que se debateu sobre a inconstitucionalidade da fixação legal de salário-mínimo em valor incapaz de atender às necessidades básicas do trabalhador na forma prometida pelo Constituinte. Na ocasião, observou-se que a insuficiência do valor correspondente ao salário-mínimo configurou descumprimento parcial da Constituição pelo legislador, eis que, em vez de se concretizar o postulado constitucional de ser o salário-mínimo capaz de atender às necessidades vitais do trabalhador, observou-se apenas parcialmente esse imperativo.

Já na ADI 529/DF²⁸, deparou-se o Supremo com situação em que se discutiu o fato de que, ao editar medida provisória com a concessão de reajuste remuneratório exclusivamente aos militares, feriu o Presidente da República a isonomia garantida constitucionalmente aos civis, uma vez que o art. 37, X da Constituição impunha tratamento idêntico entre as categorias. Caracterizou-se, então, omissão parcial que feriu o princípio da isonomia, concedendo-se a apenas alguns beneficiários aquilo que a Constituição reservara a todos indistintamente.

Vê-se desde logo que a inconstitucionalidade por omissão parcial leva à situação em que o órgão julgador se coloca diante de hipótese de verdadeira nulidade do texto produzido pelo legislador. Ou seja: há inconstitucionalidade não propriamente na omissão,

Constitucional. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 322.

²⁷ DJU de 14/11/1991, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

²⁸ DJ de 5/3/1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

mas na *ação mal intentada*, que é imperfeita, inacabada, cumpridora apenas de *parte* daquilo que é prometido pela Constituição.

O problema é que o reconhecimento da omissão parcial pode conduzir ao indesejado efeito de se extirpar do ordenamento a norma que, embora defeituosa, de algum modo assegura o direito constitucionalmente imposto.

No primeiro exemplo considerado, ao reconhecer a inconstitucionalidade da lei que fixa salário-mínimo em valor insuficiente para o atendimento do mandamento constitucional, estaria o STF então habilitado a eliminar a própria regulação legal do salário-mínimo, por desatender ao comando constitucional. Na outra hipótese – a identificada na ADI 529 –, a saída aparentemente lógica consistiria na simples eliminação do reajuste aos militares, mantendo-se, então, ambas as categorias sem qualquer aumento.

A solução que vem sendo dada a esse problema, assim como as consequências jurídicas desta e de outras questões ligadas ao tema, é o objeto do próximo tópico. Antes de iniciá-lo, porém, convém fazer breves considerações quanto a um último questionamento pertinente ao tema ora enfrentado: e se, iniciada a tramitação de um projeto de lei cuja iniciativa partiu de mandamento constitucional, permanece a proposta sem encaminhamento, identificando-se não propriamente omissão, mas inércia na respectiva tramitação? Há omissão inconstitucional a ser reconhecida?

A resposta a esse dilema tem direta relação com a complexidade do assunto reservado à lei: evidentemente, a depender da envergadura do tema tratado, com candentes discussões de cunho político durante a tramitação do processo legislativo, não há espaço para o reconhecimento da mora; do contrário, há estado de inconstitucionalidade. É nesse sentido o ensinamento de Gilmar Mendes, para quem:

A complexidade de algumas obras legislativas não permite que elas sejam concluídas em prazo exíguo. O próprio constituinte houve por bem excluir do procedimento abreviado os projetos de código (CF, art. 64, § 4º), reconhecendo expressamente que obras dessa envergadura não poderiam ser realizadas de afogadilho. Haverá trabalhos legislativos de igual ou maior complexidade. Não se deve olvidar, outrossim, que as atividades parlamentares são caracterizadas por veementes discussões e difíceis negociações, que decorrem mesmo do processo democrático e do pluralismo político reconhecido e consagrado pela ordem constitucional (art. 1º e inciso I).

[...] Essas peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas

Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Não temos dúvida, portanto, em admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão²⁹.

Embora o STF já tenha adotado posição restritiva a esse respeito (tal como a que se identifica na ADI 2495/SC³⁰, em que se compreendeu que a mera existência de projeto de lei em tramitação seria suficiente para o afastamento da mora do legislador), hoje é pacífico o entendimento segundo o qual a *inertia deliberandi* é passível de caracterizar o estado de inconstitucionalidade decorrente da mora³¹.

Exemplo dessa realidade que toca ao direito do trabalho apresenta-se na ADO 27 (com voto recente da relatora, Ministra Cármen Lúcia, mas cujo julgamento ainda não foi concluído, em função de pedido de vista do Min. Nunes Marques³²): ao verificar que a regulamentação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (art. 3º da EC 45/2004) pendente de projeto de lei no qual a última ação legislativa ocorreu em 15.08.2017 (PL 4.597/2004), a relatora, após destacar que “não se desconhecem as dificuldades do processo legislativo”, observou que “o lapso temporal decorrido entre a publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004, somado à existência de projeto de lei em tramitação há dezesseis anos e sem andamento há três, evidencia a *inertia deliberandi* a acentuar a mora constitucional”.

3. As consequências jurídicas da decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão

Vários questionamentos podem surgir quanto à postura que a Corte Constitucional deve adotar ao concluir pela caracterização de omissão inconstitucional. A exemplo: detectada a omissão inconstitucional, tem o Poder Judiciário condições de colmatar essa lacuna, ele mesmo *legislando*? Ou pode o órgão julgador impor ao legislador um *prazo* para a superação da omissão inconstitucional?

As respostas variam conforme o destinatário da ordem e o tipo de omissão.

²⁹ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Ibid., p. 1423.

³⁰ DJU de 2/8/2002, rel. Min. Ilmar Galvão.

³¹ Exemplificativamente, ADO 30/DF, DJU de 24/08/2020, rel. Min. Dias Toffoli, e ADI 3682/MT, DJe de 6/9/2007, rel. Min. Gilmar Mendes.

³² DJe de 15/6/2021.

É claro que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão deve, como qualquer pronunciamento judicial, contar com dose mínima de coercitividade, sob pena de causar inequívoco constrangimento ao próprio órgão jurisdicional. É evidente, porém, que a autonomia entre os Poderes é obstáculo relevante no tema em apreço.

A Constituição deixa clara a opção pelo caminho menos *invasivo* possível, ao estabelecer em seu art. 103, § 2º que, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, *será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias* e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (o destaque é da transcrição).

Portanto, reconhecida a omissão normativa inconstitucional de agente político, cabe ao Supremo simplesmente comunicar o destinatário para que cumpra seu papel, não havendo permissão do Constituinte para que o Judiciário legisle abstratamente.

Embora essa visão restritiva tenha sido referendada no passado pelo próprio STF em controle concreto (a exemplo, MI 107/DF, em que se reconheceu a inviabilidade de a Corte expedir provimento normativo, concreta ou abstratamente, ante a flagrante transgressão à tripartição de poderes e ao preceito democrático³³), é oportuno notar a mudança de posição da Corte ao longo dos anos. É que, tratando do direito de greve dos servidores públicos no MI 712/PA, a Corte concluiu que, ante a “mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia”, concluindo-se, assim, por “propor solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989”³⁴.

Não há, porém, em sede de controle abstrato – objeto de nossas considerações –, maior divergência no âmbito do Supremo quanto à inviabilidade de se *normatizar conduta* por meio da decisão judicial, ante a clara restrição imposta pelo texto constitucional e a inequívoca afronta à tripartição de poderes e ao preceito democrático que uma solução dessa envergadura teria o condão de causar³⁵.

³³ DJ de 28/11/1989, rel. Min. Moreira Alves. A mesma solução é identificada na ADI 1458/DF, já referenciada.

³⁴ DJe de 31/10/2008, rel. Min. Eros Grau. Em casos em que não há lei tratando de situação similar, porém, a solução é mais difícil. Exemplo interessante na seara trabalhista se deu por ocasião do julgamento de mandados de injunção intentados em face da ausência de regulamentação do inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal (aviso prévio proporcional ao tempo de serviço): antes da edição da lei regulamentadora, viu-se o STF na difícil missão de definir critérios em contexto de completo vácuo legislativo. De todo modo, antes de se concluir o julgamento, editou-se a Lei nº 12.506/2011, que acabou por encerrar a discussão. Toda a discussão é examinada por MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Ibid.*, p. 1450/1452.

³⁵ Esse raciocínio será melhor desenvolvido mais adiante, pois o STF, valendo-se de técnicas *manipulativas* em controle de constitucionalidade, de certa forma *legisla*, ainda que em situações muito específicas.

Na verdade, é possível afirmar que a posição mais *agressiva* que a jurisprudência do STF vem adotando a esse respeito refere-se não à normatização em si, mas à necessidade de conferir ao destinatário da decisão *prazo razoável* para cumprimento – aparentemente contrariando a Constituição, que, como visto, nada estabelece a esse respeito.

Nesse caso, a ideia é evitar que o pronunciamento judicial não se limite a um “recado”, passando a ostentar verdadeiro caráter mandamental, ainda que esteja claro a partir da redação do § 2º do art. 103 da Constituição que a existência de determinação de prazo seja restrita a “órgão administrativo”. Seguindo esse entendimento, o Supremo vem comumente fixando vinte e quatro meses para o processo legislativo reclamado³⁶, caso do voto da relatora Min. Cármen Lúcia na já citada ADO 27, que reconhece a mora do Congresso ao não regulamentar o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas.

Obviamente, a questão que daí se extrai é: não cumprido o prazo, haveria algum tipo de sanção?

Há quem proponha compensação financeira para eventuais prejudicados com a inércia³⁷. Porém, quando teve a oportunidade de manifestar-se a respeito, o STF trilhou caminho negativo, como foi o caso do julgamento proferido pela 2ª Turma no RE 424.584/MG³⁸, em que, além de ter reafirmado que “não pode o Judiciário deflagrar o processo legislativo, nem fixar prazo para que o chefe do Executivo o faça”, observou que “o comportamento omissivo do chefe do Poder Executivo não gera direito à indenização por perdas e danos”.

De todo modo, a questão suscitada – fixação ou não de prazo para o preenchimento da lacuna inconstitucional e respectivas consequências – é mais simples de avaliar quando não há qualquer norma, ou seja, para os casos de omissão total. As hipóteses de omissão parcial são bem mais complexas. Vejamos.

Já chamamos atenção para o fato de que, se já existe norma, a despeito de incompleta, a Corte Constitucional, ao reconhecer a omissão parcial, tem diante de si verdadeira encruzilhada: declarar a nulidade da lei que atendeu *insuficientemente* ao comando constitucional, eliminando-a, ou permitir que ela continue sendo aplicada até que o legislador implemente a correção do problema?

O tormento subjacente ao problema se torna ainda mais intrincado, quando o que é

³⁶ Exemplificativamente, ADI 2240 e 3316. De modo diverso, o STF concedeu dezoito meses para o suprimento de lacuna inconstitucional na já citada ADI 3682.

³⁷ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998. p. 139.

³⁸ DJe de 6/5/2010, rel. Min. Carlos Velloso; redator para o acórdão, Min. Joaquim Barbosa.

colocado em discussão é o princípio da isonomia (como no caso da concessão de reajuste apenas aos militares, em detrimento dos servidores civis e de texto isonômico na Constituição), foi assim apresentado pelo Min. Sepúlveda Pertence em seu voto na já mencionada ADI 529:

Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da construção discriminatória.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cruciante, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir-se entre os beneficiários.

[...] A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva de norma concessiva do benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ter estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga [...], a partir da caracterização material da omissão legislativa [...].

Se se adota a primeira solução – a declaração de inconstitucionalidade da lei por “não favorecimento arbitrário” ou “exclusão inconstitucional de vantagem” – que é a da nossa tradição – a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos.

Por conta da perplexidade identificada, a saída utilizada para casos tais vem sendo a utilização da chamada *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, que foi construída pela Corte Constitucional alemã (*Unvereinbarerklärung*) e incorporada à realidade brasileira para algumas situações.

Trata-se de solução por meio da qual a Corte Constitucional reconhece a inconstitucionalidade da lei, mas, em vez de declará-la nula, conclama o legislador a suprimir o defeito detectado, em uma espécie de “diálogo institucional” voltado à preservação do *mal menor*. Enquanto não editado novo diploma que solucione a irregularidade, permanece o dispositivo *inconstitucional* produzindo efeitos, por razões de interesse público ou segurança jurídica³⁹.

³⁹ Canotilho chama esse tipo de decisão de *sentença intermédia*. Assim: “A sanção de nulidade [...] pode revelar-se uma sanção pouco adequada para certas situações que, embora imperfeitas sob o ponto de vista

Um bom exemplo de utilização dessa técnica identifica-se na ADI 2240/BA: na hipótese, discutiu-se a constitucionalidade de lei estadual que criou o município, sob o argumento de ter sido a norma editada anteriormente à regulamentação exigida pelo art. 18, § 4º da Constituição (edição de lei complementar estadual fixando as diretrizes para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios). Na decisão, o Supremo reconheceu que “o princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município”, entendendo por bem “declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses”⁴⁰.

Na seara trabalhista, isso se verifica com clareza na decisão proferida pelo Supremo no RE 565.714: interpretando a parte final do inciso IV do art. 7º da Constituição, que veda a vinculação do salário-mínimo “para qualquer fim”, a Corte, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo com base para o cálculo do adicional de insalubridade (CLT, art. 192), entendeu por bem que “o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário-mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva”⁴¹.

Gilmar Mendes aponta certa contrariedade a essa solução, argumentando que ela “não parece compatibilizar-se com o princípio da nulidade da lei inconstitucional dominante entre nós”. Partindo do pressuposto de que a aceitação de efeitos a uma lei reconhecidamente inválida contraria todo o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro (tanto em sua feição difusa como na concentrada), o autor sugere que a melhor solução seria admitir a suspensão da aplicação da lei censurada. Ainda assim, reconhece que a simples suspensão também teria o condão de “emprestar maior gravidade à ofensa constitucional”, simplesmente por eliminar, na prática, a existência da lei, concluindo que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ainda é “indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei”⁴².

De todo modo, as decisões que proclamam a inconstitucionalidade sem pronúncia

constitucional – *situações constitucionais imperfeitas* – exigem um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta. Isso conduziu a doutrina e a jurisprudência a construções mais complexas e matizadas relativamente às sanções aplicáveis a atos normativos desconformes com a Constituição. A pouco e pouco, desenvolveu-se a técnica das *sentenças intermédias* que não se reconduzem ao modelo binário inconstitucionalidade/constitucionalidade”. Ibid., p. 957.

⁴⁰ DJ de 3/8/2007, rel. Min. Eros Grau.

⁴¹ DJe de 7/8/2008, rel. Min. Cármen Lúcia.

⁴² MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Ibid., p. 1439/1441. Canotilho segue esse raciocínio afirmando que a imposição de nulidade em casos tais – de omissão parcial – é inadequada, eis que essas hipóteses, “embora imperfeitas sob o ponto de vista constitucional – situações constitucionais imperfeitas – exigem um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta”. Ibid., p. 946.

de nulidade são observadas não apenas nos casos de inconstitucionalidade por omissão parcial. Isso também ocorre nas hipóteses de modulação, no controle de constitucionalidade *em geral* (art. 28 da Lei nº 9.868/1999), e nas decisões interpretativas, a chamada “interpretação conforme”, em que não se extirpa a norma em si, mas apenas possíveis interpretações dela que possam levar à inconstitucionalidade.

Trata-se, pois, de técnica extremamente útil para os casos em que a norma, embora seja reconhecidamente inconstitucional, deve continuar regendo as relações sociais por “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”⁴³, o que, por sinal, se verifica de pronto nas razões de decidir da já citada ADI 2240/BA.

Não há como negar que, em situações tais, a Corte Constitucional de certa forma *legisla*, ainda que apenas com a finalidade de impedir maior insegurança jurídica que a ocasionada pela edição de lei inconstitucional (ou pela falta da lei em si).

4. Concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é regulada entre nós pela Lei nº 12.063/2009, que incluiu capítulo específico na Lei nº 9.868/1999, responsável por normatizar os mecanismos legais para controle abstrato de normas.

De todos os institutos ali regulados, o que mais chama a atenção diz respeito à possibilidade de concessão de medida cautelar em ação direta dessa natureza. Trata-se do art. 12-F da lei de regência, que estipula que, “em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal [...] poderá conceder medida cautelar [...]”. À primeira vista, o tema pode gerar perplexidade, uma vez que o único controle possível para uma *omissão* parece ser a imposição da respectiva ação. Não é exatamente disso, porém, que se trata.

É certo que a regra em questão contraria entendimento original do STF – e anterior à Lei nº 12.063/2009 –, que sempre se pautou no não cabimento de medida cautelar nesse

⁴³ Carlos Blanco de Moraes, tratando da realidade portuguesa, considera haver um gênero de decisões dessa natureza, a que chama de “sentenças manipulativas”. Conforme sua lição, seriam dessa espécie as que modulam a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade, as decisões interpretativas e as decisões com efeitos aditivos, estas últimas as de maior relevo para os casos de inconstitucionalidade parcial justamente porque, a par de reconhecer a inconstitucionalidade por afronta ao princípio da isonomia, estabelecem elas mesmas a solução a ser dada no caso concreto. Esta última hipótese é identificada, entre nós, no caso do MI 712/PA, em que o STF, ao reconhecer que a falta de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos traduz-se em omissão inconstitucional, estabeleceu que a lei hoje vigente para a iniciativa privada (Lei nº 7.783/1989) deve reger a situação em comento. MORAIS, Carlos Blanco de. **As sentenças com efeitos aditivos**. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 17.

tipo de ação, tal como denuncia decisão tomada na ADI 1387/DF⁴⁴:

[...] por tratar-se de ação por inconstitucionalidade por omissão, não há falar em liminar, dado que o efeito da decisão que julga procedente a ação é apenas este: será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias”, vale dizer, será dada ciência ao Poder Legislativo, que deve ele legislar, a fim de elidir a omissão. É dizer, ao Supremo Tribunal Federal a Constituição não conferiu competência para sanar a omissão legislativa, com a edição da norma. É o que deflui do § 2º do art. 103 da Constituição.

Ocorre que essa posição ficou certamente superada pelo vigente § 1º do art. 12-H da Lei nº 9.868/1999, que estipula que, em sede de controle de constitucionalidade por omissão, “a medida cautelar poderá consistir na *suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial*, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal” (destaque da transcrição).

A hipótese de “suspensão” de ato normativo vai ao encontro da posição de Gilmar Mendes (por sinal, responsável por elaborar o anteprojeto de lei que culminou na regulação destacada), neste trabalho, já externada por ocasião do exame dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial. De acordo com o autor, a se admitir como efeito plausível desse tipo de declaração de inconstitucionalidade a suspensão de aplicação de lei inconstitucional até que órgão legislativo delibere a respeito, é perfeitamente possível – até recomendável – que, já no início da tramitação da ação, possa o STF suspender previamente a aplicação da norma, até mesmo para que o Tribunal “advirta o legislador sobre os riscos quanto à aplicação da disposição questionada”⁴⁵. A essa *advertência*, Canotilho dá o nome de *apelo ou sinal ao legislador*, e o faz nos seguintes termos:

Nestas hipóteses – *situação ainda constitucional, mas a tender para a inconstitucionalidade* – trata-se de situações consideradas ainda como constitucionais, mas que, na falta de medidas apropriadas, podem resvalar para situações manifestamente inconstitucionais. Nestes casos, o Tribunal proferiria uma decisão que consistiria ou num *apelo* ao legislador no sentido de este emanar nova legislação em virtude de a legislação existente em breve se tornar inconstitucional, ou num *sinal* de perigo em virtude de ser previsível que a evolução fática e jurídica venha a pôr em causa o regime

⁴⁴ DJ de 29/3/1996, rel. Min. Carlos Velloso.

⁴⁵ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Ibid.*, p. 1433.

jurídico em vigor⁴⁶.

5. Conclusão

Ao longo dos tempos, o estudo do controle de constitucionalidade evoluiu da fiscalização exclusivamente voltada para atos comissivos – o *legislar em si* –, para abranger também as hipóteses em que o legislador ordinário *omite-se* quanto à fundamental missão de *completar* o trabalho iniciado pelo Constituinte. Essa mudança de postura é diretamente relacionada com a própria evolução do Estado, que deixou sua índole originalmente não interventiva para assumir feição em que a elaboração de leis tornou-se imprescindível para o cumprimento das promessas constitucionais implementadas no âmbito do constitucionalismo social. Daí a relevância de se fiscalizar também o *não legislar*.

Os casos de omissão inconstitucional tanto podem se configurar de modo total – quando o legislador simplesmente ignora o comando constitucional por completo –, como parcial – em que o trabalho legislativo não atende a contento o espírito constitucional; esta última hipótese, por sua vez, é detectável tanto nos casos em que o instrumento constitucionalmente assegurado não é completamente obtido, em função de regulação incompleta, como, igualmente, nas hipóteses de quebra do princípio da isonomia.

No *meio-termo* entre essas situações, é possível que a própria demora no processo legislativo seja grave o suficiente para caracterizar típica omissão inconstitucional. A *inertia deliberandi* aí configurada pressupõe, de todo modo, a análise cuidadosa por parte do órgão jurisdicional, que deve levar em conta a complexidade do tema a ser enfrentado pelo legislador, com as vicissitudes dos debates político e democrático imprescindíveis à elaboração de qualquer texto legislativo.

De todo modo, de certa forma *interpretando ao seu talante* o texto constitucional, o STF, nos casos em que reconhece a omissão inconstitucional, vem fixando *prazo* para o agente político legislativo até então omissor elaborar a lei reclamada pelo Constituinte. A despeito do evidente *desconforto institucional* que esse caminho pode ensejar – especialmente quando o destinatário da ordem a descumpre –, há que se reconhecer a preocupação da Corte Constitucional em conferir mínima coercitividade a suas decisões tomadas nesse tipo de processo, ainda que não pareça possível extrair da Constituição qualquer tipo de *fixação de prazo* para o exercício da atividade legiferante por parte de agentes políticos.

⁴⁶ Ibid. p. 958. Os destaques estão também no original.

É importante pontuar que, nas decisões em controle abstrato em que reconhece a inconstitucionalidade por omissão, ao Poder Judiciário é vedado, em princípio, imiscuir-se na própria *função legislativa*, ou seja, no ato de legislar em si. Tal dogma, inerente à própria tripartição de poderes, é, no plano interno, extraível do próprio texto da Constituição, que estabelece que, detectada a existência de omissão inconstitucional, cabe à Corte fiscalizadora simplesmente *dar ciência* ao Poder competente para cumprir sua missão.

Ainda assim, principalmente nos casos de reconhecida omissão parcial – tal como ocorre em todas as situações que exigem a adoção das nominadas *decisões manipulativas* –, é digno de nota o esforço doutrinário e jurisprudencial para evitar as possíveis consequências indesejáveis da simples eliminação da lei *mal elaborada*, especialmente nas situações de afronta ao princípio da isonomia. Daí a relevância da adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, ou, mesmo, da suspensão do ato incompatível com o texto constitucional, até que o Poder competente solucione a irregularidade. Desta última exsurtem, por sinal, as justificativas para a possibilidade até mesmo de concessão de medida cautelar em sede de controle abstrato de omissão parcial.

São nossas conclusões.

6. Referências

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra Editora, 2001.
- _____. **Direito constitucional: teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- _____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- _____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Lisboa: Petrony, 1976.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **As sentenças com efeitos aditivos**. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.
- PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: RT, 2003.
- RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

DECLARATORY ACTION OF CONSTITUTIONALITY

Mauricio Pereira Simões⁴⁷

Rafael Franco de Almeida⁴⁸

Resumo: O presente ensaio pretende demonstrar que, a rigor, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece ações de controle concentrado que podem conter matéria trabalhista, e não uma ação propriamente para esse ramo especializado do direito. Além de um recorte histórico partindo da Constituição de 1891, o estudo dedicou-se a percorrer a Ação Declaratória de Constitucionalidade em suas diversas nuances e características à luz EC 3/93, passando pela lei 9868/1999 e culminando com a EC45/04. Em seguida, realizou-se uma comparação entre a ADC com a ADI e ADPF, seus pontos de contato e diferenças para, após, abordar o Direito do Trabalho em seu âmbito propriamente constitucional, tanto em relação às normas previstas na Carta Constitucional quanto na jurisprudência do STF sobre o tema. Buscou-se, ao final, apresentar um olhar panorâmico do instituto, mas sem abandonar as ferramentas interpretativas que a hermenêutica constitucional oferece.

Palavras-chave: Ação declaratória de constitucionalidade. Direito do trabalho. Hermenêutica constitucional.

Abstract: This essay intends to demonstrate that, strictly speaking, the Brazilian legal system establishes actions for concentrated control that may contain labor matters, and not a specific action for this specialized branch of law. In addition to a historical cut from the Constitution of 1891, the study was dedicated to covering the Declaratory Action of Constitutionality in its various nuances and characteristics in light of EC 3/93, passing by law 9868/1999 and culminating with EC45/04. Then, a comparison was made between the ADC with the ADI and ADPF, their points of contact and differences, to then address the Labor Law in its proper constitutional scope, both in relation to the rules provided for in the Constitutional Charter and in jurisprudence of the Supreme Court on the subject. In the end, we sought to present a panoramic view of the institute, but without abandoning the interpretative tools that constitutional hermeneutics offers.

Keywords: Declaratory action of constitutionality. Labor law. Constitutional hermeneutics

Sumário: 1. Introdução; 2. Escorço histórico; 3. O direito Constitucional do Trabalho; 4. Peculiaridades entre ADC e demais formas de controle concentrado (ADI e ADPF); 5. O STF e as ADC's em matéria de Direito do Trabalho; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

⁴⁷ Pós-doutor pela Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor, mestre e especialista pela USP em Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Mestre e Especialista pela PUC/SP em Efetividade do Direito. Especialista em Direito do Trabalho e da Segurança Social pela Universidade de Lisboa – Portugal. Autor de livros e artigos jurídicos. Professor. Juiz Titular da 4ª Vara do Trabalho de São Paulo.

⁴⁸ Pós-graduando em Direito e Processo Tributário pelo CERS. Advogado.

Ações Constitucionais Trabalhistas é um modo, dentre muitos outros, de analisar referidas medidas judiciais de controle de adequação das normas trabalhistas aos preceitos constitucionais. O próprio conceito de norma também é plurissignificativo, pois pode englobar uma ótica de gênero, em que estariam incluídos leis e princípios, como também um olhar mais estreito, específico, no sentido de formulação de metatexto a partir do texto legislado (contraposição entre texto e norma).

A Justiça do Trabalho não tem competência para julgar ações de controle abstrato de constitucionalidade, somente o Supremo Tribunal Federal a tem. Do mesmo modo, o texto da Constituição Federal não prevê ações trabalhistas típicas para referido controle, antes e ao contrário, são as ações de controle que podem conter matéria de Direito do Trabalho (*lato sensu*).

As matérias do ramo trabalhista que podem ser submetidas ao controle de adequação ao texto da Norma Maior são as mais variadas, como os direitos materiais, a partir da previsão do artigo 7º, as matérias de direito coletivo, conforme descrito nos artigos 8º e seguintes, assim como matérias de direito processual, previstas nos artigos 111 e seguintes, todos da própria Carta Cidadã de 1988.

Importa notar, assim, que o campo de atuação das ações de controle de constitucionalidade nos temas de Direito do Trabalho (em sentido amplo) é bastante frequente. Não são poucos os casos de julgamentos perante a Corte Suprema em que o tema central do debate são as normas desse ramo especializado.

O tema é multidisciplinar e pode envolver diferentes aspectos levando em consideração o corte epistemológico adotado pelo observador. A matéria certamente tem natureza propedêutica, envolve o direito constitucional, a teoria geral do direito, a hermenêutica jurídica e diversas outras valências oriundas da ciência do direito.

As formas de controle podem variar em relação a diversos fatores classificatórios, a depender do momento do controle (prévio ou posterior), da Corte que exerce referido poder (abstrato ou difuso), da extensão (em recurso repetitivo ou não), dos efeitos (*erga omnes* ou *inter partes*), e para o capítulo em debate, nos importa a classificação que leva em conta a natureza da constitucionalidade apontada.

Para o estudo em tela, os objetos de análise serão as hipóteses de busca de reconhecimento de adequação das normas produzidas pelos legisladores ordinários ao texto constitucional, as quais são levadas à análise ao Supremo Tribunal Federal, referentes aos direitos trabalhistas em sentido amplo, ou seja, a Ação Declaratória de Constitucionalidade em matéria laboral.

Vale destacar que a análise compreenderá preponderantemente o aspecto dogmático do instituto, a partir dos elementos postos pelo legislador, pela doutrina mais autorizada e a

jurisprudência, sem prejuízo de pequenas incursões de caráter zetético.

2. Escorço histórico

Compreender as ações de controle de constitucionalidade implica entender a própria existência desse modelo judicial de adequação do ordenamento jurídico ao centro de validade de todas as demais normas e o papel a ele atribuído.

A primeira medida prevista no sistema pátrio, para fins de controle abstrato de constitucionalidade das normas foi a representação interventiva⁴⁹, partindo de um debate desde a Constituição de 1891 (artigo 59 previa controle difuso a partir de recurso cabível para o STF) a respeito da possibilidade de intervenção em um determinado ente federado, por ofensa a princípios da ordem federativa, em que referido ato dependeria de autorização judicial, a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A positivação do controle concentrado, no entanto, só veio com a Constituição de 1934⁵⁰, sendo introduzida como ação especial perante o Supremo Tribunal Federal, com iniciativa delegada ao Procurador-Geral da República (o qual atuava em dupla finalidade de interesses: da União e geral) e sempre no intuito de preservar os denominados princípios sensíveis.

O segundo passo relevante em direção à construção de um sistema de controle abstrato de adequação ao texto constitucional veio com a Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965, a qual instituiu a possibilidade de controle de constitucionalidade de atos normativos federais ou estaduais, ainda de iniciativa do Procurador-Geral da República. Houve ampliação de hipótese de cabimento de controle, com manutenção restrita de legitimidade ativa para a iniciativa.

E foi justamente a discordância a respeito da limitação de legitimidade para a propositura da demanda que levou ao debate acerca da natureza da ação de controle de atos federais e estaduais em face do texto maior, discussão essa que culminou no reconhecimento de que esse controle poderia gerar a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade das normas e atos federais ou estaduais.

Havia certo incômodo com a exclusividade da legitimidade ativa para as ações de controle, uma vez que outras forças políticas e sociais entendiam que ações de tamanha

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60.

⁵⁰ Artigo 12 A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

§ 2º Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

importância não poderiam estar sujeitas ao arbítrio exclusivo do Procurador-Geral. O Supremo Tribunal Federal rejeitou tentativas de propor as ações de controle abstrato por parte de terceiros e instituiu-se a possibilidade da denominada representação ou súplica ao único legitimado ativo, para que esse procedesse com o ingresso de referidas demandas perante a Corte de controle.

A propositura dos processos deixou de ser um ato de “escolha” do agente ativo apto a exercê-la e passou a também ser provocada por outros interessados, os quais se reportavam ao legitimado com suas pretensões e esse passava a fazer uma avaliação a respeito do mérito.

Referido efeito decorria da súplica ou representação dirigida ao Procurador-Geral da República⁵¹, advinda de autoridade ou de terceiro, o qual poderia concordar (pleiteando a inconstitucionalidade do ato ou da norma) ou discordar (pleiteando declaração positiva quanto à adequação do ato ou da norma ao texto constitucional) dos argumentos trazidos pelos interessados.

É nesse momento histórico⁵² que se passa a reconhecer o efeito no controle abstrato de constitucionalidade de caráter declaratório positivo, ou seja, de constitucionalidade do ato ou norma federal ou estadual. Tudo em decorrência do debate que se instaurou a respeito da legitimidade ativa para propositura das referidas ações.

A Constituição de 1988 foi um marco de extrema relevância na organização do sistema de controle de constitucionalidade (mantidas as ADIs genérica e interventiva e acrescida a ADI por omissão – ADO – e a ADPF), ampliando sensivelmente os legitimados ativos⁵³, além de organizar de forma expressa a sistemática das ações de controle abstrato, o que acabou, inclusive, por reduzir o âmbito de controle difuso⁵⁴.

Foi justamente na vigência dessa Carta Constitucional que foi criada a Ação Declaratória de Constitucionalidade como ação autônoma, a partir da Emenda Constitucional nº 3 de 1993.

O artigo 102, I, “a”, parte final, da atual Constituição prevê expressamente a ação em

⁵¹ Assim estabelecia o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no começo da década de 1970:

Artigo 174

§ 1º Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário.

⁵² MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 452-454.

⁵³ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha, *op. cit.*, p. 78.

estudo, o que contou, inclusive, com certo estranhamento de parte da comunidade jurídica a partir do seguinte raciocínio lógico: se as leis já gozam de presunção de constitucionalidade, será mesmo preciso uma ação de controle para dizer isso?

A resposta é positiva, pois a presunção que decorre da mera vigência (assim entendido como o momento subsequente à promulgação pela autoridade competente, a superação ou inexistência do prazo de *vacatio legis* e manutenção da lei no ordenamento jurídico⁵⁵) é relativa, ao passo que a presunção que decorre do julgamento de uma ADC é absoluta, a todos vincula.

A vinculação também veio ao mundo jurídico a partir da mesma emenda que inseriu a ação no ordenamento constitucional, pois a expressão contida no artigo citado foi “efeito vinculante”⁵⁶ conforme se percebe da leitura do parágrafo segundo⁵⁷ do artigo 102 da Constituição Federal.

Um aspecto processual a ser considerado diz respeito à possibilidade de vinculação do próprio Tribunal, considerando a hipótese da declaração de constitucionalidade de uma norma e, a *posteriori*, da declaração de inconstitucionalidade da mesma norma. A resposta, neste caso, é negativa, pelo menos como regra geral⁵⁸. Isso porque a eficácia *erga omnes* se impõe como obstáculo intransponível no que se refere à submissão da mesma questão ao STF. É certo, pois, que no campo legislativo, não há qualquer impedimento quanto à eventual alteração ou à revogação da norma⁵⁹.

Com a finalidade de regulamentar o procedimento das ações de controle foi promulgada a Lei nº 9.868 de 1999, tendo a norma estabelecido uma série de critérios. Vale salientar o caráter dúplice da ADC em contraposição à ADI genérica e vice-versa, ou seja, o resultado de uma ação influi de forma direta e proporcionalmente inversa na outra⁶⁰.

As principais características trazidas pela legislação são:

⁵⁵ MASCARO, Alysso Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 136: “A vigência é uma qualidade que informa o momento a partir do qual a norma começa a produzir efeitos”.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 60-61.

⁵⁷ § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁵⁸ Não se pode perder de vista a possibilidade da técnica que se denomina de processo de inconstitucionalização, em que uma norma considerada constitucional em certa época poderá, tempos depois, ser declarada inconstitucional, pois mesmo ao tempo da primeira declaração já se caminhava para essa evolução interpretativa. Nesse sentido, a obra: MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 21.

No mesmo sentido, o caso julgado a respeito da Lei Complementar nº 80 de 1994 a respeito das Defensorias públicas julgadas pelo Recurso Extraordinário 147.776 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2.668-2.669.

⁶⁰ Lei 9868/1999, art. 24: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

(i) quanto ao objeto, diferentemente da ADI, a ADC poderá versar apenas sobre lei ou ato normativo federal⁶¹;

(ii) quanto aos requisitos da petição inicial⁶², deverá haver a indicação do dispositivo de lei ou ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido, as especificações do pedido e a eventual existência de controvérsia judicial acerca do dispositivo objeto da ADC⁶³. Ainda acerca do requisito da controvérsia judicial, a ADC 15⁶⁴, de relatoria da Min. Cármen Lúcia e a ADC 9-MC⁶⁵, de relatoria do Min. Celso de Mello demonstram a imprescindibilidade de sua demonstração.

(iii) pela impossibilidade de desistência⁶⁶, ainda que, ao final, o Procurador Geral da República se manifeste por sua improcedência⁶⁷. A impossibilidade de desistência, inclusive, se estende a todos os legitimados previstos na Carta Constitucional de 1988⁶⁸.

(iv) pela impossibilidade de intervenção de terceiros⁶⁹;

(v) a exigência de quórum mínimo de 8 Ministros⁷⁰, em que a proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade (dado o caráter dúplice da ação) ocorrerá somente se houver manifestação de, ao menos, 6 Ministros⁷¹;

(vi) a possibilidade de decisão cautelar⁷², cuja consequência, se deferida, consiste na suspensão imediata de todos os processos que tramitam sobre a matéria⁷³ em razão de sua eficácia vinculante⁷⁴;

⁶¹ CF/88, art. 102, I, “a”, parte final e Lei 9868/1999, art. 13, *caput*.

⁶² Lei 9868/1999, art. 14.

⁶³ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 571: o requisito da controvérsia na ADC, “(...) que inexistente na ADI, justifica-se pelo fato de que, se não existe controvérsia jurisprudencial sobre o assunto, não haverá interesse de agir, já que as leis se presumem constitucionais. A necessidade de se ajuizar uma ADC se justificará se houver controvérsia jurisprudencial importante sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo”.

⁶⁴ “A Lei n. 9.868/99 estabelece em seu art. 14, que a petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade indicará a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Esta comprovação é imprescindível, pois constitui elemento fundamental para que a ação possa ser recebida e conhecida. Sem ela a petição é inepta, por carecer de elemento essencial legalmente exigido”.

⁶⁵ “O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade da ocorrência ‘em proporções’ de dissídio judicial, cuja essência, precisamente em função do antagonismo interpretativo de que dele resulta, faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram esses limites conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal”.

⁶⁶ Lei 9868/1999, art. 16.

⁶⁷ RISTF, art. 169, §1º.

⁶⁸ ADI 387-MC, rel. Min. Celso de Mello e ADI 4.125, rel. Min. Cármen Lúcia.

⁶⁹ Lei 9868/1999, art. 18.

⁷⁰ Lei 9868/1999, art. 22.

⁷¹ Lei 9868/1999, art. 23.

⁷² Lei 9868/1999, art. 21.

⁷³ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 578: “(...) entendemos que o seu efeito é *ex nunc*. Dizer que a cautelar tem efeitos retroativos seria permitir a revisão de processos findos que decidiram de forma diversa, o que não seria razoável, nem compatível, com a decisão provisória da cautelar”.

⁷⁴ Rcl 1.770, rel. Min. Celso de Mello: “As decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal – que deferem medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade – revestem-se de eficácia vinculante. Os provimentos de

(vii) a apuração de questões fáticas⁷⁵ no controle de constitucionalidade⁷⁶.

Um segundo aspecto relevante, a par do processamento e trâmite da ADC, diz respeito ao julgamento de mérito da matéria, os efeitos previstos na lei específica e os impactos trazidos pelo novo tratamento fixado pelo atual Código de Processo Civil em especial.

Cumprido observar, antes disso, que a expressão “efeito vinculante” decorreu de uma interpretação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal feita a partir da chamada “representação interpretativa” (por meio da EC 7/77)⁷⁷.

A Constituição previu, originariamente, pela EC 3/93, o parágrafo segundo do artigo 102, cujo alcance que dele se esperava se deu apenas com a advento da Lei 9868/99⁷⁸. É possível observar, no entanto, a grande preocupação do legislador constituinte reformador no que se refere à distinção entre a eficácia contra todos (*erga omnes*) e o efeito vinculante que se pretendia produzir, cuja finalidade indica a sua não limitação à parte dispositiva apenas (limites objetivos)⁷⁹.

Da pretensão do legislador constituinte de reforma quanto aos limites objetivos do efeito vinculante chegou-se a um problema a ser resolvido, qual seja: o efeito vinculante está limitado, afinal, à parte dispositiva ou se estenderá aos fundamentos determinantes?

Para solucionar a celeuma, buscou-se inspiração nas decisões do Tribunal Constitucional alemão, cujo entendimento é aquele em que a eficácia da decisão transcende ao caso individual e por isso mesmo “os princípios da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros”⁸⁰.

Contudo, embora subsista relativa divergência doutrinária acerca do tema, o Supremo

natureza cautelar acham-se instrumentalmente destinados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, ex ante, plena eficácia à tutela jurisdicional do Estado, inclusive no que concerne às decisões que, fundadas no poder federal de controle normativo abstrato, instaurado mediante ajuizamento da pertinente ação declaratória de constitucionalidade”.

⁷⁵ Lei 9868/1999, art. 20, §1º.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.326: “O legislador afastou-se de uma leitura radical do modelo hermenêutico clássico, a qual sugere que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tinha levado o STF a afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não poderiam ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade. Essa abordagem conferia, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir competência para dirimir controvérsia constitucional”.

⁷⁷ RISTE, art. 187: “A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no *Diário da Justiça da União*, a interpretação nele fixada terá *força vinculante para todos os efeitos*”.

⁷⁸ Lei 9868/1999, art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2.674.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 2675.

Tribunal Federal⁸¹, em 2004, se manifestou no sentido de que o efeito vinculante se estende aos fundamentos determinantes.⁸²

Coincidentemente ou não, no mesmo ano a EC 45/04 trouxe nova redação ao parágrafo segundo do art. 102 da Constituição Federal, o que, de certo modo, pacificou a questão.

No que se refere aos limites subjetivos do efeito vinculante, – diferentemente do aspecto processual já abordado neste ensaio – a expressa referência do parágrafo segundo do art. 102 da Lei Maior em relação aos “demais órgãos do Poder Judiciário” indica a exclusão da autovinculação da Corte Constitucional a respeito dos fundamentos determinantes de decisão anteriormente proferida.

Mais um aspecto importante: há efeito vinculante da cautelar em ADC?

A resposta é positiva. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é o de que a decisão que concede cautelar afeta, além dos pedidos de tutela ainda não decididos, mas também o efeito futuro de decisão proferida no mesmo tipo de procedimento. Dito de outro modo, a cautelar em ADC suspende o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei questionada, retirando-se a ultra-atividade (suspensão de execução dos efeitos futuros) das decisões judiciais em desacordo com o entendimento preliminar da Corte⁸³.

O Código de Processo Civil, por seu turno, a respeito do tema, estabeleceu que a lei deixou de ser o único paradigma obrigatório acerca da vinculação da decisão judicial. E isso se deve ao sistema de precedentes judiciais⁸⁴ indispensáveis à demonstração dos fundamentos da decisão judicial⁸⁵.

É possível depreender, desse modo, que o modelo de precedentes do CPC tem por objetivo estabelecer um grau de coerência e integridade nas decisões judiciais de modo a impedir

⁸¹ Rcl. 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa.

⁸² Op. cit.: “Em síntese, com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, *não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai*, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado. Cabe ressaltar ainda a decisão na Rcl. 1.880 (AgRg e QO), da relatoria de Maurício Corrêa, que decidiu que todos aqueles que fossem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade seriam considerados partes legítimas para a propositura de reclamação e declarou a constitucionalidade do parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 (Rcl.-AgRg-QO 1.880). Com a positivação dos institutos da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF na ação declaratória de constitucionalidade e na ação direta de inconstitucionalidade deu-se um passo significativo no rumo da modernização e racionalização da atividade da jurisdição constitucional”. p. 1.679.

⁸³ ADC 4, rel. Min. Sydney Sanches.

⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – volume único. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019: “Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido”. p. 1.381.

⁸⁵ CPC, art. 489, §1º, VI: “São elementos essenciais da sentença: (...) §1º Não será considerada *fundamentada* qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI – *deixar de seguir* enunciado de súmula ou *precedente* invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

que novas decisões sobre tema e circunstâncias já apreciados sejam divergentes e, muitas vezes, contraditórias entre si⁸⁶.

É por essa razão que, além do artigo 489, §1º, VI, o CPC preceituou em outros dispositivos o desejo de que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente⁸⁷, observando, entre outras, as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade⁸⁸.

Aspecto relevante acerca da eficácia vinculante dos precedentes diz respeito à modulação dos seus efeitos, isto é, se referida eficácia irá atingir precedentes criados anteriormente à vigência de uma nova norma.

Como era de se imaginar, não é tarefa fácil tal ponderação. Isso porque, se se atribuir eficácia retroativa (*ex tunc*) haverá confronto direto com a coisa julgada que, em tese, não poderia ser revogada. Por outro lado, determinar que a eficácia seja irretroativa (*ex nunc*) causará uma espécie de recorte temporal que acarretará, provavelmente, em dificuldades de ordem prática na aplicabilidade do instituto.

A modulação que parece ser a mais adequada é aquela que atribui efeito retroativo, pois é da essência do instituto de controle concentrado observar a nulidade ou validade das normas desde a sua edição.

Não se ignore, no entanto, a possibilidade excepcional de efeito presente ou futuro (modulação *pro futuro*). A doutrina costuma apontar tal preceito, até a fixação da decisão vinculante, como dúvida razoável, para tolerar as decisões dissonantes, muitas vezes, em busca da já propalada segurança jurídica das relações sociais, em especial, em decisões de declaração de constitucionalidade, evitando, por exemplo, ações rescisórias de decisões em sentido contrário.

A manutenção de um Estado Constitucional necessita de segurança jurídica, liberdade e igualdade. O *stare decisis* é o instrumento por meio do qual esse objetivo pode ser alcançado, uma vez que determina a obediência aos precedentes judiciais, jurisprudências vinculantes.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017: “(...) Não se considera fundamentada a decisão, portanto, que apenas finge aplicar precedentes, mas que na verdade não patrocina efetivo processo de identificação de razões e de demonstração da pertinência da *ratio decidendi* com o caso concreto. (...) é preciso identificar as razões determinantes das decisões e a efetiva ligação com o caso concreto, demonstrando-se que esse se ajusta àqueles fundamentos. Do contrário, não há que se falar em decisão fundamentada. Existindo precedente constitucional ou precedente federal sobre o caso debatido em juízo, a fidelidade ao direito constitui fidelidade ao precedente. Daí a ausência de efetivo enfrentamento – mediante a demonstração de distinção – pelo juízo de precedente invocado pela parte constitui omissão relevante na redação da fundamentação. Existindo precedente invocado pela parte, esse deve ser analisado pelo juízo. Se disse efetivamente respeito à controvérsia examinada em juízo, deve ser adotado como razão de decidir. Se não, a distinção entre o caso precedente e o caso concreto deve ser declinada na fundamentação. A ausência de efetivo enfrentamento do precedente constitui violação do dever de fundamentação (art. 489, §1º, VI, CPC)”, p. 592.

⁸⁷ CPC, art. 926.

⁸⁸ CPC, art. 927, I.

O *stare decisis* pode ser horizontal⁸⁹ (quando a *ratio decidendi* firmada no precedente deve ser observada pelo Tribunal que a formulou) ou vertical⁹⁰ (quando a *ratio decidendi* firmada no precedente deve ser observada pelos Tribunais hierarquicamente inferiores em relação àquele que a formulou).

Diante dessa estrutura, é salutar refletir acerca do que se deve fazer na hipótese de não aplicação ou de aplicação incorreta do precedente. Em outras palavras, qual o instrumento jurídico aplicável nesse cenário?

Assim, se a parte interessada ou o Ministério Público estiver diante de uma decisão que confrontar com precedente obrigatório, ainda que se trate de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, o instrumento cabível será a reclamação⁹¹.

A Lei 13.256/2016⁹², por seu turno, trouxe importante modificação acerca das hipóteses de cabimento da reclamação ao acrescentar que, além de não ser admissível após o trânsito em julgado da decisão reclamada, também será inadmissível enquanto não esgotadas as instâncias ordinárias quando o objetivo for garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos⁹³.

Ao lado do tratamento antes descrito, quanto aos aspectos infraconstitucionais, certamente voltado à ampliação da espécie ao controle dos precedentes infraconstitucionais, há a previsão, desde a EC 45/04⁹⁴, da reclamação em âmbito constitucional, englobando, dentre outras hipóteses a ação declaratória de constitucionalidade.

Uma palavra final a respeito do tema é a observação de que cabe a reclamação para as hipóteses de negativa de aplicação de um precedente, mas também para as hipóteses de

⁸⁹ Op. cit.: “O art. 926, CPC, institui claramente o que a doutrina chama de *stare decisis* horizontal. Ao dizer expressamente que há dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro – o que implica torná-lo cognoscível, estável, confiável – o legislador obviamente determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes, além de ter determinado aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de demandas repetitivas e de assunção de competência. Isso porque a primeira condição para existir um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais é o respeito por parte das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes”. p. 1.006.

⁹⁰ Ibid.: “O art. 927, CPC, serve, porém, para deixar claro que é necessário compreender a administração da Justiça Civil dentro de uma perspectiva demarcada por competências claras a respeito de quem dá a última palavra a respeito do significado do direito em nosso país, de qual é a eficácia que se espera desses julgados e de qual é o comportamento que se espera para que o processo civil possa promover de maneira adequada, efetiva e tempestiva a tutela dos direitos. O art. 927, CPC, consagra a necessidade de *stare decisis* vertical no sistema jurídico brasileiro”. p. 1.007.

⁹¹ CPC, art. 988, IV.

⁹² CPC, art. 988, §5º, I e II.

⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – volume único. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019: “Por ‘esgotamento das instâncias ordinárias’ o legislador aparentemente pretendeu afastar o cabimento de reclamação contra sentença que desrespeita precedente fixado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo”. p. 1.396.

⁹⁴ Artigo 103-A, § 3º da CF: § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que *indevidamente a aplicar*, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

aplicação indevida de um precedente, ou seja, situações que não se encaixam com perfeição à *ratio decidendi* e ainda assim houve a aplicação do precedente. Nesse caso, a reclamação servirá para afastar a aplicação do precedente no caso concreto.

Com mais razão deve ser observada a condição negativa nas declarações de constitucionalidade, em que os efeitos inversos são gerados, não se podendo pretender aplicar a casos não enquadrados na presunção absoluta de constitucionalidade os efeitos dessa forma de controle.

3. O Direito Constitucional do Trabalho

A ciência do direito é composta de diversos ramos, cada qual com suas especificidades em sentido legislativo ordinário, principiológico e também no que tange ao assento do tema no corpo da Constituição Federal.

Com o Direito do Trabalho não seria diferente, um ramo com algumas ramificações, dentre elas, o Direito Constitucional do Trabalho, conforme afirma Mauricio Godinho Delgado⁹⁵, quando analisa as muitas subdivisões estudadas dentro dessa seara especializada do direito.

Ao tratar da mensuração das várias áreas envolvidas dentro de um mesmo ramo, resta claro que o Direito do Trabalho foi retratado em diversas passagens no texto da Lei Maior, seja de forma direta: como acontece com o direito material do trabalho, no artigo 7º e incisos; em direito coletivo, nos artigos 8º e seguintes; ou mesmo em matéria processual a partir do artigo 111; seja de forma indireta, ao falar-se em princípios que envolvem o trabalho em sentido mais amplo (incluindo o direito do trabalho, mas, especialmente, o direito ao trabalho), como as disposições do artigo 1º, IV, ao tratar do valor social do trabalho, o artigo 170, VIII, ao cuidar da busca do pleno emprego, só para que se foque em dois exemplos emblemáticos e inequívocos a respeito do tema.

Sempre que o texto constitucional faz referência expressa, normativa, ao ramo especializado, ou mesmo institui princípios reitores desse mesmo ramo, ele possibilita espaço de controle abstrato de normas infraconstitucionais em confronto com referidas disposições.

A busca por segurança jurídica nas relações sociais, pautadas especialmente na previsibilidade jurídica, como uma espécie de autenticidade do agir social⁹⁶, resulta em um superdimensionamento do papel do Supremo Tribunal Federal diante de novidades legislativas.

Abandonou-se o tempo de maturação e debate nas bases e passou-se diretamente para a busca de uma certeza na Corte Superior, o que acabou gerando uma avalanche de demandas de

⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 63-64.

⁹⁶ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. 2ª ed. Barueri: Editora Manole, 2016, p. 121 e seguintes.

controle abstrato para a busca da presunção absoluta da constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

O papel da jurisprudência, em especial, àquelas decorrentes dos controles de constitucionalidade, como é o caso das ações declaratórias, ganhou relevo a partir da teoria que redimensionou o papel dos princípios, atrelando às clássicas funções – informativa, interpretativa e integrativa –, uma mais densa, uma vez que esses institutos passam a ter papel normativo direto, ou seja, o julgador pode lançar mão de um princípio para solucionar um processo submetido a julgamento.

Essa questão leva o problema diretamente para dentro do Poder Judiciário, uma vez que dar concretude a um elemento que por natureza é genérico torna-se papel essencialmente atribuído aos juízes, quando a questão envolve matéria constitucional, o STF é o alvo dos jurisdicionados em busca de uma resposta.

Foi na intersecção entre a ponderação do sistema alemão, teoria capitaneada por Robert Alexy, e o ativismo judicial, proveniente do direito norte-americano, que vimos as Cortes, especialmente as de sobreposição (aquelas que têm o domínio sobre a palavra final em termos jurisprudenciais), passarem a proferir julgamentos com força normativa, inclusive aqueles em que o fundamento determinante se pauta em princípios.

A norma passa a ser gênero, em que lei e princípio passam a ser espécies: para os denominados casos fáceis (teoria baseada nos escritos de Ronald Dworkin), a hipótese é a do tudo ou nada, pautada na aplicação da regra, subsunção no sistema romano-germânico; e, para os casos difíceis (denominados *hard cases*, ainda pelo mesmo autor supracitado), os princípios servem de base de fundamento, cabendo, no choque entre eles, a ponderação (na leitura alemã da teoria, conforme preconizado por Robert Alexy).

No choque entre leis, a teoria das antinomias jurídicas, a partir de funtores deônticos pré-estabelecidos, quais sejam: hierarquia; cronologia; especialidade. No conflito entre princípios, a ponderação e seus filtros, nos termos da teoria antes referida.

E a complexidade do ordenamento cresce, com uma fuga dos juristas para a busca da já anunciada segurança jurídica, afinal, qual será a autenticidade do agir social, como os cidadãos saberão se de fato os atos da vida comum são: válidos, lícitos, legais.

A resposta começou a surgir a partir de uma confiança depositada nos julgamentos das cortes jurisdicionais, primeiro como uma prática de jurisprudência persuasiva, depois, especialmente com as Emendas 3/93 e 45/04, bem como a vigência da Lei 13.015 de 2014 e o atual Código de Processo Civil.

A jurisprudência com caráter vinculante elevou as cortes de sobreposição ao patamar de interlocutoras finais da norma, ou seja, os julgados é que passaram a estabelecer o sentido último

da norma, a partir do metatexto (uma espécie de análise crítica do texto da lei⁹⁷).

Conjuguemos os fatores e teremos um volume expressivo de matérias sujeitas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, para fins de delimitação do sentido último da norma e sua adequação ao texto da Constituição Federal.

Foi exatamente nesse movimento que dezenas de matérias de Direito do Trabalho acabaram se tornando objeto de análise pela Corte de controle concentrado de constitucionalidade em suas muitas vertentes, inclusive a declaratória de constitucionalidade.

4. Peculiaridades entre ADC e demais formas de controle concentrado (ADI e ADPF)

A razão de existirem ações diversas para controle concentrado de constitucionalidade perante do STF é de que o objeto, o efeito, a extensão, podem ser diversos entre elas.

Inicialmente é importante traçar uma linha distintiva entre a finalidade de cada uma das ações de controle.

A ADC tem por objetivo definir a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal impugnados em controle difuso de constitucionalidade, por isso mesmo que a prova da controvérsia deverá acompanhar, inclusive, a peça exordial⁹⁸. O mesmo não ocorre na ADI, não há a exigência de controvérsia prévia para a propositura dessa ação de controle.

A ADI, por seu turno, busca o banimento de lei ou ato normativo estadual ou federal teoricamente viciados pela inconstitucionalidade, sendo admitido contra emenda constitucional inclusive. É salutar destacar a inadmissibilidade dessa modalidade, quando se tratar de atos normativos ou leis municipais por ausência de previsão constitucional, nesse caso, a competência para julgamento será do Tribunal de Justiça do Estado⁹⁹.

A ADPF, no que lhe toca, pretende evitar lesão a preceito fundamental de que venha a resultar ato do Poder Público¹⁰⁰. Outra hipótese de cabimento advirá quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição¹⁰¹.

Estabelecida a linha que particulariza as referidas ações constitucionais, faz-se mister abordar o efeito repristinatório das decisões judiciais no controle concentrado de constitucionalidade, posto que diretamente ligado à existência, validade e eficácia dos atos normativos.

⁹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2011, p. 169.

⁹⁸ Lei 9868/1999, art. 14, III.

⁹⁹ Constituição Federal de 1988, art. 125, §2º.

¹⁰⁰ Lei 9882/1999, art. 1º, *caput*.

¹⁰¹ Lei 9882/1999, art. 1º, parágrafo único, I.

A existência de um ato normativo é verificável a partir da análise que se presta a definir se o arcabouço fático é suficiente para proporcionar existência ao ato. Uma vez verificada a existência do ato normativo parte-se para a análise de sua validade, ocasião que tem por objetivo examinar a adequação material e formal de uma norma com outra norma hierarquicamente superior. É interessante notar que uma norma inválida poderá produzir efeitos no mundo jurídico até que esta invalidade seja enunciada pelo STF. Por fim, a eficácia da norma se refere à aptidão, isto é, à capacidade de produção de efeitos de forma concreta.

Nota-se, pois, clara distinção do efeito repristinatório¹⁰² e da repristinação. Isso porque a repristinação ocorre no âmbito legislativo quando uma norma revogada volta a produzir efeitos porque a norma que a revogou foi revogada¹⁰³.

O efeito repristinatório, portanto, se apresenta diante do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma revogadora. Quando o efeito repristinatório ocorre há a continuidade temporal de uma norma, como sequer houvesse interrupção.

Nas mencionadas ações, quanto ao efeito repristinatório, há a mesma previsão do texto legal no sentido de que, tanto na ADC e ADI¹⁰⁴ quanto na ADPF¹⁰⁵, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo e vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Em relação à legitimidade, os mesmos legitimados à propositura de ADC e ADI previstos no art. 103 da Carta Constitucional também poderão propor ADPF¹⁰⁶. Assim o é também quanto aos quóruns de instalação (8 Ministros) e de aprovação (6 Ministros)¹⁰⁷.

5. O STF e as ADC's em matéria de Direito do Trabalho

Algumas atuações da Corte de controle trataram de matérias relacionadas ao Direito do Trabalho para lhes declarar a adequação, ou não, ao texto da Carta Maior, tal movimento tem sido comum contemporaneamente, por isso revela-se imperioso abordar, ainda que sutilmente, algumas dessas decisões.

Esse movimento decorre da existência de uma norma constitucional de caráter analítico,

¹⁰² A esse respeito, quanto ao aspecto jurisdicional do efeito repristinatório ver a obra: VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Tey, 2000.

¹⁰³ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 2º, §3º.

¹⁰⁴ Lei 9868/1999, art. 27.

¹⁰⁵ Lei 9882/1999, art. 11.

¹⁰⁶ Lei 9882/1999, art. 2º, I.

¹⁰⁷ Lei 9868/1999, art. 22 c.c Lei 9882/1999, art. 8º. CF/88, art. 97 c.c Lei 9868/1999, art. 23, *caput*.

em que muitos temas são inseridos em seu texto, tornando-os formalmente normas constitucionais¹⁰⁸, razão que leva a atuação da Corte de controle de adequação das leis a crescer sensivelmente. Torna-se lugar comum encontrar assentados na Constituição temas diversos relacionados ao Direito do Trabalho.

Importa notar, ainda, que algumas atuações do Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade, cuidando de matéria de Direito do Trabalho, elucidam de forma mais clara o que antes se afirmou, a respeito do papel do intérprete diante de casos fáceis ou difíceis.

Partamos de um caso de grande repercussão social, o julgamento da ADC 58 Distrito Federal¹⁰⁹ (julgada em conjunto a outras ações de controle), de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, envolvendo o índice de correção monetária em matéria de créditos decorrentes de demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho.

O tema em debate era, entre outros, o índice de correção monetária baseado na Taxa Referencial e na poupança, previstos em na Lei nº 8.177/91 e renovado na Lei nº 13.467/2017. A Corte Suprema já havia declarado que leis que previam as correções monetárias em geral pautadas no índice referido eram inconstitucionais. O legislador ordinário, no entanto, renovou o índice em matéria específica das correções de créditos trabalhistas.

A Consolidação das Leis do Trabalho¹¹⁰ passou a contar com redação expressa adotando índice de correção monetária declarado inconstitucional pelo STF, qual seja, a TR, assim, a Corte se viu provocada a uniformizar o entendimento dominante a respeito do tema, uma vez que a posição dos Ministros era de existência de conflito com o direito de propriedade estabelecido no artigo 5º da Carta Maior.

Outra decisão do STF envolvendo matéria trabalhista em controle concentrado, por ação que visava declarar a constitucionalidade da norma, foi a ADC 16¹¹¹, também do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Cezar Peluso.

O caso esmiuçava a análise da Lei nº 8.666/93 em seu artigo 71, § 1º, quanto à natureza da responsabilidade dos entes públicos diante das hipóteses de terceirização dos serviços da administração pública.

Havia um debate acerca da natureza dessa responsabilidade, pois se inferia que decisões

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

¹⁰⁹ <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346092713&ext=.pdf>, consulta em 28 de junho de 2021.

¹¹⁰ Art. 879, § 7º A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a [Lei nº 8.177, de 1ª de março de 1991. \(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\) \(Vide ADC 58\)](#) (...).

Art. 899, § 4º O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança. [\(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017\) \(Vide ADC 58\)](#) (...).

¹¹¹ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>, consulta em 30 de junho de 2021.

de cortes infraconstitucionais, como o Tribunal Superior do Trabalho, entediam pela responsabilidade objetiva do Estado, enquanto outras cortes, como Tribunais Regionais do Trabalho, aparentemente trabalhavam a hipótese de responsabilidade subjetiva, com a fixação da culpa presumida ou mesmo em sua forma clássica.

Nesse caso, o conflito normativo ocorria em face dos artigos 5º, II e 37, *caput*, inciso XXI e § 6º, envolvendo os princípios da legalidade e da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo.

Tratava-se de matéria de extrema importância e constante controvérsia, pois afetava toda a classe trabalhadora de empresas terceirizadas e a responsabilidade do ente público em casos de inadimplência dos empregadores diretos desses empregados.

Os casos apontados colocam em evidência a intersecção entre ações constitucionais e matérias envolvendo Direito do Trabalho (em sentido amplo), exemplificam de modo inequívoco a relevância dos temas envolvidos, bem como a importância da jurisdição constitucional também nesse ramo especializado do Direito.

6. Conclusão

A atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria envolvendo Direito do Trabalho pode ocorrer por vias diversas, desde o controle difuso, ao julgar recursos extraordinários, até as formas de controle concentrado, sendo a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) uma dessas modalidades, com a pretensão específica de se buscar a certeza, por meio de uma presunção absoluta, da validade de normas infraconstitucionais em confronto com as normas do texto da Constituição Federal.

A evolução do modelo de controle no Brasil nos trouxe a um sistema bastante elaborado dessas ações, especialmente após a Constituição de 1988, levando, inclusive, a edição de lei para regulamentar o procedimento a ser adotado, pressupostos, bem como os efeitos atribuídos às decisões jurisdicionais.

Percebe-se que o papel relevante dessa medida vai ao encontro da própria evolução do que se denomina de jurisdição constitucional, como fruto do constitucionalismo, que levou ao Estado Democrático e à necessidade de harmonizar o exercício do poder e os direitos fundamentais dos cidadãos.

O modelo de constitucionalismo originado no fim do século XVIII (as constituições norte-americana e francesa são os exemplos mais simbólicos desse movimento) nos legou a forma contemporânea de organização do Estado, o exercício do poder estatal e a forma de controle dos atos dos detentores desse mesmo poder.

A democracia surge como corolário desse modelo de Estado, complexo em sua formação e gestão, como matriz reguladora das formas de acesso ao poder, encontrando, no voto, embora não somente nele (veja-se, por exemplo, as previsões quanto a plebiscito e referendo), a exteriorização da participação do povo na consagração da ideologia política que governará a todos por certo período de tempo. Trata-se da eleição da corrente dominante, a maioria vencedora no certame.

Paralelo a essas ocorrências da vida em sociedade, há a vontade das minorias, os direitos humanos declarados em catálogo interno pelo Poder Constituinte Originário, as cláusulas pétreas, indicando que a corrente majoritária eleita (portanto, representativa da vontade expressiva dos eleitores) pode realizar muitas coisas, mas não pode tudo. Não pode, por exemplo, afrontar as normas constitucionais instituidoras dos direitos fundamentais, não pode transgredir o texto da lei maior do país, a Constituição.

Para as divergências surgidas a partir do exercício do poder diante do estabelecido na Carta Constitucional que a jurisdição constitucional, foi concebida como forma de manutenção do Estado Democrático de Direito.

A judicialização desses conflitos, especialmente no Supremo Tribunal Federal, tem o condão de permitir a fiscalização do exercício do poder político pelas maiorias eleitas. Esse é o papel mais importante a ser exercido pelos Ministros ao submeterem um caso a exame.

Muitas vezes, inclusive, o papel contra majoritário exercido pela Corte Suprema reflete um conflito com a voz da maioria. Os juízes constitucionais, no entanto, não podem se deixar levar pelo clamor social que se apresenta para o momento, até pela forma fugaz como essa feição popular se altera no curto espaço de tempo.

Como já afirmado, o papel da jurisdição constitucional, exercido essencialmente por meio das ações de controle de constitucionalidade, é manter as garantias constitucionais em perfeito equilíbrio, função que não se apresenta fácil ou simples, antes e ao contrário, o conflito cotidiano inerente ao exercício do poder e a garantia aos direitos constitucionais mínimos conduz a uma linha muito tênue a ser mantida pelo STF.

Importa, assim, observar a vinculação que os julgadores cultuam à hermenêutica constitucional, à teoria da interpretação, pois nem mesmo o exercício do Poder Jurisdicional está imune de controle de constitucionalidade. A atuação do Supremo Tribunal Federal torna-se mais relevante se observarmos que nesse órgão repousa a última palavra quanto ao respeito ao texto da Constituição Federal.

Um círculo hermenêutico se faz necessário, pois o a Constituição prevê o poder organizado, a forma de acesso, o modo de exercitá-lo, sendo a mesma norma que estabelece a necessidade de observância aos limites e os meios de controle dos excessos.

Declarar uma norma adequada ao texto constitucional, em ADC, implica emprestar a essa norma uma presunção absoluta de validade, o que reflete segurança jurídica ao agir processual, mas, essencialmente, ao agir social das pessoas em sociedade.

Considerando-se esse fator, não se pode admitir que àquele a quem foi atribuído o papel último de análise dessa compatibilidade, imprima um voluntarismo subjetivista na análise do texto constitucional. Espera-se a máxima observância da Ciência do Direito, com todas as complexidades e reflexos que decorrem desse exercício.

Parafraseando Norberto Bobbio, os direitos não vieram todos de uma vez, nem mesmo de uma vez por todas, precisamos cultivar diuturnamente as conquistas alcançadas pelo Estado Democrático de Direito e isso envolve uma complexidade de atuações em prol de um objetivo comum, o bem-estar dos cidadãos regidos pela Constituição Federal de 1988.

7. Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2011.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018.
- FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. 2ª ed. Barueri: Editora Manole, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Tey, 2000.

CRIMES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

CRIMES IN LABOR RELATIONS

Océlio de Jesus Carneiro de Morais¹¹²

Resumo: Objetiva-se com este estudo identificar os crimes (possíveis) nas relações de trabalho, como gênero e, no contrato de trabalho, como espécie, a partir de pesquisa exploratória na legislação penal, civil, previdenciária e trabalhista. Adotou-se a metodologia analítica das tipificações legais, por ser a mais adequada à modalidade e ao objetivo do artigo. Como resultados, apresentam-se sugestões de ampliação na fiscalização das relações de trabalho, com aplicações de multas administrativas e responsabilizações criminais em face daqueles que cometem crimes nas relações de trabalho, portanto, contra a organização do trabalho.

Palavras-chave: Trabalho. Previdência. Crimes, Fiscalização. Responsabilização.

Abstract

The aim of this study is to identify the (possible) crimes in labor relations, as a genus and, in the employment contract, as a species, from exploratory research on criminal, civil, social security and labor legislation. The analytical methodology of legal classifications was adopted, for being the most adequate to the modality and purpose of the article. As a result, suggestions for expanding the inspection of labor relations are presented, with application of administrative fines and criminal liability for those who commit crimes in labor relations, therefore, against the organization of work.

Keywords: Work. Pensions. Crimes. Oversight. Accountability.

Sumário. 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1. Atentado contra a liberdade de trabalho; 2.2. Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho; 2.3. Frustração de direito assegurado por lei trabalhista; 2.4. Crime de sonegação e apropriação previdenciária da relação de emprego ou do contrato de trabalho; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. Introdução

O título do artigo – “Crimes das relações de trabalho” – deve ser compreendido dentro dos crimes contra a organização do trabalho, os quais, na ordem jurídica interna, estão sujeitos à competência jurisdicional da Justiça Federal comum, questão que implica dizer que são crimes contra a ordem social e contra a ordem econômica do Estado brasileiro.

O objetivo central é identificar, nas legislações penal, civil, trabalhista e previdenciária, as condutas que possam tipificar crimes das relações de trabalho.

Para efeitos didáticos, visando alcançar o objetivo, selecionamos os crimes que podem ser mais recorrentes nas relações de trabalho, por exemplo, crimes de atentado contra a

¹¹²Professor Pós-Doutor, em Direitos Humanos pelo IGC da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor em Direito Previdenciário pela PUC/SP, Mestre em Direito Constitucional pela UFPA; Juiz Federal do Trabalho, titular da 11ª Vara de Belém (aprovado em 1º lugar), fundador e presidente da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS), e autor de vários livros jurídicos.

liberdade de trabalho, de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho de frustração de direito assegurado por lei trabalhista e os crimes de sonegação e apropriação previdenciária.

A pesquisa é exploratória-analítica, a partir da legislação pertinente, com referências conceituais na doutrina, ambas, portanto, compondo o referencial bibliográfico.

2. Desenvolvimento

2.1. Atentado contra a liberdade de trabalho

Substantivo masculino, atentado significa ato criminoso que visa prejudicar algo ou alguém. Por isso foi capitulado no Código Penal como um crime contra a organização do trabalho.

Mas, o atentado contra a liberdade de trabalho, para além dessa semântica – e ainda antes de discorrer sobre a sua tipificação penal – deve ser refletido a partir da importância ou relevância que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, conferiu à liberdade de trabalho na ordem jurídica interna, portanto, à sociedade brasileira.

Em geral, quando a doutrina se refere ao trabalho, sempre é apontado como um direito fundamental, considerando sua localização no Capítulo II dos direitos sociais, compondo o Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) na CRFB de 1988.

E, a partir disso, o trabalho é analisado a partir das funções vinculantes inerentes aos direitos fundamentais – por exemplo, a função de proibição do retrocesso em relação aos direitos sociais, reportando-se ao mestre português JJ Canotilho¹¹³, e proibição de discriminação de qualquer, balizando-se pela igualdade de tratamento ao trabalho de igual valor técnico¹¹⁴. Essa percepção do trabalho como defeito social fundamental não esgota – embora o que vamos reportar ainda não tenha recebido o tratamento de destaque que a Constituição lhe confere – a ideia do trabalho como valor, como primado da ordem social e como fundamento do Estado brasileiro¹¹⁵.

O atributo do trabalho como valor está no Preâmbulo da Constituição Federativa, de 1988, ao declarar que os “direitos sociais” são adotados “como valores supremos” da sociedade brasileira.

¹¹³CCANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2009, p. 31.

¹¹⁴ CARNEIRO M, Océlio de Jesus. **Competência da Justiça do Trabalho e a Efetividade do Direito Fundamental à Previdência**. São Paulo: Ltr, 2014, p. 165.

¹¹⁵Na obra **Valores e Princípios da Previdência Social**, parceria com o jurista previdenciarista Wladimir Novaes Martinez, no item 3, “Valores e Princípios da Constituição”, são expostas algumas deas do trabalho e da previdência como valores supremos do Estado brasileiro. São Paulo: Ltr, 2021, p. 28-32.

Se não perdermos de vista que o Preâmbulo da Lei-Mater não se resume a um texto introdutório, mas que, além de realçar os assuntos principais da Constituição que se promulga, representa a declaração cívica e jurídica dos representantes do povo, haveremos de compreender a importância valorativa do trabalho humano à sociedade brasileira. Uma declaração cívica significa, no âmbito da Constituição, demonstração de respeito à cidadania, à Pátria e aos seus cidadãos. O trabalho, nessa perspectiva, é um valor inerente à dignidade humana e integrativo à cidadania.

Sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, III, da CRFB, de 1988), assim como o é a cidadania, o valor social do trabalho também é definido como um dos fundamentos da República Federativa.

Ao lado dos demais direitos sociais reconhecidos ou outros que possam vir a ser reconhecidos, como “valor supremo”, o trabalho é importante à instituição da prometida – mas até então não implementada – “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, por conseguinte, o trabalho como “valor supremo” é indispensável, por exemplo, ao desenvolvimento e ao bem-estar social.

O trabalho é, desse modo, um valor social que o Estado brasileiro adota para implementar a sociedade do bem-estar e da justiça social.

O bem-estar e a justiça social são, aliás, os objetivos da ordem social, que adota o trabalho como primado – aquele que deduz o bem, o valor, o direito social de maior importância em relação aos demais valores.

E quando consideramos que – por definição, o objetivo do bem-estar exige a vivência plena e prática dos direitos sociais e quando se compreende que o objetivo da justiça social está relacionado à promoção do bem de todos no âmbito de uma sociedade livre, de uma sociedade justa e uma sociedade solidária – há de se concluir que a questão do trabalho humano é central à dignidade humana e à cidadania.

Por lógica, então, ao âmbito da ordem social interna, quando sua base é o primado do trabalho, significa que o compromisso socioeconômico do Estado deve ser orientado pelo princípio do pleno emprego na implementação das políticas da ordem econômica (Art. 170, VIII), o que será uma forma de fortalecer “os valores sociais do trabalho” como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, é a força conceitual do trabalho como valor social supremo, como direito fundamental, como primado da ordem social e como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que exige a sua proteção normativa em face dos crimes nas relações de trabalho.

O Código Penal dedica o Título IV para descrever a conduta e o tipo legal dos crimes contra a organização do trabalho, por exemplo, define os crimes de “Atentado contra a liberdade de trabalho”, “Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho” e “Frustração de direito assegurado por lei trabalhista”, acerca dos quais dedicaremos algumas reflexões neste artigo.

Para bem compreender o crime de “Atentado contra a liberdade de trabalho”, novamente é necessário voltarmos à Constituição, mas agora para dizer que a liberdade de trabalho está relacionada: (a) à livre iniciativa; (b) à liberdade de exercício de qualquer trabalho ou profissão, aquela, relativa à liberdade econômica e, esta, inerente à liberdade profissional.

A liberdade de trabalho, a partir da livre iniciativa, é também definida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Não, por acaso, mas visando ao objetivo que se pretende alcançar quanto ao trabalho como valor social, na Constituição Federativa de 1988, estão no mesmo nível de importância “os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa” (Art. 1º, IV).

A opção política do Estado, com a difícil missão de equilibrar os valores do trabalho humano e os valores da livre iniciativa na ordem constitucional, não afasta por completo o choque teórico-ideológico entre os dois dispositivos constitucionais, mas, a Constituição tenta eliminar ou minimizar.

Precisamente por essa razão, a liberdade econômica, que adota como base a livre iniciativa, deve ser adequada para garantir a valorização do trabalho humano, o que significa que as políticas públicas precisam encontrar o meio-termo entre os princípios do liberalismo econômico (livre iniciativa) e os princípios do Estado do bem-estar social, ambiente dos valores sociais do trabalho.

A outra perspectiva – liberdade de exercício de qualquer trabalho – está colocada como um direito e uma garantia fundamental individual e coletiva, no Art. 5º, XIII, mas ampliando conceitualmente para incluir a liberdade ao exercício de qualquer ofício ou profissão, desde que atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer – ressalva que objetiva prevenir o exercício ilegal da profissão.

Isso também significa que o Estado detém o monopólio regulador da profissão como outorga constitucional em defesa da sociedade. Por isso, compete ao Estado prevenir e punir os crimes contra a organização do trabalho.

A liberdade de trabalho, por conseguinte, engloba qualquer iniciativa laborativa. Na liberdade de ofício ou profissão, encontram-se as especialidades que são inerentes às categorias profissionais.

Conceitualmente isso tem muito significado, considerando que o atentado contra a liberdade de trabalho é um crime contra a organização do trabalho.

Então, a liberdade é a palavra-chave: o princípio da igualdade de todos perante a lei sem a garantia da inviolabilidade do direito à liberdade de trabalho será mera retórica. A liberdade de trabalho é, simultaneamente, um direito fundamental e uma garantia fundamental. É devido a essa natureza ou caráter fundamental que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata na ordem jurídica interna brasileira, conforme previsto no § 1º, Art. 5º, da CRFB de 1988.

Dessa forma, a liberdade de trabalho é, definidamente, uma norma autoaplicável, natureza constitucional que não admite qualquer violação criminosa.

O atentado contra a liberdade de trabalho, conforme definido no Art. 197, I, do Código Penal, é a conduta de constranger “alguém, mediante violência ou grave ameaça a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias” prevendo a pena de “detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência”.

São elementos do tipo a violência e a grave ameaça que obrigam a exercer (sem previsão legal) ou impede (não exercer), por exemplo, o trabalho (arte, ofício, profissão) ou indústria (violência ou grave ameaça contra livre iniciativa).

A rigor, aqui, podemos dar dois exemplos acerca do crime de atentado contra a liberdade de trabalho: (a) a greve abusiva, notadamente nos serviços essenciais; (b) o *lock-out*.

No Brasil, a Constituição Federativa, de 1988, qualifica o direito de greve como um direito social, não podendo haver interferência do empregador e nem do Estado quanto à oportunidade do exercício, visto que cabe exclusivamente “aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” (Art. 9º).

Não obstante, a Constituição não confere à greve a natureza de direito absoluto ou ilimitado, mas é um direito restrito, à medida que o exercício de greve nos serviços ou atividades essenciais sempre estará sujeito à regulamentação legal.

E assim o faz porque, entre os pleitos específicos de uma categoria profissional e a necessidade inafastável do atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, deve prevalecer o interesse da coletividade.

O abuso do direito de greve, especialmente nas atividades essenciais, é tipificado pela inobservância das normas legais ou ainda à manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho¹¹⁶.

Se, por exemplo, a greve ultrapassar os limites legais, tipifica crime de atentado contra a liberdade de trabalho.

Se bem observado, a partir do tipo legal referente ao crime de atentado contra a liberdade de trabalho – “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias” – também poderá restar tipificado como crime de constrangimento contra a liberdade pessoal.

Desse modo, o piquete violento ou não – antes de ser um legítimo instrumento de persuasão de adesão à greve – pode consistir na prática desses dois crimes: o atentado contra a liberdade de trabalho e o constrangimento à liberdade pessoal, visto que este é tipificado pela conduta de terceiro que “ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave”, conforme previsto no Art. 147, do Código Penal.

É o que está tipificado no Art. 200, do Código Penal, ao definir como crime contra a organização do trabalho “Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa” ou ainda “Participar de suspensão ou abandono

¹¹⁶Cf. Art. 14, da Lei 7. 789, de 1989.

coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo” (Art. 201, CP).

O *lock-out*, de que trata o Art. 722, CLT, também pode ser enquadrado como crime contra a organização do trabalho, quando empregadores (individual ou coletivamente) suspenderem os trabalhos dos seus estabelecimentos, sem prévia autorização do Tribunal competente, ou que violarem ou se recusarem a cumprir decisão proferida em dissídio coletivo.

É o que também está previsto no inciso II, Art. 197, do Código Penal, dispondo que consiste em crime contra a organização do trabalho o “Atentado contra a liberdade de trabalho” tipificado pelo ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho ou a participar de parede ou paralisação de atividade econômica.

O crime é punível com detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. Mas também o empregador, nesses casos, está sujeito às sanções administrativas previstas na CLT, por exemplo: pagamento de multa, perda do cargo de representação profissional, em cujo desempenho estiverem; suspensão, pelo prazo de 2 a 5 anos, do direito de ser eleitos para cargos de representação profissional, o pagamento dos salários dos empregados, durante o tempo de suspensão do trabalho.

2.2. Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho

O crime de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho, nos termos do Art. 198 do Código Penal, é definido pela conduta de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho”.

A conduta comissiva dolosa é punível com “detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência”.

Os dois tipos penais são a violência ou grave ameaça. A violência, traduzida por ação agressiva, pode ser física, psicológica ou moral exercida sobre alguém, que obriga a pessoa a fazer, a contragosto, o que lhe é imposto. A violência pode ser traduzida pela coação ou pela fraude.

A grave ameaça é a intimidação, por meio de ato ou gesto, pelos quais se exprime a vontade consciente de fazer mal ou prejudicar a alguém.

Na violência ou na grave ameaça, ofende-se a capacidade de resistência da pessoa.

Vamos tratar dessa questão no âmbito das relações de trabalho.

O contrato de trabalho já o definiu Sussekund¹¹⁷, é um acordo bilateral de natureza sinalagmática, portanto, um ato jurídico que contém recíprocos direitos e deveres, obrigando as partes, empregado e empregador (pessoa física ou jurídica).

¹¹⁷Curso de Direito do Trabalho, 2010, p. 150.

Já a relação de trabalho, que corresponde ao vínculo jurídico subordinado, é estabelecida expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados¹¹⁸.

É o que está previsto no Art. 442 da CLT, desde a sua aprovação em 1º de maio de 1943: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”.

É a natureza dessa relação de emprego (tácita ou expressa, também contínua, pessoal e subordinada) que “vincula duas pessoas, sendo que o sujeito da obrigação há de ser uma pessoa física, em relação à qual o contratante tem o direito subjetivo de exigir o trabalho ajustado¹¹⁹”.

Inexistirá contrato de trabalho ou relação de emprego tácita se também inexistente for a subordinação, a onerosidade e a pessoalidade, da qual deflui a “natureza *intuitu personae* do contrato de trabalho, em relação ao trabalhador”¹²⁰, nas palavras de Alice Monteiro de Barros.

Então, observemos bem: no caso específico do crime de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho, a conduta de forçar alguém a celebrar contrato de trabalho, em regra, não pode ser confundida com a obrigação que o empregador e a empresa têm no âmbito dos contratos de trabalho.

Aqui, bem ao contrário, a conduta de exigir do empregado a assinatura do contrato de trabalho com anotações respectivas na Carteira Profissional não tipifica o crime de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho, mas é, sim, um estrito dever legal, o cumprimento de uma obrigação de ordem pública.

Por outro lado, a configuração do crime de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho pode ocorrer nos casos de fraude ou coação contratual, mediante a utilização de violência ou de grave ameaça.

São aqueles casos, por exemplo, em que o empregador constrange o empregado a assinar contrato de trabalho lesivo como chantagem por dívidas ou por outro fator de natureza moral que lhe seja também desfavorável.

Haverá também o crime de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho nos casos em que, mesmo tendo havido a livre e consciente pactuação, porém, no curso da prestação de serviços, o empregador venha a constranger o empregado – mediante violência (física, moral ou psicológica) ou mediante grave ameaça – a assinar recibos salariais ou outros documentos em branco, com o objetivo de se desonerar das obrigações de pagar ou de fazer.

A liberdade de contrato de trabalho não pressupõe apenas o objeto lícito, determinado e possível de se realizar ou apenas a existência de partes legítimas e capazes, para a sua validade, de que trata o Art. 104, do Código Civil.

Mas vai além disso, porque:

¹¹⁸Idem, p 2010, p. 150.

¹¹⁹Idem, ibidem, 2010, p. 150.

¹²⁰Curso de Direito do Trabalho, 2005, p. 286.

(a) a inviolabilidade da liberdade de contrato de trabalho está relacionada ao valor social do trabalho;

(b) porque a liberdade de contrato de trabalho, como negócio jurídico perfeito e acabado, exige o cumprimento das obrigações sinalagmáticas durante toda a vigência do contrato.

Daí que a Constituição Federativa, de 1988, declara a inviolabilidade à liberdade, sendo abordada sob múltiplos aspectos: liberdade individual, liberdade coletiva, liberdade civil, liberdade religiosa, liberdade econômica, liberdade política, dentre outras.

A liberdade de contrato de trabalho está no âmbito da liberdade individual, porque relativa ao exercício de um direito subjetivo personalíssimo, o direito social ao trabalho, o qual pode ser exercido mediante um contrato individual de trabalho ou mediante uma relação de emprego tácita correspondente e equivalente em seus requisitos objetivos ao contrato de trabalho escrito.

Por esse viés, o crime de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho também é um crime contra a liberdade de trabalho.

A liberdade de contrato de trabalho, expressa como negócio jurídico, exige o cumprimento das obrigações sinalagmáticas durante toda a vigência do contrato, sob pena de nulidade do ato e a punição do responsável pelo constrangimento contratual, além de projetar possível indenização por dano moral trabalhista.

2.3. Frustração de direito assegurado por lei trabalhista

Nos tópicos precedentes, abordamos os crimes de atentado contra a liberdade de trabalho e de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho.

O primeiro crime (o atentado contra a liberdade de trabalho) consiste: (a) em afronta aos valores e princípios da ordem social do país, especialmente, aos valores sociais do trabalho, à medida que o atentado à liberdade de trabalho diz respeito aos direitos e garantias fundamentais (b) e ainda contra os objetivos da ordem social (o bem-estar e a justiça sociais), cuja base é o primado do trabalho.

O crime de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho está relacionado à violência ou à grave ameaça contra o direito individual ou coletivo, à medida que é um direito social fundamental, que se opõe, por exemplo, a toda forma de trabalhos cruéis ou forçados.

Nas formas de trabalhos cruéis ou forçados inclui-se o trabalho que reduz o trabalhador à condição análoga à de escravo, tipificado no Art. 149, do CP, como o ato ou ação capaz de:

Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

O trabalho análogo à de escravo é caracterizado: (a) pela submissão do trabalhador a trabalhos forçados, práticas proibidas pela Constituição Federativa de 1988 (Art. 5º, XLVII, alínea "c") (b) pela sujeição do trabalhador à jornada de trabalho exaustiva, diferente é a jornada extraordinária prevista em lei ou em Acordo Coletivo de Trabalho ou Convenção Coletiva de Trabalho (Art. 7º, XIII e XXVI, CF de 1988); (c) à submissão do trabalhador às condições degradantes de trabalho, prática também vedada pelo Art. 5º, III, da CF de 1988).

Ambos, o crime de atentado contra a liberdade de trabalho e o crime de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho – por violarem a liberdade de trabalho e a dignidade humana – constituem crimes contra a organização do trabalho; portanto, são crimes contra a integridade de direitos humanos fundamentais.

Como crimes contra a organização do trabalho estão previstos a partir do Art. 197 ao Art. 207, do Código Penal:

Atentado contra a liberdade de trabalho (Art. 187) Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta (Art. 198), Atentado contra a liberdade de associação (Art. 199), Art. Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem (Art. 200), Paralisação de trabalho de interesse coletivo (Art. 201), Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem (Art. 202), Frustração de direito assegurado por lei trabalhista (Art. 203), Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho (Art. 204), Exercício de atividade com infração de decisão administrativa (Art. 205), Aliciamento para o fim de emigração (Art. 206), Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (Art. 207).

Ainda na perspectiva penal também tipifica crime contra a organização do trabalho a frustração de direito assegurado por lei trabalhista.

O tipo penal é a frustração ao gozo de direitos trabalhistas, estando assim definido no Art. 203, do Código Penal: "Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho", sendo punível com "detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência".

A fraude, em sentido comum, é uma malícia ou artifício empregado com o objetivo de iludir propositalmente ou ludibriar para tirar vantagens em detrimento de outrem. Tecnicamente é um ilícito (penal, civil, trabalhista) que objetiva distorcer o sentido da lei para, também, levar vantagem pessoal em detrimento de direito de terceiro.

O Código Civil define a fraude como ato ilícito e lesivo de direito, passível de anulação do ato jurídico, desde a origem (efeito *ex tunc*), porque é considerado ato inexistente.

Essa regra tem similitude no Art. 9º, da CLT, que também prevê que "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

O crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista é um dos mais comuns e corriqueiros e cotidianos no âmbito das relações de trabalho.

Em termos trabalhistas, esse crime pode ocorrer em diversas situações. Vamos a alguns exemplos:

- (a) fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato;
- (b) fraude na transferência ou sucessão entre empresas;
- (c) fraude na anotação do contrato de trabalho na CTPS;
- (d) fraude no pagamento de salários por fora dos contracheques.

A fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato, por certo, é promovida em conluio entre sócios. E objetiva precisamente isentar o patrimônio dos sócios pelas dívidas sociais da empresa.

Geralmente essa alteração do contrato societário é feita a partir de uma leitura enviesada do Art. 980-A, do Código Civil, com redação pela Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874, de 2019), que dispõe que:

Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de fraude.

Ocorre que a Lei da Liberdade Econômica não alterou a Lei da Reforma Trabalhista (Lei 13.467, de 2017), a qual incorporou à CLT duas regras quanto à responsabilização do sócio diante das obrigações legais (trabalhistas e previdenciárias) decorrentes de contrato de trabalho ou da relação de trabalho: uma sobre a responsabilidade subsidiária e outra sobre a responsabilidade solidária.

A regra prevista no Art. 10-A celetista diz respeito à responsabilidade subsidiária do sócio retirante:

o sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato.

Essa regra é aplicável aos sócios retirantes, mas sem a ocorrência de fraudes na alteração do contrato societário.

Portanto, nesse caso, a retirada do sócio do quadro societário da empresa não presume e nem tipifica o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista; porém, de forma principal, somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da pessoa jurídica.

A previsão de responsabilização solidária do sócio retirante está no Parágrafo único, do Art. 10-A: "O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato".

E nesse caso, da fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato, restará tipificado o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista. E por quê? Porque na hipótese fraudulenta, a alteração societária também objetiva impedir a aplicação de direitos assegurados por lei trabalhista, situações que podem ocorrer, inclusive, nas sucessões de empresas.

A alteração fraudulenta do contrato social da empresa impõe a responsabilização solidária, no âmbito trabalhista e civil, aos sócios que praticaram a fraude, além da imputação penal correspondente.

No caso de fraude na transferência ou sucessão entre empresas, a finalidade também é frustrar a garantia de direitos previstos na legislação trabalhista ou na legislação civil. Desse modo, restará o enquadramento no tipo penal: "Frustrar, mediante fraude, direito assegurado pela legislação do trabalho".

Para esse caso, o Parágrafo único, Art. 448-A, da CLT, estabelece que "A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência".

E ainda por se tratar de fraude que atenta contra direitos trabalhistas, os sócios que participaram da fraude também respondem de forma solidária com patrimônios pessoais pelas dívidas trabalhistas e previdenciárias da empresa.

Isso é possível porque também estará comprovado o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial entre sócios e a pessoa jurídica.

Nesse caso, mediante a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, as obrigações trabalhistas e previdenciárias, conforme previsto no Art. 7º da Lei da Responsabilidade Econômica, podem ser estendidas aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

A fraude na anotação do contrato de trabalho na CTPS e a fraude no pagamento de salários por fora dos contracheques também tipificam o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, por conseguinte, um crime contra a organização do trabalho.

A anotação de período contratual diferente do verdadeiro com função distinta da real impede o gozo de direitos trabalhistas e previdenciários correspondentes, por exemplo, o tempo de serviço para gozo de férias, adicional por tempo de serviço, depósitos do FGTS e a direta repercussão na multa de 40% ou ainda a retenção dolosa do salário.

Está no Art. 49 da CLT, o ilícito trabalhista, a falsidade na emissão, na substituição ou anotação fraudulenta nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social – crime penal previsto Art. 288 do Código Penal:

Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

O pagamento de salário “por fora” dos contracheques – portanto, sem integração na base de cálculo do FGTS e do INSS – viola estes e outros direitos trabalhistas, além de tipificar a fraude contra o sistema coletivo do FGTS e contra o custeio do fundo de direito previdenciário.

São exemplos de crimes nas relações de trabalho tão corriqueiros, no dia a dia de processos trabalhistas, que nem sempre as decisões judiciais adotam medidas correspondentes à penalização, como encaminhar peças do processo ao Ministério Público Federal à instauração da investigação desse crime contra a organização do trabalho.

2.4. Crime de sonegação e apropriação previdenciária da relação de emprego ou do contrato de trabalho

Esses dois crimes também são comuns no âmbito das relações de trabalho, como gênero, e nos contratos de trabalho, como espécie.

Vejamos a tipificação penal relativa à apropriação indébita previdenciária (Art. 168-A): “Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional”.

Para entender esse crime, reporto-me às contribuições previdenciárias que decorrem de um contrato de trabalho: (a) contribuições do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei (b) contribuições do empregado segurado.

As contribuições previdenciárias ao encargo exclusivo do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei correspondem à alíquota do ramo de atividade da empresa, conforme previsto no Art. 195, I, A, da Constituição, com redação pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Essas contribuições incidem, obrigatoriamente, sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”.

Consideram-se aqui as contribuições devidas ao INSS em razão do contrato de trabalho, as que incidem sobre a folha salarial e as contribuições sociais decorrentes das prestações de serviços autônomos (ou simplesmente relações de trabalho e não de emprego), que são os

denominados “rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”.

Já as contribuições previdenciárias do empregado ou do trabalhador segurado são aquelas previstas no inciso II, Art. 195.

Tais contribuições incidem sobre o salário ou remuneração do empregado segurado e, no caso de trabalhador não empregado, mas também segurado do Regime Geral de Previdência Social, têm por base de incidência os rendimentos pagos pelos serviços autônomos prestados. Nos dois casos, são adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição ou do valor da contraprestação ajustada.

O crime de apropriação indébita previdenciária não é cometido pelo empregado segurado e nem pelo trabalhador segurado.

É um crime típico do empregador (pessoa natural ou jurídica), porque é deste o dever de reter a contribuição previdenciária devida pelo empregado ou pelo prestador de serviços e repassá-la adequada e tempestivamente à Previdência Social.

Quando se fala na época própria, reporta-se ao disposto no Art. 43, § 2º, da Lei nº 8.212 de 1991, que define como fato gerador das contribuições sociais a data da prestação do serviço.

Sendo obrigação de ordem pública imposta em face do empregador, quanto à retenção e repasse dessas contribuições, tipificará o crime de apropriação indébita previdenciária a retenção das contribuições, mas sem repassá-las à previdência social.

Considerando-se que as contribuições previdenciárias decorrem do contrato de trabalho ou da prestação de serviços autônoma, a apropriação indébita dessas contribuições também frustra o gozo de direitos previdenciários pelo segurado obrigatório.

Trata-se de conduta comissiva e dolosa, porque, nos termos do § 1º, Art. 168-A, do Código Penal, o empregador reteve e deixou de “recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados”.

Cuida-se, pois, de um crime que pode ocorrer nas relações de trabalho.

Por outro lado, o crime de sonegação previdenciária ocorre quando o empregador:

deixar de recolher devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços” (Art. 168-A, II).

Na prática, esse crime ocorre assim: o empregador paga salário “X” na Carteira Profissional e nos contracheques, mas, “por fora”, paga mais o salário “Y”.

Porém, ao recolher as contribuições previdenciárias, adota como base de incidência apenas o salário anotado na CTPS, ignorando o salário habitual pago “por fora”.

A sonegação dar-se-á pela não integração do salário “por fora” na base de cálculo da contribuição ao INSS.

Trata-se de crime doloso que viola o princípio do custeio federativo da Previdência Social e ainda o gozo de direitos previdenciários com maior valor de benefício, à medida que este é calculado pela média das maiores remunerações adotadas como base de cálculo.

A apropriação indébita previdenciária e a sonegação previdenciária são penalmente tipificados como crimes contra o patrimônio, porque subtraem recursos do custeio da Previdência Social.

Por outro lado, por ocorrerem no âmbito das relações de trabalho, também podem ser enquadrados como crimes nas relações de trabalho, à luz do princípio da dignidade humana, portanto, como crime contra a organização do trabalho (Art. 203, CP), à medida que a legislação trabalhista (Parágrafo único, Art. 832, CLT) e a Constituição Federativa de 1988 (Art. 114, VIII e IX) preveem as contribuições sociais das decisões trabalhistas como garantias de benefícios previdenciários ao segurado empregado.

Note-se, por exemplo, que a última parte do Parágrafo único, Art. 216, da CLT, prevê a suspensão de funcionamento de “empresa que deixar de recolher as contribuições devidas às instituições de previdência social”.

Desse modo, a apropriação indébita previdenciária e a sonegação das contribuições também tipificam, por essa hermenêutica sistêmica, o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista-previdenciária.

3. Conclusão

O estudo pode apresentar as seguintes conclusões:

O trabalho humano é, na ordem jurídica constitucional, um valor social e um direito fundamental, características que o colocam na qualidade de ser primado da ordem social e definido como um dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito.

Os crimes das relações de trabalho, compreendidos nos crimes contra a organização do trabalho, também podem ser considerados como crimes contra a ordem social e a ordem econômica do Estado brasileiro, passíveis de penalizações tributárias.

Crimes das relações de trabalho – por exemplo, trabalho análogo à condição de escravo e a frustração de direitos previstos da legislação trabalhista – que são identificados nos processos trabalhistas, invocam maior fiscalização preventiva e efetiva responsabilização criminal dos responsáveis;

Os crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação das contribuições, embora topicamente localizados nos crimes contra o patrimônio, também são crimes tributários e constituem ilícitos trabalhistas.

Propõe-se, em relação aos crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação previdenciária, além das medidas criminais:

(a) bloquear a CND (Certidão Negativa de Débitos) da pessoa jurídica devedora. A CND é uma certidão que comprova que a pessoa jurídica não apresenta nenhuma pendência (financeira, previdenciária ou tributária) em seu nome com a União.

(b) implementar, a partir do bloqueio da CND, a vedação prevista no § 3º, Art. 195, da Constituição Federativa – quanto à impossibilidade de a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social – poder contratar com o Poder Público, assim como não receber dele benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

4. Referências

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

CARNEIRO M, Océlio de Jesus. **Competência da Justiça do Trabalho e a Efetividade do Direito Fundamental à Previdência**. São Paulo: Ltr, 2014,

CARNEIRO M, Océlio de Jesus. **Proteção dos Direitos Humanos Fundamentais** – perspectivas na sociedade tecnológica de risco. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 2019.

CARNEIRO M, Océlio de Jesus; NOVAES, Wladimir Martinez. **Valores e Princípios da Previdência Social**. São Paulo: Ltr, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Legislação

BRASIL. Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Legislação. Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 e leis incluídas. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 julho 2021.

BRASIL. Legislação, Decreto-lei 5.452, de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 30 julho 2021.

BRASIL. Legislação. Lei 7.783, de 1989. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Legislação. Lei 10.406, de 2020. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Legislação. Lei 13.467, de 2017. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Legislação, Lei 13.874, de 2019. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

HABEAS CORPUS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

HABEAS CORPUS IN LABOR JUSTICE

Pedro Paulo Teixeira Manus¹²¹

Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro¹²²

Resumo: O presente artigo visa analisar a medida constitucional do *habeas corpus* na Justiça do Trabalho, abordando as principais hipóteses de cabimento e o posicionamento dos Tribunais a respeito.

Palavras-chave: Habeas Corpus. Direito do trabalho. Justiça do trabalho.

Abstract: The purpose hereof is to analyze the *habeas corpus* constitutional remedy in Labor Justice, approaching the main hypothesis of application and the Courts understanding regarding such theme.

Keywords: Habeas Corpus. Labor law. Work justice.

Sumário: 1. Introdução; 2. Origem e conceito do *habeas corpus*; 3. Competência da Justiça do Trabalho; 4. *Habeas Corpus* como medida para assegurar a liberdade de trabalho; 5. Outras hipóteses de *habeas corpus* na Justiça do Trabalho; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

O presente estudo tem por finalidade analisar a importante ação constitucional do *habeas corpus* na Justiça do Trabalho, especialmente após a Emenda Constitucional nº 45.

A partir de uma análise da doutrina e da jurisprudência, pretendemos demonstrar a evolução do *habeas corpus* na Justiça do Trabalho, utilizado não só em face do Estado, mas também do particular, principalmente em face do empregador, quando restringe o direito de ir e vir dos trabalhadores.

Para tanto, necessário retomar o estudo da origem do instituto e a análise dos limites da competência da Justiça do Trabalho. A partir daí, passamos a analisar as principais hipóteses de cabimento na Justiça do Trabalho.

2. Origem e conceito do *habeas corpus*

¹²¹ Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho, vice-reitor da PUC-SP, professor dos cursos de mestrado e doutorado da PUC-SP. Advogado.

¹²² Mestre e doutor em direito do trabalho pela PUC-SP, coordenador e professor dos cursos de pós-graduação da EPD – Escola Paulista de Direito. Advogado.

O *habeas corpus* que significa “tome o corpo” é medida que submete ao juiz examinar a existência de coação na liberdade de ir e vir do indivíduo, chamado de paciente.

Tem origem na *Magna Charta Libertatum*, outorgada na Inglaterra em 1215, pelo Rei João, filho de Henrique II, que se tornaria mais tarde João Sem Terra. No direito norte-americano passou a constar na Constituição de 1787, resguardando não só o direito de ir e vir, bem como outros aspectos da liberdade individual.

Nas palavras de José Afonso da Silva: “Foi o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais. Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta de 1215. Mas foi esta que lhe deu a primeira formulação escrita. O *writ of habeas corpus* evoluiu. No início não era vinculado à ideia de liberdade de locomoção, mas ao conceito do *due process of law*. Era usado até mesmo em matéria civil; mais tarde, ainda na Inglaterra, adquiriu várias modalidades: *habeas corpus ad prosequendum*, *habeas corpus ad satisfaciendum*, *habeas corpus ad deliberandum*, *habeas corpus ad faciendum et recipiendum*, *habeas corpus ad subjiciendum*. Era então o meio de levar alguém perante ao tribunal. O *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 é que o configurou, com mais precisão, como um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos em ultramar”.¹²³

No Brasil, surgiu na legislação infraconstitucional, no Código Criminal do Império de 1830 e, posteriormente, no Código de Processo Criminal de 1832, que assim dispôs em seu artigo 341:

Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor.

Passou a integrar expressamente a ordem constitucional brasileira na Constituição Republicada de 1891, em que pese sua previsão implícita na Constituição imperial de 1824, em razão do disposto no artigo 179, § 8º, que assim dispunha:

¹²³ DA SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Melhoramentos, 16. edição, p. 445.

Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, e, nestes, dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares de residência do juiz, e nos remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará atenta à extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu acusador e das testemunhas, havendo-as.

A Constituição Republicana de 1891 adotou a “teoria brasileira do *habeas corpus*”, segundo o qual “tornara-se indubitado que, na sistemática pátria, o remédio tutelava qualquer direito violado, desde que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção”.¹²⁴

A teoria brasileira foi defendida por Pedro Lessa, Enéas Galvão e Rui Barbosa. Nas palavras de Pedro Lessa, citado por Sidou “a ilegalidade de que se queixa o paciente, não importa a completa privação da liberdade individual. Limita-se a coação ilegal a ser vedada unicamente à liberdade individual, quando esta tem por fim próximo o exercício de um determinado direito. Não está o paciente preso, nem detido, nem exilado, nem ameaçado de imediatamente o ser. Apenas o impedem de ir, por exemplo, a uma praça pública, onde se deve realizar uma reunião com intuítos políticos; a uma casa comercial ou a uma fábrica, na qual é empregado; a uma repartição pública onde tem de desempenhar uma função ou promover um interesse; à casa onde reside, ou seu domicílio.”¹²⁵

A Reforma Constitucional de 1946 procurou combater a teoria brasileira, com uma redação mais rígida quanto à limitação do *habeas corpus*, o que se repetiu em 1967 e na Emenda de 1969, apenas sendo substituída pelo texto atual de 1988.

Mesmo diante da redação dos textos constitucionais anteriores a 1988, a teoria brasileira prevaleceu nos Tribunais, conforme aponta Uadi Lammêgo Buló:

Assim, iremos encontrar julgados que concedem ordem de *habeas corpus* e expedem salvo-conduto, quando gerente bancário é constrangido a liberar quantias bloqueadas através de ofício judicial (RT, 677:401), ou quando a prostituta é detida, mais de uma vez, por prática de *trottoir*, e se acha ameaçada de nova detenção (RT 645: 364).

....

Excepcionalmente, também existem ordens de *habeas corpus* expedidas para trancar inquéritos policiais, quando estiverem

¹²⁴ SIDOU, J. M. Othon. **Habeas Corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular** – As garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro, Forense. 1998.

¹²⁵ Ob. Cit. p. 98.

envolvidos fatos atípicos (RT 660:312 e 649:267), ou ação penal, por prescrição (RT 658:390).

Os casos são numerosíssimos. Lança-se mão do *habeas corpus* até para anular pena imposta em segundo grau, mediante recurso exclusivo do réu, implicando *reformatio in pejus* (RT 616:381).¹²⁶

O Ato Institucional nº 5, editado em 1968, suspendeu a garantia do *habeas corpus*.

Já a Constituição de 1988 consagrou o *habeas corpus* no Título II que trata “dos direitos e garantias fundamentais”, no artigo 5º, inciso LXVIII, com a seguinte redação:

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:

...

LXVIII – conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Segundo José Afonso da Silva: “É, pois, um remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar. Tem natureza de ação constitucional penal”.¹²⁷

Alexandre de Moraes assim define o *habeas corpus*: “é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinados no Código de Processo Penal”.¹²⁸

3. Competência da Justiça do Trabalho

Após a Emenda Constitucional 45/04 não se discute mais a competência da Justiça do Trabalho para apreciar *habeas corpus* em razão do disposto no inciso IV do artigo 114 da Constituição Federal, que assim dispõe:

¹²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo, Saraiva, 2000.

¹²⁷ Ob. Cit. p. 446.

¹²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 111.

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

...

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

A hipótese mais comum sempre foi a da prisão do depositário infiel, principalmente antes da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 25, ou seja, prisões determinadas pelo juiz do trabalho para cumprimento de suas decisões.

Entretanto, conforme adverte Mauro Schiavi, “Caso o Juiz do Trabalho decrete a prisão de testemunha em flagrante delito cometendo crime de falso testemunho, ou em razão de flagrante delito (art. 301 do CPP) contra a organização do trabalho ou administração da Justiça do Trabalho, mas sim da Justiça Estadual ou da Justiça Federal, conforme a natureza do delito, pois são hipóteses de prisões em razões de crimes contra a organização do trabalho e organização da Justiça do Trabalho e não estão sujeitos à jurisdição trabalhista.”¹²⁹

Também é possível impetrar *habeas corpus* contra ato de particular perante a Justiça do Trabalho, como por exemplo, o empregador que restringe a liberdade de locomoção do seu empregado. Isso porque o inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que caberá a medida “por ilegalidade ou abuso de poder”, nada mencionando sobre a necessidade de ser em face de ato de autoridade, diferentemente do dispositivo que trata do mandado de segurança.

Nesse sentido, é a doutrina de Edilton Meireles: “Assim, como já exemplificado, tem-se a possibilidade da Justiça do Trabalho julgar o *habeas corpus* impetrado em face do empregador que restringe a liberdade de locomoção do empregado (mantém o empregado no ambiente de trabalho, quando do movimento grevista); o *habeas corpus* em face de autoridade policial que restringe a liberdade do grevista em face de atos por ele praticados durante o movimento paredista (ação que envolve o exercício do direito de greve, aliás); o remédio heroico em face da autoridade pública que restringe a liberdade de locomoção do servidor público (impede, ilegalmente ou em abuso de poder, de ele se ausentar da cidade, da localidade, etc.).”¹³⁰

¹²⁹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 14ª edição, p. 1.551.

¹³⁰ MEIRELES, Edilton. **Competência e Procedimento na Justiça do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005, p. 70.

Será competência do primeiro grau de jurisdição (varas do trabalho) se for impetrado em face de particular e será de competência do TRT (segundo grau de jurisdição) se for impetrado em face de juiz do trabalho.

O TST será competente se impetrado em face do TRT. Em razão da EC 45/04 restou derogado o artigo 105, I, c da Constituição Federal que atribui competência ao STJ. Nessa direção segue a doutrina de André de Araújo Molina: "(...) penso que tal sistemática foi modificada, pois o inciso IV do art. 114 declina de forma peremptória, que é a própria Justiça do Trabalho competente para processar e julgar os *habeas corpus*, quando oriundo de ato sujeito a sua jurisdição, como é a hipótese dos *writs* em que o juiz de segundo grau causa a ilegalidade, determinando a prisão civil".¹³¹

Também poderá ser impetrado no TST substituindo recurso ordinário de decisão proferida pelo TRT, conforme estabelece a orientação jurisprudencial nº 156 da SDI-II do TST:

156. "HABEAS CORPUS" ORIGINÁRIO NO TST. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS". CABIMENTO CONTRA DECISÃO DEFINITIVA PROFERIDA POR TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010)

É cabível ajuizamento de "habeas corpus" originário no Tribunal Superior do Trabalho, em substituição de recurso ordinário em "habeas corpus", de decisão definitiva proferida por Tribunal Regional do Trabalho, uma vez que o órgão colegiado passa a ser a autoridade coatora no momento em que examina o mérito do "habeas corpus" impetrado no âmbito da Corte local.

O Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar *habeas corpus* impetrado em face dos Ministros do TST (art. 102, I, i da Constituição Federal).

Será observado o procedimento previsto nos artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal.

Em sendo cometido crime contra a administração da Justiça do Trabalho, o *habeas corpus* deve ser examinado pela Justiça Federal, como por exemplo, falso testemunho. Nessa mesma perspectiva é o teor da súmula 165 do STJ que dispõe: "*competes à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista*".

4. Habeas Corpus como medida para assegurar a liberdade de trabalho

¹³¹ MOLINA, André de Araújo. **Competência da Justiça do Trabalho**. Aspectos materiais e processuais. Coord.: Alexandre Augusto Campanha Pinheiro. São Paulo: Ltr, 2005, p. 128.

No direito do trabalho, o *habeas corpus* vem se tornando um importante instrumento para assegurar a liberdade de trabalho, como se pode verificar da liminar concedida pelo juiz da 2ª Vara do Trabalho de Cubatão, em *habeas corpus* impetrado pelo Sindicato dos Petroleiros do Litoral Paulista em favor de 45 trabalhadores que estavam sendo mantidos em prolongada e ininterrupta jornada às instalações da Petrobras em Cubatão.

O confinamento de trabalhadores no local de trabalho, pelo empregador, com cerceamento da liberdade de locomoção, é situação que justifica a concessão do *habeas corpus*, uma vez que o ordenamento jurídico vigente não admite tais restrições por caracterizar trabalho forçado.

A submissão a confinamento, que pode se dar por “pressão” de ordem moral ou por necessidade extrema ou estado de necessidade, caracteriza violação à liberdade de locomoção.

Assim constou da fundamentação da liminar concedida pelo juiz da 2ª Vara do Trabalho de Cubatão no processo acima mencionado:

A permanência ininterrupta e involuntária dos trabalhadores por longa jornada de trabalho, em ambiente notoriamente insalubre e perigoso, gera alto nível de stress, o que de fato contribui para um significativo aumento dos riscos de acidente de trabalho e de surgimento e/ou agravamento de moléstias profissionais.

Além do mais, o cansaço físico e mental dos trabalhadores, somado à exposição de situação geradora de alto nível de stress, pode comprometer a segurança das instalações da refinaria e usina termelétrica, dos trabalhadores próprios e terceirizados da Petrobras, de toda uma comunidade de moradores ao entorno, bem como ao meio ambiente local, haja vista se tratar de operações com centenas de toneladas de produtos químicos inflamáveis e cancerígenos.

Há relato médico que comprova que o confinamento dos trabalhadores vêm lhes gerando prejuízos gravíssimos, tanto de ordem física quanto psíquica.

A Dra. Amanda Amaral, médica plantonista junto à Refinaria Presidente Bernardes no dia 13/2/2020, narrou à oficial de justiça Juliana Nery Lopes (ID. 08cb65d), que havia trabalhadores com manifestação de casos clínicos como dor de cabeça, alteração na pressão arterial e problemas circulatórios, estando, por essa razão, mentalmente mais lentos e propensos a erros. A referida plantonista ainda disse que os trabalhadores atendidos manifestaram o desejo de deixar os seus postos de trabalho.

A ordem constitucional vigente desautoriza o confinamento de trabalhadores em ambiente de trabalho contra suas vontades, pois tal

medida remonta ao período escravocrata, este que é absolutamente incompatível com a ordem democrática e com os direitos humanos. Ressalte-se que o trabalho forçado é uma das mais nefastas expressões da barbárie, pois nega o reconhecimento da condição humana ao indivíduo subjugado. A Organização Internacional do Trabalho define em sua Convenção no 29, incorporada pelo Decreto no 41.721/1957, que trabalho forçado é todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não se tenha oferecido espontaneamente.

O artigo 8º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto 592 de 1992, determina que fora das hipóteses taxativamente previstas, ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios

Da mesma forma, o artigo 6º, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678 de 1992, diz que ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório.

Ressalto que muito embora a legislação internacional tolere poucas hipóteses de trabalho forçado, como por exemplo no caso das obrigações de caráter militar, nenhuma delas se assemelha ao caso dos trabalhadores tutelados por este *habeas corpus*.

A Constituição Federal, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclama o direito à liberdade de locomoção, denotando em um de seus sentidos, a ausência de submissão a situações de confinamento que venham agredir a integridade física e moral do indivíduo.

Ressalto também que não obstante o tema central desta ação seja a liberdade de locomoção dos trabalhadores, seu objeto tutela interesse difuso, qual seja, a vida e integridade física dos trabalhadores confinados. A presente ação também acaba por tutelar, mesmo que indiretamente, a preservação do meio ambiente e da segurança daqueles que vivem no entorno da refinaria e usina termelétrica, bem como das instalações de uma empresa que pode ser considerada um dos maiores tesouros da nação brasileira.

Sendo assim, diante dos argumentos acima expostos, confirmo os efeitos da medida liminar deferida e concedo ordem de *habeas corpus*, para determinar o encerramento do turno de trabalho dos trabalhadores que compõe o Grupo de Trabalho 5 da Petrobras em Cubatão/SP.¹³²

Também se verifica a discussão quanto à liberdade de trabalho nas relações desportivas. É possível que um jogador de futebol seja obrigado a jogar por um clube, contra sua vontade? Entendemos que não. O descumprimento de contrato por parte do atleta se resolve por perdas e danos e não por obrigação de prestar serviços.

O caso que ficou bastante conhecido é a do jogador Oscar que obteve em primeiro

¹³² Autos nº 1000080-87.2020.5.02.0252, TRT/SP.

grau a rescisão indireta do contrato de trabalho firmado com o São Paulo Futebol Clube. Entre a decisão de primeiro grau e do TRT na reclamação trabalhista, o jogador firmou contrato com outro clube (Internacional de Porto Alegre). Entretanto, a sentença foi reformada pelo Tribunal Regional do Trabalho de SP, julgando improcedente o pedido de rescisão indireta do contrato.

O atleta impetrou *habeas corpus* no TST em face da 16ª Turma do TRT de SP, sustentando violação da sua liberdade do exercício de profissão, sendo concedida liminar pelo Ministro Guilherme Caputo Bastos:

É patente, todavia, que a decisão judicial transitada em julgado nessa reclamação trabalhista, quer procedente, quer improcedente, jamais poderá impor ao trabalhador o dever de empregar sua mão de obra a empregador ou em local que não deseje, sob pena de grave ofensa aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, em torno dos quais é construído todo ordenamento jurídico pátrio.

...

Logo, rescindido unilateralmente pelo atleta profissional o contrato de trabalho, surge, para ele, a obrigação de pagar a respectiva cláusula penal, somente. O inadimplemento desta obrigação de pagar, por sua vez, não autoriza à entidade desportiva prejudicada cobrar do devedor a prestação pessoal de serviços.

Dito isso, tenho, em primeira análise, que a decisão judicial que determina o restabelecimento obrigatório do vínculo desportivo com o SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE, em contrariedade à vontade do trabalhador, cerceia o seu direito fundamental de exercício da profissão, razão pela qual concedo a liminar em *habeas corpus* para autorizar o paciente a exercer livremente a sua profissão, participando de jogos e treinamentos em qualquer localidade e para qualquer empregador, conforme sua livre escolha¹³³.

No mesmo sentido, em outro feito, envolvendo o jogador conhecido como Marcelinho Paraíba, o Tribunal Superior do Trabalho, em decisão da lavra da ministra Delaíde Miranda Arantes, mantido pelo colegiado, concedeu *habeas corpus* para resguardar a liberdade do exercício da profissão:

AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DA RELATORA QUE DEFERIU O PEDIDO LIMINAR EM SEDE DE HABEAS CORPUS.

¹³³ TST-HC-3981-95.2012.5.00.0000.

JOGADOR DE FUTEBOL. DIREITO À LIBERDADE DO TRABALHO. RESCISÃO INDIRETA. VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA, EM JUÍZO PERFUNCTÓRIO, DA FUMAÇA DO BOM DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA. 1 – Agravo regimental interposto pelo Esporte Clube Internacional de Lajes – SC contra a decisão monocrática desta relatora que deferiu o pedido liminar em *habeas corpus* para autorizar o paciente, Marcelo dos Santos, a exercer livremente a profissão de atleta de futebol, participando de jogos e treinamentos em qualquer localidade e para qualquer empregador, conforme sua livre escolha. 2 – Constatação do cabimento de *habeas corpus* na Justiça do Trabalho, ainda que não atrelado às hipóteses de prisão civil e depositário infiel, para abranger não apenas a tutela da liberdade de locomoção, mas também toda e qualquer matéria afeta à atividade jurisdicional trabalhista. 3 – Exame do caso concreto se deu em sede de liminar, cujo juízo próprio é perfunctório e exige apenas o concurso dos requisitos da aparência do bom direito e do perigo da demora. Não se procede à análise percuciente acerca da rescisão indireta, a qual deve ser objeto na seara própria em sede da reclamação trabalhista. 4 – Relativamente ao *fumus boni iuris*, permanece plausível o fato de o paciente encontrar-se impedido de exercer a função de jogador de futebol no clube que lhe interessa, em suposta inobservância aos arts. 1º, II e IV, 5º, XIII, 6º e 7º da Constituição Federal. 5 – No tocante ao *periculum in mora*, tem-se que manter por tempo indeterminado o paciente vinculado ao empregador sob o qual impôs a pecha de mau cumpridor das obrigações trabalhistas, até porque a própria reclamação trabalhista deve durar longos anos, ofende o direito de liberdade de locomoção, consubstanciado no livre exercício da profissão em qualquer localidade e para qualquer clube de futebol que acaso tenha interesse na sua contratação. 6 – Não fosse só isso, a hipótese reclamava medida urgente, pois está em debate questão que envolve o exercício de profissão de curta duração – jogador de futebol – e cujo atleta já tem 41 anos de idade, não sendo crível entender que estaria no auge, mas sim que se encontra em fim de carreira. 7 – Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.¹³⁴

No ano de 2018, o TST mudou sua jurisprudência para limitar o cabimento de *habeas corpus* e não permitir sua utilização para discussão de rescisão indireta de contrato de trabalho de atleta profissional, conforme se verifica da decisão da lavra do Ministro Alexandre Luiz Ramos:

HABEAS CORPUS. ATLETA PROFISSIONAL. LIBERAÇÃO PARA EXERCÍCIO EM OUTRA AGREMIAÇÃO ESPORTIVA. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO DO DIREITO PRIMÁRIO DE LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO (DIREITO DE IR, VIR E PERMANECER). SUPERAÇÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA DO *HABEAS CORPUS*. NÃO CABIMENTO. A Justiça do

¹³⁴ AgR-HC-5451.88.2017.5.00.0000, SDI-II TST.

Trabalho tem competência constitucional para apreciação de *habeas corpus*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição. Contudo, tal competência deve observar os limites de cabimento da referida ação constitucional garantidora de liberdades fundamentais, em respeito à instrumentalidade das ações constitucionais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o *habeas corpus* tem cabimento restrito à defesa da liberdade de locomoção primária, assim entendida como o direito de ir, vir e permanecer. Admissível, portanto, como meio de proteção de direitos que tenham na liberdade física condição necessária para o seu exercício. Precedentes do STF e do STJ. Contraria o entendimento majoritário dessas Cortes, portanto, a admissão de *habeas corpus* para discutir cláusula contratual de atleta profissional, com pedido de transferência imediata para outra agremiação desportiva e de rescisão indireta do contrato de trabalho, por não afetar restrição ou privação da liberdade de locomoção. Se a discussão afeta somente secundariamente a liberdade de locomoção, decorrente de liberdade de exercício de profissão ou trabalho, não cabe *habeas corpus*, caso em que o direito deve ser tutelado por outro meio admitido em Direito. Eventuais restrições do exercício de atividade por atleta profissional não autorizam a impetração de *habeas corpus*, porquanto não põem em risco a liberdade primária de ir, vir ou permanecer. Ademais, na hipótese dos autos, o *habeas corpus* foi utilizado como substitutivo de decisão a ser proferida na reclamatória trabalhista, âmbito apropriado para a análise probatória da alegação de descumprimento do contrato, uma vez que o paciente apresentou reclamatória trabalhista, cujo pedido de tutela de urgência de natureza antecipada foi indeferido e contra o qual impetrou mandado de segurança. O presente *habeas corpus* foi impetrado contra decisão em agravo regimental da Seção Especializada do Tribunal Regional, que cassou a liminar concedida no mandado de segurança. *Habeas corpus* extinto sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, IV, do CPC/2015¹³⁵.

Nessa perspectiva e demonstrando a mudança de posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, assim decidiu a SDI-II em acórdão da lavra da Ministra Maria Helena Mallmann:

HABEAS CORPUS. ATLETA PROFISSIONAL. LIBERAÇÃO PARA EXERCÍCIO EM OUTRA AGREMIAÇÃO ESPORTIVA. AUSÊNCIA DE AMEAÇA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO PRIMÁRIA. DESCABIMENTO DO REMÉDIO HERÓICO. O cabimento do *habeas corpus* é questão que já gerou acirrado debate nessa SBDI-2/TST. Com efeito, nos

¹³⁵ HC – 1000678-46.2018.5.00.0000, SDI-II TST.

autos do HC – 1000678-46.2018.5.00.0000, prevaleceu a tese proposta pelo eminente Ministro Alexandre Luiz Ramos, secundada pela douta maioria dessa SBDI-2/TST, no sentido de que o *habeas corpus* tem cabimento restrito à defesa da liberdade de locomoção primária, assim entendida como o direito de ir, vir e permanecer. Na espécie, porém, o direito à liberdade de locomoção é abordado de forma apenas secundária, representado pela prerrogativa individual do trabalhador de prestar serviços para quem e onde bem entender. Desse modo, deve ser denegada a ordem. Ressalva de entendimento da Relatora. Agravo regimental conhecido e provido para extinguir o "writ" sem resolução de mérito, na forma do artigo 485, IV, do CPC. Liminar anteriormente concedida revogada.¹³⁶

Evidentemente que isso não significa que é possível obrigar o atleta profissional a trabalhar, entretanto, somente que o descumprimento contratual se revolve em indenização, permanecendo o entendimento de que não se pode obrigar ninguém a trabalhar contra a sua vontade.

A liberdade de trabalho constitui um importante direito fundamental, consagrada pela ordem jurídica constitucional (art. 5º, XIII CF), segundo a qual é assegurado a todos os indivíduos a liberdade de escolha da atividade a ser exercida, sendo vedado qualquer trabalho forçado ou obrigatório.

5. Outras hipóteses de *habeas corpus* na Justiça do Trabalho

A hipótese mais comum de *habeas corpus* na Justiça do Trabalho era a decorrente de prisão ilegal do depositário infiel, tendo inclusive a SDI-II do TST editado suas orientações jurisprudenciais sobre o tema, a saber:

89. "HABEAS CORPUS". DEPOSITÁRIO. TERMO DE DEPÓSITO NÃO ASSINADO PELO PACIENTE. NECESSIDADE DE ACEITAÇÃO DO ENCARGO. IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL (inserida em 27.05.2002). A investidura no encargo de depositário depende da aceitação do nomeado que deve assinar termo de compromisso no auto de penhora, sem o que, é inadmissível a restrição de seu direito de liberdade.

143. "HABEAS CORPUS". PENHORA SOBRE COISA FUTURA E INCERTA. PRISÃO. DEPOSITÁRIO INFIEL. (alterada) – Res.

¹³⁶ HC – 1000349-34.2018.5.00.0000, SDI-II TST.

151/2008, DEJT divulgado em 20, 21 e 24.11.2008

Não se caracteriza a condição de depositário infiel quando a penhora recair sobre coisa futura e incerta, circunstância que, por si só, inviabiliza a materialização do depósito no momento da constituição do paciente em depositário, autorizando-se a concessão de "habeas corpus" diante da prisão ou ameaça de prisão que sofra.

Essa questão deixou de ser comum após o Supremo Tribunal Federal editar a súmula vinculante nº 25:

É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Como é de conhecimento, não se admite prisão por dívida no Brasil (salvo decorrente de obrigações alimentícia), de forma que o descumprimento de decisão judicial não pode acarretar prisão, pois o ordenamento jurídico prevê formas de coagir o devedor ao cumprimento da obrigação, o que não inclui prisão, razão pela qual cabível *habeas corpus* em face da ameaça de prisão por tal motivo.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM – HABEAS CORPUS – DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. AMEAÇA DE PRISÃO POR CRIME DE DESOBEDIENCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos do inciso LXVII do art. 5º da Carta Magna e da mais recente jurisprudência da Suprema Corte, a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Não sendo essa a hipótese dos autos originários, a ameaça de prisão dos gerentes da impetrante, por descumprimento da obrigação determinada no ato coator, ofende não só o mencionado preceito constitucional, mas também os princípios processuais constitucionalmente assegurados, relativos à liberdade e ao direito de defesa em sua concepção mais ampla. 2. O ordenamento jurídico pátrio prevê, como formas de coagir o devedor ao cumprimento de obrigação contida no título executivo judicial, a imposição de multas e outras penalidades pecuniárias, de acordo com o comportamento processual do executado. 3. Precedentes. Recurso ordinário provido, para fim de concessão da ordem de habeas corpus -¹³⁷.

¹³⁷ RO – 24500-68.2009.5.19.0000, relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, data do julgamento: 10/8/2010, SDI-II TST.

Também se caracteriza violação da liberdade de locomoção a determinação de retenção de passaporte e suspensão da CNH de devedor trabalhista, conforme decidiu a juíza da 1ª Seção de Dissídios Individuais do TRT da 15ª Região em decisão liminar confirmada pelo colegiado:

Por primeiro, cabe salientar que, a teor do disposto no artigo 3º, III, da Instrução Normativa 38/2016 do C. TST, é aplicável ao processo do trabalho a norma do inciso IV do artigo 139 do CPC, de modo que cabe ao juiz do trabalho, em tese, “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Por outro lado, importa ponderar que, ao aplicar a lei, é imperioso o atendimento pelo magistrado “aos fins sociais às exigências do bem comum, resguardando a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”, conforme preceitua o artigo 8º do indigitado diploma processual.

Ainda, há que se considerar que a Constituição da República consagra expressamente o direito de locomoção, em seu artigo 5º, XV que, no caso, está evidentemente prejudicado pelo ato coator.

Nestes termos, o artigo 139 do Código Processual Civil deve ser utilizado com parcimônia e em casos excepcionais em que se constate não só o exaurimento das vias ordinárias de localização de bens penhoráveis, mas também a má-fé do devedor e o intuito de frustrar a execução, o que não se evidenciou na hipótese.

Com efeito, no caso vertente, infere-se que não há indícios de má-fé e de que os sócios da executada estejam ocultando ou dissipando seus bens, quanto menos que pretendam realizar viagens internacionais para esse fim, tendo a d. autoridade coatora determinado a retenção dos documentos tão só pelo fato de terem se esgotados os meios executórios.

Logo, com a devida vênia, reputo ilegal o ato coator, que serve apenas para punir os ora pacientes com o desiderato de compeli-los a abrir mão de bens impenhoráveis para se verem livres da restrição imposta, pois não se vislumbra resultado prático para o cumprimento da sentença.

Neste contexto, em análise de cognição sumária acerca do pedido liminar, reputo ilegal e abusiva a possibilidade de apreensão do passaporte e suspensão da CNH dos pacientes, em razão de não haver, no primeiro caso, indícios de ocultação ou dilapidação de seus bens, e, no segundo, pôr não se vislumbrar a necessidade de sua retenção/suspensão, ante a possibilidade de penhora de veículo de propriedade dos mencionados pacientes sem restrição ao direito de dirigir.

Assim, presentes os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, defiro o pedido liminar, para determinar a imediata liberação/devolução do passaporte e afastar a suspensão da carteira de habilitação dos pacientes.

Nessas hipóteses, a discussão gira em torno da aplicação do artigo 139 do CPC, em especial, o inciso IV e a liberdade de ir e vir do devedor, devendo prevalecer esta última, principalmente quando não se verifica nenhum ato de má-fé dos devedores.

A determinação de condução coercitiva pelo juiz do trabalho à audiência, nos termos do artigo 825, parágrafo único da CLT, não se mostra em ato ilegal. Ao contrário, cumprindo o juiz o que estabelece referido dispositivo, a condução coercitiva é medida que se impõe, não havendo direito ao *habeas corpus*. Nessa perspectiva assim decidiu o TRT da 4ª Região:

HABEAS CORPUS. CONDUÇÃO COERCITIVA DE TESTEMUNHA. Caso em que, embora intimada para comparecimento à audiência aprazada, a paciente, injustificadamente, deixou de comparecer. Regular a determinação de condução coercitiva, com fulcro no art. 825, parágrafo único, da CLT.¹³⁸

Em suma, diversas são as hipóteses de cabimento de *habeas corpus* na Justiça do Trabalho, a fim de resguardar o direito constitucional de ir e vir.

6. Conclusão

Após a EC 45/04, a utilização do *habeas corpus* em matéria trabalhista passou a ser objeto de estudo mais acentuado não só pela doutrina, mas também pelos Tribunais.

Passou a Justiça do Trabalho a apreciar *habeas corpus* não apenas em face de ordem ou ameaça de prisão por juiz do trabalho, bem como de qualquer ameaça ao direito de ir e vir praticado por qualquer pessoa, desde que o ato questionado envolva matéria sujeita à jurisdição trabalhista.

A interpretação do inciso IV do artigo 114 da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal afastou a competência da Justiça do Trabalho para processamento de

¹³⁸ PROCESSO nº 0020711-68.2015.5.04.0000 (HC) TRT/4ª Reg.

ações penais, razão pela qual o habeas corpus que tiver repercussão penal deverá ser julgado pela Justiça Comum, ainda que a matéria de fundo tenha relação com a jurisdição trabalhista.

A hipótese mais comum de *habeas corpus* na Justiça do Trabalho sempre foi referente à prisão do depositário infiel até a súmula vinculante nº 25 do STF. Com a evolução do instituto, passou a ser admitida em diversas outras hipóteses em que o direito à liberdade de locomoção estivesse sendo cerceado por ilegalidade ou abuso de poder.

Ao contrário do mandado de segurança, o dispositivo constitucional não exige que a ilegalidade ou abuso de poder seja exercido por autoridade, razão pela qual é possível ser impetrado em face de particular.

7. Referências

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo, Saraiva, 2000.
- DA SILVA, José Afondos. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Melhoramentos, 16. edição.
- MALLET, Estevão. **Direito, trabalho e processo em transformação**. São Paulo: Ltr, 2005.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla Teresa Martins e GITELMAN, Suely Ester. **Competência da Justiça do Trabalho e EC nº 45**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MEIRELES, Edilton. **Competência e Procedimento na Justiça do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.
- MOLINA, André de Araújo. **Competência da Justiça do Trabalho**. Aspectos materiais e processuais. Coord.: Alexandre Augusto Campanha Pinheiro. São Paulo: Ltr, 2005.
- SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 14. edição.
- SIDOU, J. M. Othon. **Habeas Corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular** – As garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

Resumo: O artigo trata da ação constitucional do habeas data, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um mecanismo de tutela de direitos fundamentais ligados ao acesso à informação. O enfoque do estudo é o habeas data na Justiça do Trabalho, que tem a sua utilização limitada, na prática, mas que apresenta potencialidade de ampliação de seu emprego diante da atual revolução tecnológica que levou a sociedade a um grau de interação informacional sem precedentes na história.

Palavras-chave: Habeas Data. Justiça do Trabalho. Acesso à Informação. Sociedade Tecnológica.

Abstract: The paper deals with the constitutional action of habeas data, present in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 as a mechanism for the protection of fundamental rights to access information. The focus of the study is the habeas data in the Labour Justice, which has limited use in practice, but which has the potential to expand its use in light of the current technological revolution that has led society to an unprecedented degree of information interaction in the history.

Keywords: Habeas data. Labor Justice. Access to Information. Technological Society.

Sumário: 1. Introdução; 2. Referencial teórico de direito constitucional; 3. Referencial pragmático do rito processual do Habeas Data à luz do processo do trabalho; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

O *habeas data* está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um remédio constitucional voltado para assegurar à pessoa o conhecimento e/ou a retificação de informações relativas a ela constantes de bancos de dados governamentais ou de caráter público.

Inspirada nas Constituições Ibéricas da década de 1970, é uma reação direta ao período de exceção existente no Brasil, sobretudo, os abusos praticados pelo aparato estatal de informações.

Um dos princípios basilares do regime democrático de direito reinaugurado pela Constituição de 1988 é a publicidade, insculpida no art. 37, *caput*, do Texto Magno, como

¹³⁹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Previdenciário pela PUC-SP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Relações Internacionais pela Universidade Cândido Mendes – RJ (UCAM-RJ). Curso de Altos Estudos de Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Friedrich Ebert Stiftung – Berlim – Alemanha. Professor universitário. Ex-Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Procurador do Trabalho do Ministério Público da União. Titular da Cadeira nº 20 da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS).

princípio informador da Administração Pública, em seu sentido mais amplo. Como decorrência desse princípio, tem-se o dever de transparência por parte do Poder Público, que encontra supedâneo em dispositivos do art. 5º da CRFB/1988, notadamente os incisos XVI e XXXIII.

O direito fundamental à informação, contudo, se apresenta ainda mais relevante quando o interesse do cidadão é saber o que o Estado e outros agentes armazenam, sob a forma de dados, sobre ele.

Sob esse aspecto de fundamentalidade de acesso à informação é que o Constituinte Originário instituiu o *habeas data*, e é sob essa perspectiva que o presente estudo será desenvolvido.

O estudo encontra-se dividido em duas partes. A primeira tratará do referencial teórico constitucional, trazendo os contornos normativos e doutrinários do *habeas data*, ao lado da justificativa de sua importância para a efetividade da proteção da pessoa relacionada à formação de banco de dados com informações relacionadas a ela. Na segunda parte, por sua vez, será abordado o referencial pragmático do *habeas data* na esfera processual trabalhista.

Embora pouco utilizado na prática, o *habeas data* ganha relevância na atual quadra da era da informação, no que vem se convencionando chamar de sociedade tecnológica, onde os dados das pessoas são ativos significativos de expressão econômica.

Destaca-se, por fim, que o presente estudo não tem como objeto principal a análise procedimental do *habeas data*, embora algumas considerações sejam feitas sob o enfoque garantista que o atual estágio da sociedade demanda do jurista.

2. Referencial teórico de direito constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou em matéria de remédios constitucionais ao prever o *habeas data*. Inexistente nas Constituições anteriores, a sua inclusão é decorrência direta do ambiente social anterior à redemocratização do Brasil.

Além do *habeas data*, o Constituinte de 1988 estabeleceu um conjunto de instrumentos de controle do Estado Democrático de Direito, “com a finalidade, não apenas de estabelecer os limites do exercício do poder político, como também assegurar o cumprimento do respeito aos direitos individuais e coletivos e a preservação da justiça e dos valores sociais”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ NICZ, Alvacir Alfredo. A Jurisdição Constitucional e seu Alcance. Cortes Constitucionais e Supremo

Conforme lembra Clever Vasconcelos, inspirada na Carta portuguesa de 1976, o *habeas data* “é a mais nova das garantias, previstas pela primeira vez na Constituição de 1988”¹⁴¹.

Flávio Martins, também fazendo alusão à Constituição de Portugal de 1976, relaciona a origem do *habeas data* com a legislação norte-americana, mais precisamente o *Freedom of Information Act* de 1974, “editado com o objetivo de proteger e tornar efetivo o direito à privacidade (*right to privacy*) e de impedir a manipulação abusiva das informações”¹⁴².

Trata-se de um instituto existente em vários países latino-americanos, que apresentam histórico comum e recente de governos não democráticos.

O *habeas data* é um direito constitucional à disposição dos cidadãos de certos países latino-americanos que lhes concede o direito de acessar informações pessoais coletadas pelo governo ou por uma entidade privada e de contestar ou corrigir tais dados. O objetivo abrangente do *habeas data* é proteger os cidadãos do uso indevido de dados pessoais coletados em poder do governo e de agências privadas¹⁴³.

Natural, portanto, após um regime de exceção onde a tônica era a existência de um aparato estatal repressivo fundado na constituição de dossiês com informações sobre determinadas pessoas, a previsão de um remédio constitucional para que cada indivíduo pudesse ter conhecimento dos seus dados em posse do Poder Público.

Importante ressaltar, ainda, que muitos desses dossiês eram classificados como sigilosos ou secretos, com acesso apenas a determinados agentes do Estado, não sendo de conhecimento das pessoas sobre as quais as informações versavam¹⁴⁴.

Tribunal Federal. In: MIRANDA, Jorge, MENEZES, Fernando Antônio Dias e SILVEIRA, João José Custódio da (Coord.). **Justiça Constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 83.

¹⁴¹ VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 284.

¹⁴² MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 900.

¹⁴³ “The writ of habeas data is a constitutional right available to citizens of certain Latin American countries that provides citizens the right to access personal information collected by the government or a private entity and to challenge or correct the data. The overarching purpose of the writ of habeas data is to protect citizens from the improper use of collected personal data held by the government and private agencies”. (LODE, Sarah L. **You Have the Data. The Writ of Habeas Data and Other Data Protection Rights: Is the United States Falling Behind?** Indiana Law Journal: Vol. 94: Issue n. 5, Article 3, p. 43. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol94/iss5/3>>. Acesso: 5 jul. 2021.

¹⁴⁴ Outra lei importante nesse contexto é a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que dispõe, em seu art. 5º, ser dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. Embora seja possível classificar as informações em três graus de sigilo, quais sejam, grau ultrassecreto (vinte e cinco anos), grau secreto (quinze anos) e grau reservado (cinco anos), conforme o art. 28 do Decreto nº 7.724/2012, para a classificação da informação em grau de sigilo, para a atribuição de sigilo deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerado, sobretudo, a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado. Portanto, mesmo a decisão de submeter determinadas

Marcelo Novelino deixa isso bem claro ao dizer que o *habeas data* surgiu como reação à experiência constitucional anterior “em que os dados referentes às convicções e condutas dos indivíduos eram arquivados de forma sigilosa pelo governo, prática incompatível com o modelo político-jurídico consagrado na nova ordem constitucional que rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta”¹⁴⁵.

José Arnaldo Vitagliano é mais contundente ao dispor sobre os motivos que levaram o Constituinte de 1988 a elencar o *habeas data* entre os remédios constitucionais.

O instituto é novo em nosso direito e, entre os motivos de sua criação, encontra-se o abuso ocorrido durante a ditadura militar iniciada em 1964, pelos serviços de informações do governo, que mantinham sigilosamente imensos arquivos sobre milhares de pessoas, para fins puramente políticos¹⁴⁶.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a vocação do *habeas data* para efetivar a democracia sob o aspecto da necessidade de o Estado exercer o seu poder de forma visível.

E M E N T A: *HABEAS DATA* – NATUREZA JURÍDICA – REGIME DO PODER VISÍVEL COMO PRESSUPOSTO DA ORDEM DEMOCRÁTICA – A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES – SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES (SNI) – ACESSO NÃO RECUSADO AOS REGISTROS ESTATAIS – AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR – RECURSO IMPROVIDO. – A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial a caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível. – O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta. Com essa vedação, pretendeu o constituinte tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado. – O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros. – Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a

informações a sigilo pode ser objeto de controle, diante de possível abuso do exercício desse direito. Nunca é demais lembrar que a publicidade é a regra no âmbito da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CRFB/1988).

¹⁴⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodium, 2017, p. 441.

¹⁴⁶ VITAGLIANO, José Arnaldo. **Instrumentos Processuais de Garantia**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 204.

qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem. (...). (RHD 22 / DF – DISTRITO FEDERAL. RECURSO EM *HABEAS DATA*. Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO. Redator (a) do acórdão: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 19/9/1991. Publicação: 1/9/1995. Órgão julgador: Tribunal Pleno).

Se o *habeas data* foi concebido como um instrumento para a proteção da pessoa em face de um Estado, de vocação autoritária, a sua relevância foi ampliada com o processo de desenvolvimento tecnológico da sociedade da informação.

O Estado deixa de ser o detentor primário e monopolista das informações das pessoas, na medida em que outras organizações passam a dar um tratamento econômico aos dados dos cidadãos.

Milton Santos, observando esse fenômeno, destacou que entes privados hegemônicos, citando o exemplo dos bancos, tomaram o lugar das instituições governamentais, invadindo descabidamente a vida social das pessoas em função de interesses privatistas¹⁴⁷.

Portanto, inspirado nas violações praticadas pelo Estado, em seu momento autoritário, volta-se para o futuro como remédio preventivo em face de novas manifestações estatais de controles abusivos, sem deixar de reconhecer os riscos advindos de atores privados.

Essa visão prospectiva da necessidade da proteção de dados das pessoas é fundamental para os desafios que já se colocam para a sociedade, sobretudo, diante dos avanços tecnológicos. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi gestada e promulgada em virtude dessa necessidade de proteção.

A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que é a LGPD, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural¹⁴⁸.

¹⁴⁷ SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. Rio de Janeiro: Nobel, 1998, p. 23.

¹⁴⁸ Rafael Soares Souza destaca que a LGPD complementa a Lei nº 12.965/2014, que é o Marco Civil da Internet, cujo art. 3º, inciso III, prevê como um dos princípios do uso da Rede, a proteção dos dados pessoais. Contudo, conforme o autor, a LGPD vai além da Internet, incidindo “em redes de dados corporativos – privados ou do Poder Público, inclusive, do Poder Judiciário – e em quaisquer bancos de dados, sejam organizados de modo eletrônico, em cartões, fichas de papel, etc. Sem embargo, tal proteção restringe-se a dados de pessoas naturais, ficando de fora pessoas jurídicas e entes despersonalizados, como espólio, massa falida e condomínios”. (SOUZA, Rafael Soares. Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados no Poder Judiciário. In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo (Coord.). **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira**. Análise Setorial (Volume I). São

A importância da LGPD para as relações de trabalho foi bem analisada por Selma Carloto e Livia Clozel.

A necessidade de conformidade da Lei Geral de Proteção de Dados é patente nas relações de trabalho, já que estamos tratando dados de pessoas naturais, onde a privacidade e os direitos fundamentais de liberdade deverão ser respeitados e em decorrência de as empresas estarem sempre tratando uma volumetria de dados intensa de trabalhadores, tanto em meio físico, como nos meios digitais, desde o recrutamento e seleção, até após mesmo a extinção do contrato de trabalho, devendo ser assegurado um padrão de segurança da informação em todos os tratamentos e fluxos de dados de trabalhadores. (...) Não se pode olvidar que, nas relações de trabalho, não é apenas nas relações de emprego que há necessidade de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados, mas também nos tratamentos de dados de trabalhadores sem vínculo (...).¹⁴⁹

Feitas essas considerações preliminares quanto à origem do *habeas data*, volta-se o olhar para o Texto Constitucional.

O *habeas data* está previsto no inciso LXXII do art. 5º da CRFB/1988. Tem natureza de garantia fundamental. Portanto, albergado pela característica de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/1988. Assim, como não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, o *habeas data* está salvaguardado da atuação do Poder Constituinte Derivado.

O Ministro Celso de Mello, inclusive, já teve a oportunidade de se manifestar sobre a natureza do *habeas data* clarificando a característica de remédio constitucional.

O habeas data configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: a) direito de acesso aos registros existentes; b) direito de retificação dos registros errôneos e c) direito de complementação dos registros insuficientes ou incompletos. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, que representa, no plano institucional, a mais expressiva reação

Paulo: Almedina, 2021, p. 99-100.).

¹⁴⁹ CARLOTO, Selma e CLOZEL, Livia. LGPD e o Direito à Privacidade dos Trabalhadores. In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo (Coord.). **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira**. Análise Setorial (volume I). São Paulo: Almedina, 2021, p. 268.

jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem (STF, HD 75/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19-10-2006).

Ademais, como pretende proteger direito fundamental da pessoa, o conteúdo finalístico da proteção via *habeas data* vincula a atuação estatal, sobretudo, no modelo de sociedade (re)iniciado com a CRFB/1988.

José Carlos Vieira de Andrade, escrevendo sobre a vinculação aos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, assim se manifestou:

A afirmação de que os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias “vinculam as entidades públicas”, para não ser uma banalidade, deve ser entendida como um reforço do carácter obrigatório daqueles preceitos constitucionais. Referindo a vinculação aos “agentes” públicos e não apenas à actividade, a Constituição parece sublinhar a existência de um dever específico de respeito, de protecção e de promoção dos direitos fundamentais¹⁵⁰.

Jose Joaquim Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck destacam o carácter de remédio constitucional do *habeas data*.

O *habeas data* é considerado como um *writ*, uma garantia, um remédio constitucional à disposição dos cidadãos para que eles possam implementar direitos subjetivos que estão sendo obstaculados, assegurando o liame entre a normatividade e a normalidade. Como uma das espécies de remédios constitucional, ocupa um papel de relevo na teorética constitucional porque auspicia a garantia de direitos constitucionais, possibilitando sua concretização normativa. Sua inspiração adveio da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola de 1978, que previram instituto semelhante para resguardar o direito à informação e à transmissão de dados (...).¹⁵¹

Segundo o art. 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal de 1988, conceder-se-á *habeas data*:

¹⁵⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 219.

¹⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 487.

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Hely Lopes Meirelles, em sua obra clássica sobre mandado de segurança e outras ações constitucionais, diz que o *habeas data* é o meio constitucional “posto à disposição de pessoa física ou jurídica para lhe assegurar o conhecimento de registros concernentes ao postulante e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para retificação de seus dados pessoais”.¹⁵²

André Ramos Tavares, por sua vez, diz que o *habeas data* seria

*o instrumento constitucional mediante o qual todo interessado pode exigir o conhecimento do conteúdo de registro de dados relativos a sua pessoa, mas que se encontrem em repartições públicas ou particulares inacessíveis ao público, solicitando, ainda, eventualmente, sua retificação, quando as informações não conferirem com a verdade, estiverem ultrapassadas ou implicarem discriminação*¹⁵³.

No plano infraconstitucional, o remédio foi disciplinado pela Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, que regula, além do rito processual do *habeas data*, o direito de acesso a informações.

Como se verifica do Texto Constitucional, o desenho do *habeas data* se voltou para os registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, o que poderia indicar um campo de aplicação do remédio mais restrito.

Vitor Salino de Moura Eça destaca que a doutrina e a jurisprudência têm se encarregado de ampliar o “espectro de legitimados para abranger também todos os órgãos da administração pública, assim como instituições de direito privado que tenham como objeto a centralização de dados de pessoas”¹⁵⁴.

Voltando a atenção ao objeto do presente estudo, é possível afirmar que, existindo desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o *habeas data* teve a sua utilização, principalmente na seara trabalhista, acanhada.

Apesar dessa constatação quantitativa, a realidade da sociedade atual tem potencial de tornar o *habeas data* um instrumento de efetiva proteção das pessoas,

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 270.

¹⁵³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.029.

¹⁵⁴ EÇA, Vitor Salino de Moura. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019, p. 416.

sobretudo, diante dos tratamentos de dados feitos por agentes não humanos.

As pessoas, de forma geral, ainda não tomaram consciência de que os atos praticados na rede mundial de computadores, desde os mais simples, como fazer uma pesquisa em uma ferramenta de busca, utilizar uma rede social ou até mesmo fazer um pedido por aplicativo gera um conjunto de informações sobre elas, que pode ser objeto de tratamento para diversas finalidades.

Fernando Pinto Palacios e Purificación Pujol Capilla, por exemplo, destacam que o “monitoramento constante da nossa atividade na rede através dos chamados *cookies* oferece informações muito valiosas na determinação dos hábitos de consumo de uma pessoa”¹⁵⁵ e que essa informação tem um valor comercial considerável.

Embora essa realidade esteja presente, com evidência para a vulnerabilidade das pessoas, o desenho legal do *habeas data* e a interpretação da jurisprudência sobre esse remédio constitucional podem trazer déficits de efetividade na tutela dos direitos fundamentais das pessoas.

Se isso é preocupante nas relações jurídicas envolvendo o armazenamento de dados das pessoas, onde empresas conferem um tratamento econômico às informações obtidas pelos mais diversos meios, as dificuldades serão maiores no âmbito das relações de trabalho, sobretudo, porque os temas envolvendo o labor humano parecem sofrer de uma síndrome de sitiamento advindo da interpretação constitucional.

Se a relação de trabalho tem como característica a assimetria entre os sujeitos, com uma das partes em situação de vulnerabilidade, a atual realidade da sociedade cria outro nível de vulnerabilidade, que atinge também os trabalhadores, que é a vulnerabilidade informacional.

Quando conjugadas essas vulnerabilidades na mesma relação jurídica, no caso, o contrato de trabalho, o risco de violação de direitos fundamentais é agravado.

3. Referencial pragmático do rito processual do *Habeas Data* à luz do processo do trabalho

A redação original do art. 114 da CRFB/1988 não dispunha sobre a possibilidade de impetração de *habeas data* na Justiça do Trabalho.

Carlos Henrique Bezerra Leite observou essa omissão dizendo que o constituinte

¹⁵⁵ “la monitorización constante de nuestra actividad en la red a través de las llamadas cookies ofrece una información muy valiosa a la hora de determinar los hábitos de consumo de una persona”. (PALACIOS, Fernando Pinto e CAPILLA, Purificación Pujol. *La Prueba en la Era Digital*. Madri: La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 21).

originário não se preocupou com essa possibilidade, silenciando a respeito¹⁵⁶. Provavelmente, isso contribuiu para que a maior parte da doutrina constitucional também não aborde o *habeas data* no âmbito da Justiça do Trabalho, quando analisa os remédios constitucionais. Ainda hoje, muitas obras doutrinárias não fazem referência à Justiça do Trabalho, quando da análise do *habeas data*.

Se havia dúvidas ou resistências sobre o cabimento do *habeas data* no âmbito da Justiça do Trabalho, a Emenda Constitucional nº 45/2004 deixou evidenciada a possibilidade de manejo desse remédio nessa Justiça Especializada.

Art. 114 CRFB/1988. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
(...)
IV os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

Contudo, é sempre bom deixar claro que não foi a EC nº 45/2004 que tornou o *habeas data* possível na Justiça do Trabalho, visto que antes mesmo da mudança constitucional ocorrida em 2004, essa ação poderia ser manejada perante essa Justiça Especializada.

Élisson Miessa diz que, no processo do trabalho, o *habeas data* é de difícil utilização, citando, como exemplo, “o ajuizado pelo empregador em face do órgão de fiscalização do trabalho que nega informações sobre processo administrativo em que o empregador está sofrendo penalidade administrativa”¹⁵⁷.

Essa também é a visão de Mauro Schiavi, para quem o *habeas data* tem raríssima utilização na Justiça do Trabalho, pois, “na maioria dos casos, o mandado de segurança resolve o problema”¹⁵⁸.

Nesse mesmo sentido, ou seja, de que seriam raras as ocorrências do *habeas data* na Justiça do Trabalho, tem-se o entendimento de Francisco Jorge Neto e Jouberto Cavalcante.

Na seara trabalhista, o *habeas data* poderá ser impetrado tanto por aquele que presta os serviços (v. g., empregado), como por aquele que é o beneficiário dos serviços prestados (v. g., empregador). Certo é que no âmbito da Justiça do Trabalho, o *habeas data* é de rara

¹⁵⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.781.

¹⁵⁷ MIESSA, Élisson. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Salvador: JusPodium, 2021, p. 216.

¹⁵⁸ SCHIAVI, Mauro. **Manual Didático de Direito Processual do Trabalho**. Salvador: JusPodium, 2020, p. 103. Esse também parece ser o sentimento de José Vitagliano que diz ocorrer com o *habeas data* “algo semelhante ao que se verifica com o mandado de injunção, pois ambos, derivados que são do mandado de segurança, têm dificuldade em deixar evidenciadas suas funções específicas, em nossa ordem jurídica” (VITAGLIANO, José Arnaldo, *Op. cit.*, p. 210).

ocorrência e parece-nos cabível para situações, como por exemplo, em que a Administração Pública se recusa a dar conhecimento de informações ou a retificar dados de determinada empresa existentes nos órgãos de fiscalização do trabalho, por força de interpretação que se dá ao art. 114, VII, CF, ao não se limitar a competência da Justiça do Trabalho apenas às penalidades administrativas decorrentes de órgãos de fiscalização das relações de trabalho, mas a todo ato praticado pela fiscalização, como abuso de autoridade. Uma outra situação a qual nos parece cabível a ação constitucional ocorreria quando a entidade sindical formasse banco de dados sobre os membros da categoria para consulta de terceiros, visando recolocação profissional e não permitisse a retificação de informações ali constantes¹⁵⁹.

De qualquer forma, é possível fazer algumas considerações sobre o remédio constitucional do *habeas data* mesmo diante da acanhada utilização na Justiça do Trabalho.

Como destacado anteriormente, o *habeas data* foi disciplinado pela Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997.

Corroborando o que foi exposto acima, de que pouco se tem abordado sobre o manejo do *habeas data* na Justiça do Trabalho, a própria lei, ao dispor sobre a competência para julgar o *habeas data* deixou de elencar os órgãos da Justiça do Trabalho, conforme se vê no art. 20.

Art. 20. O julgamento do *habeas data* compete:

I – originariamente:

- a) ao Supremo Tribunal Federal, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- b) ao Superior Tribunal de Justiça, contra atos de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal;
- c) aos Tribunais Regionais Federais contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal;
- d) a juiz federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;
- e) a tribunais estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado;
- f) a juiz estadual, nos demais casos;

II – em grau de recurso:

- a) ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores;
- b) ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais;
- c) aos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão for proferida por juiz federal;

¹⁵⁹ JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.114.

- d) aos Tribunais Estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal;
- III – mediante recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos na Constituição.

Obviamente, o art. 114, inciso IV, da CRFB/1988 prevalece sobre o art. 20 da Lei nº 9.507/1997. Mesmo assim, parece que vários constitucionalistas, ao analisarem o *habeas data*, se esquecem de incluir a Justiça do Trabalho em suas abordagens. Os próprios processualistas do trabalho parecem propensos a afirmar que se trata de uma ação de difícil ocorrência nessa Justiça Especializada.

É verdade que, do ponto de vista estatístico, o *habeas data* na Justiça do Trabalho tem pouca ocorrência. Para confirmar essa assertiva, por exemplo, no Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2020¹⁶⁰, não há nenhuma ocorrência da expressão “*habeas data*” no documento.

O pouco manejo dessa importante ação na Justiça do Trabalho, provavelmente, se dá pela praticidade da utilização do mandado de segurança, que tem tutelado interesses que poderiam ser assegurados pelo *habeas data*. Logicamente, por ser uma ação mandamental mais conhecida do profissional do direito, inclusive dos magistrados, a formatação jurisprudencial facilita o seu uso.

De qualquer forma, considerando as possibilidades fáticas que impulsionam a impetração do *habeas data* na Justiça do Trabalho, é de se reconhecer que a competência originária, em regra, é do juiz do trabalho, cabendo aos Tribunais Regionais do Trabalho a competência recursal.

O art. 7º da Lei nº 9.507/1997 dispõe que o *habeas data* será concedido nas seguintes hipóteses:

- I – para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- II – para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
- III – para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

O exame, sob o aspecto pragmático, deve envolver, em síntese, a questão das

¹⁶⁰

Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/RGJT+2020.pdf/a2c27563-1357-a3e7-6bce-e5d8b949aa5f?t=1624912269807>. Acesso em: 10 jul. 2021.

legitimidades ativa e passiva, o objeto e o procedimento. Como referido na introdução do presente estudo, não serão aprofundadas as questões procedimentais, na medida em que se pretende expor, mesmo que sucintamente, a importância do *habeas data* diante da quadra atual da sociedade tecnológica.

Sob o aspecto subjetivo, ou seja, os sujeitos envolvidos na ação constitucional, é importante destacar que o impetrante do *habeas data* pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, desde que presente o interesse em obter acesso às informações a seu respeito.

Em relação à legitimidade ativa das pessoas jurídicas, o Supremo Tribunal Federal já deixou consignado, expressamente, que os legitimados ativos para a propositura da ação seriam pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras (RE 673707/MG, relator Ministro Luiz Fux, 17.6.2015).

No âmbito da Justiça do Trabalho, deve-se considerar, sob a legitimidade ativa, a questão do *jus postulandi*¹⁶¹. O art. 791 da CLT prescreve a possibilidade de as partes se fazerem presentes pessoalmente na Justiça do Trabalho sem a necessidade de estarem assistidos por advogados, o que se convencionou denominar de *jus postulandi*. Trata-se da capacidade postulatória das partes, sendo uma peculiaridade da Justiça do Trabalho e dos Juizados Especiais Estaduais e Federais.

Quanto ao exercício do *jus postulandi*, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que deve ser assegurado ao interessado a possibilidade de impetrar o *habeas data* sem a necessidade de constituir advogado.

RECURSO DE REVISTA. *HABEAS DATA*. *JUS POSTULANDI*. OBTENÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO AO MUNICÍPIO DE AFONSO CLÁUDIO/ES. INFORMAÇÃO CONSTANTE DE REGISTRO OU BANCO DE DADOS DO ENTE PÚBLICO. POSTERIOR AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADEQUAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL ELEITO. PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DE ACESSO AO JUDICIÁRIO, DA PROTEÇÃO E DA INFORMALIDADE. Na hipótese, a trabalhadora, utilizando-se pessoalmente do *jus postulandi*, impetrou esta ação denominada *habeas data* preventivo, buscando garantia do direito de acesso às informações de seu interesse (fl. 5) referentes ao tempo de serviço prestado ao Município de Afonso Cláudio/ES, que teria se recusado a fornecê-las pela via administrativa. (...) De todo modo, não se pode olvidar que a trabalhadora utilizou-se pessoalmente do *jus postulandi* estabelecido

¹⁶¹ Em que pesem as opiniões ainda divergentes sobre a questão da capacidade postulatória das partes, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não há qualquer inconstitucionalidade na dispensa de advogado quer no sistema dos Juizados Especiais (estaduais ou federais) quer na Justiça do Trabalho, tendo a Corte Suprema, por maioria de votos, julgado parcialmente procedente a ADIN nº 1.127-8, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “qualquer” contida no inciso I do art. 1º do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994).

no artigo 791 da CLT por meio do setor de atermção da Vara do Trabalho do Município de Afonso Cláudio/ES. E o servidor do cartório, colhendo as alegações e a pretensão expostas verbalmente pela trabalhadora, transformou suas palavras faladas em escritas, reduzindo a termo a petição inicial desta ação, a qual denominou de *habeas data* preventivo. Tendo em vista que a finalidade do *jus postulandi* é proteção do jurisdicionado hipossuficiente, garantindo-lhe acesso ao judiciário e o princípio da dignidade da pessoa humana, é de suma importância a concretização do princípio da informalidade inerente ao Processo do Trabalho, pelo que não se pode exigir de leigos, como a impetrante, respeito aos rigores formais típicos do processo judicial, não cometimento de erros ou utilização de expressões atécnicas, denominação correta da ação reduzida a termo por servidor de cartório e dedução de pedido expresso na petição inicial. A prevalecer a interpretação dada vênha excessivamente restritiva dada pelo Tribunal Regional à finalidade e ao âmbito de utilização do *habeas data*, o deslocamento da competência para sua apreciação e julgamento por esta Justiça do Trabalho careceria de qualquer sentido prático. Em outras palavras, a decisão do legislador constituinte derivado de deslocar essa competência da Justiça Comum para o ramo especializado trabalhista teve a clara finalidade de prestigiar a corrente que atribui a esta ação constitucional papel bem mais amplo e relevante do que a corrente restritiva lhe cometeu. E a presente ação é um perfeito exemplo do enorme potencial aberto pelo uso do *habeas data* no âmbito das relações de emprego mantidas pelos empregadores públicos, que não mais poderão pretender manter ocultas ou sigilosas as informações que possuem em seus registros ou bancos de dados a respeito de seus próprios empregados, dando expressão concreta, no particular, aos princípios da moralidade e da publicidade que regem a administração pública em geral, por força do artigo 37, caput, da Constituição da República. Dessa maneira, o Tribunal Regional, ao considerar inadequada a impetração deste *habeas data* para se pleitear direito à concessão de informação relativa à pessoa da impetrante a ser fornecida pelo Município de Afonso Cláudio/ES, julgando extinto o processo sem julgamento de mérito por carência de ação, atentou contra o disposto nos incisos XXXV e LXXII, a do artigo 5º e no inciso IV do artigo 114 da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido (RR-83800-42.2005.5.17.0101, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 31/10/2014).

De qualquer forma, deve-se observar o disposto na Súmula nº 425 do TST, que limita a capacidade postulatória das partes às instâncias ordinárias.

Súmula nº 425 do TST. *JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a

ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Cabe ressaltar que o *habeas data* não se presta a obter informações relativas a terceiros, sendo considerada uma ação personalíssima. O STF também já se manifestou sobre essa questão.

EMENTA: *HABEAS DATA*. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RESISTÊNCIA AO FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES: ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI N. 9.507/1997. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INFORMAÇÕES RELATIVAS A TERCEIROS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A ausência da comprovação da recusa ao fornecimento das informações, nos termos do art. 8º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.507/1997, caracteriza falta de interesse de agir na impetração. Precedente: Recurso em *Habeas Data* n. 22, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 1º.9.1995. 2. O *habeas data* não se presta para solicitar informações relativas a terceiros, pois, nos termos do inciso LXXII do art. 5º da Constituição da República, sua impetração deve ter por objetivo “assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante”. Agravo regimental não provido. (HD 87 AgR/DF – DISTRITO FEDERAL. AG.REG.NO *HABEAS DATA*. Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 25/11/2009. Publicação: 5/2/2010. Órgão julgador: Tribunal Pleno).

Contudo, pensamos ser possível a interposição de *habeas data* por terceiros, sobretudo, quando as informações constantes no banco de dados que se requer conhecimento e/ou retificação se referirem à pessoa falecida.

Ainda em relação ao elemento subjetivo, temos que a principal controvérsia repousa no sujeito passivo da ação. Tanto isso é verdade que o caput do art. 1º da Lei nº 9.507/1997 foi vetado pelo Presidente da República. O dispositivo vetado tinha a seguinte redação: “Toda pessoa tem o direito de acesso a informações relativas à sua pessoa, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

Em sua justificativa do veto desse dispositivo e de outros, o Presidente da República assim deixou consignado.

Os preceitos desbordam sensivelmente a configuração constitucional do *habeas data*, impondo obrigações aos entes governamentais ou de caráter público sem qualquer respaldo na Carta Constitucional. A

definição constitucional do *habeas data* é precisa, não permitindo a conformação pretendida nestes dispositivos.

Em relação ao *caput* do art. 1º da Lei nº 9.507/1997, as razões do veto são de difícil compreensão, na medida em que não há extrapolação do legislador ordinário ao disposto na CRFB/1988.

No que tange às entidades governamentais, deve-se reconhecer aquelas que integram a Administração Pública, direta e indiretamente. Assim, em uma interpretação expansiva de um direito fundamental, não parece que o Constituinte tenha estabelecido limitações. J. E. Carreira Alvim, em obra sobre *habeas data*, expressamente se manifesta não haver motivos para “restrições àquelas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista”¹⁶². Pensamos que, com essa interpretação ampliativa, é possível um maior número de casos de *habeas data* interpostos na Justiça do Trabalho, sobretudo, ligados aos assentamos de empregados públicos.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, no passado, ser empresa pública ilegítima para ocupar o polo passivo da ação de *habeas data*, tendo ajuizado por ex-empregado para revelar informações constantes de ficha pessoal.

O Tribunal conheceu e deu provimento a recurso extraordinário para indeferir *habeas data* impetrado por ex-empregada do Banco do Brasil que, tendo seu pedido de readmissão negado, pretendia obter informações sobre sua ficha funcional. Considerou-se que o Banco do Brasil não tem legitimidade passiva *ad causam* para responder ao *habeas data*, uma vez que não figura como entidade governamental – mas sim como explorador de atividade econômica –, nem se enquadra no conceito de registros de caráter público a que se refere o art. 5º, LXXII, a, da CF, porquanto a ficha funcional de empregado não é utilizável por terceiros (CF, art. 5º, LXXII: “conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;”). (RE 165.304-MG, rel. Min. Octavio Gallotti, 19.10.2000.)

Parece-nos que a questão aqui não seria, basicamente, se as informações constantes da ficha cadastral da empregada pública poderia ser, ou não, utilizada por terceiros, mas o próximo conceito de entidade governamental, na medida em que a empresa pública em questão integra, efetivamente, a estrutura governamental como entidade da Administração Pública Indireta.

¹⁶² CARREIRA ALVIM, J. E. *Habeas Data*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 47.

Pensamos que, havendo duas interpretações possíveis em matéria de garantias constitucionais voltadas para a tutela de direitos fundamentais, uma mais restritiva e outra mais expansiva, deve-se optar por aquela que assegura maior efetividade à proteção da pessoa, sobretudo, a humana.

Concluindo, o sujeito passivo do *habeas data* será uma entidade governamental, de direito público ou de direito privado, ou uma entidade de caráter público, portanto, entidade não governamental, de natureza privada¹⁶³.

Sob o aspecto objetivo, o *habeas data* tem como objeto o acesso à informação ou a retificação desta, em relação ao impetrante. Essas informações devem constar de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

Portanto, não cabe *habeas data* para reconhecimento de relação jurídica entre as partes, mesmo que as informações constantes em banco de dados sejam necessárias para tal.

HABEAS DATA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PROVIDÊNCIA ADEQUADA. A garantia constitucional do habeas data volta-se a garantir o acesso às informações que constem sobre o impetrante em banco de dados. Pode prestar-se a eventual erro. Mister, entretanto, que os dados estejam disponíveis no banco, para que ao impetrante se assegure conhecimento. A pretensão do autor no presente feito é a de ver reconhecido o vínculo de emprego entre as partes, em período pretérito ao registro em CTPS. Cuida-se de pretensão trabalhista comum, via da qual, após o exercício do contraditório, receberá a prestação, positiva ou negativa. Liberar os dados não se confunde com a análise e a consequente declaração, não pelo impetrado, mas pelo juiz, da existência do vínculo de emprego. A extinção do processo sem resolução do mérito constitui, nesse cenário, medida adequada. Recurso improvido. (PROCESSO nº 1000082-80.2019.5.02.0482 (ROT) RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS DATA. ORIGEM: 2ª VARA DO TRABALHO DE SÃO VICENTE. RELATOR: MARCOS NEVES FAVA. Publicado o Acórdão em 27/1/2020).

A grande questão posta ao intérprete é saber o que deve ser considerado como banco de dados de caráter público. Essa definição está no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.507/1997, *in verbis*:

Art. 1º (VETADO)

Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam

¹⁶³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1.335.

ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que se trata de banco de dados de entidades particulares que “contenham dados sobre a pessoa, destinados ao conhecimento de terceiros”.¹⁶⁴ Os exemplos que são citados pela doutrina são os serviços de proteção ao crédito, os quais constroem bancos de dados disponibilizados aos seus clientes. Como anota Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de armazenamento de “informações para utilização do público a que servem”.¹⁶⁵

Como salientam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, o texto constitucional não deixa dúvida de que o *habeas data* protege a pessoa “não só em relação aos bancos de dados das entidades governamentais, como também em relação aos bancos de dados de caráter público geridos por pessoas privadas”.¹⁶⁶

O art. 8º da Lei nº 9.507/1997 dispõe sobre o conteúdo da petição inicial.

Art. 8º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil¹⁶⁷, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I – da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II – da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

III – da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

Portanto, para a impetração do *habeas data* também se faz necessária a resistência por parte da detentora do banco de dados em fornecer ou retificar as informações. Nesse sentido, importante decisão da lavra da Ministra Carmen Lúcia, conforme ementa que se segue.

EMENTA: *HABEAS DATA*. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RESISTÊNCIA AO FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES: ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI N. 9.507/1997. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INFORMAÇÕES RELATIVAS A TERCEIROS.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 839.

¹⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 838.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 450.

¹⁶⁷ Os artigos referidos no caput do art. 8º da Lei nº 9.507/1997 são os do CPC de 1973 e que têm como correspondentes os artigos 319 a 321 do CPC/2015.

AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A ausência da comprovação da recusa ao fornecimento das informações, nos termos do art. 8º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.507/1997, caracteriza falta de interesse de agir na impetração. Precedente: Recurso em *Habeas Data* n. 22, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 1º.9.1995. 2. O *habeas data* não se presta para solicitar informações relativas a terceiros, pois, nos termos do inciso LXXII do art. 5º da Constituição da República, sua impetração deve ter por objetivo “assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante”. Agravo regimental não provido. (HD 87 AgR/DF – DISTRITO FEDERAL. AG.REG.NO HABEAS DATA. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 25/11/2009.Publicação: 5/2/2010. Órgão julgador: Tribunal Pleno)

Pela relevância do bem a ser tutelado, o *habeas data* tem prioridade sobre os demais, ressalvados o *habeas corpus* e o mandado de segurança, conforme previsto no art. 19 da Lei nº 9.507/1997.

Art. 19. Os processos de *habeas data* terão prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança. Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator.

Por fim, parecem relevantes as observações feitas por Francisco Pizzolante no sentido de que o *habeas data* enquanto instrumento garantidor da cidadania que se presta a ser:

não pode limitar-se a discussões intelectualmente estéreis sobre requisitos formais ou outros ditados pelos meios procedimentais para a sua exequibilidade pela simples razão de que o procedimento, até mesmo filologicamente, não pode ser confundido com finalidade da mesma forma como, em que pesem todas as respeitáveis opiniões nesse sentido, é evidente que o processo não é ramo do direito que represente um fim em si próprio, senão o conjunto de normas e princípios elencados em ramo próprio da ciência jurídica com a finalidade única de instrumentalizar a busca, nos limites traçados pelo Estado Democrático de Direito, da tutela dos bens da vida que sempre são representados no direito material. Não seria o *habeas data* uma exceção a esse panorama desolador de discussão dos mecanismos formais alijados das razões mais essenciais da estrutura, da natureza e da própria concepção dos instrumentos¹⁶⁸.

Feitas essas considerações sobre o desenho legal e jurisprudencial conferido ao

¹⁶⁸ PIZZOLANTE, Francisco Eduardo Orcioli Pires e Albuquerque. *Habeas Data e Bancos de Dados*. Privacidade, Personalidade e Cidadania no Brasil Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 135-136.

habeas data no Brasil, importante ressaltar que a sociedade tecnológica traz desafios diversos daqueles que motivaram o Constituinte Originário, na Assembleia Nacional Constituinte, que deu origem à CRFB/1998, a prever esse remédio entre as ações constitucionais.

Se ainda existem dossiês e bancos de dados nos mais diversos órgãos do Estado, sejam legais ou ilegais, e nas organizações privadas, a sociedade pós-moderna, tecnologicamente interligada na rede e na nuvem, tem a potencialidade de gerar danos de dimensões imprevisíveis, sobretudo, diante do tratamento e compartilhamento de dados das pessoas por elementos de decisão não humanos. Esse cenário, por sua vez, é impulsionado por uma verdadeira “sociedade de buscas”, que é mediada não por seres humanos, mas por algoritmos, cujo objeto é a informação.

(...) a sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital e nela estão dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massas e informática. O uso da informação, portanto, gera conhecimento e riqueza e isso se deve ao surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso desta informação, que alcança ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem, principal marca do novo ciclo histórico da sociedade da informação e matéria-prima de todo e qualquer algoritmo.¹⁶⁹

Se os dados dos consumidores vão sendo tratados e armazenados em função de suas buscas na rede mundial de computadores, orientando as empresas em suas estratégias e tomadas de decisão, essas mesmas informações podem ser utilizadas por empregadores que tenham acesso a esses bancos de dados em relação aos seus trabalhadores ou qualquer outra pessoa que pretenda se candidatar a um emprego.

Ademais, as novas relações de trabalho por intermédio de plataformas (trabalho por aplicativos) envolvem a constituição de complexas redes de informações de usuários e de trabalhadores, que podem, em tese, ser compartilhados com terceiros, o que já configuraria o enquadramento como banco de dados de caráter público nos termos da Lei nº 9.507/1997.

Por essas razões, conclui-se esse breve estudo afirmando que os desafios para a proteção dos dados das pessoas, obtidos nas diversas relações que ocorrem na sociedade tecnológica, demandam uma visão adaptativa e ampliativa do *habeas data* na Justiça do Trabalho, sobretudo, diante da assimetria intersubjetiva presente na relação de trabalho.

¹⁶⁹ REIS, Paulo Victor Alfeo. **Algoritmos e o Direito**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 48.

4. Conclusão

O Estado Democrático de Direito pressupõe o amplo acesso às informações constantes de banco de dados do aparato estatal, o que é assegurado por intermédio de garantias e remédios constitucionais previstos, sobretudo, no art. 5º da Constituição da República de 1988.

A democracia não convive bem com a existência de banco de dados sigilosos, com informações sobre as pessoas, sejam eles oficiais ou oficiosos. Assim, a previsão do *habeas data* no texto constitucional que redemocratizou o Brasil conecta-se com o passado de violações aos direitos fundamentais perpetrado pelo Estado nesse contexto governamental de guarda de informações.

O Constituinte de 1988, por sua vez, já antevendo o valor das informações para as entidades não governamentais, ao desenhar os contornos do *habeas data*, ampliou o escopo da proteção de forma a permitir o uso do remédio constitucional em face de bancos de dados de caráter público, não necessariamente constituídos pelo Estado.

Como analisado na segunda parte do presente estudo, a despeito da EC nº 45/2004 ter passado a prever expressamente, no art. 114 da CRFB/1988, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o *habeas data*, desde que relacionado à sua competência material, essa ação tem sido pouco explorada na seara laboral.

Parte da doutrina entende que a pouca ocorrência do *habeas data* na Justiça do Trabalho poderia estar relacionada ao mandado de segurança, do qual é derivada, que, por ser mais conhecido e ter os seus contornos bem definidos na jurisprudência, acaba sendo mais utilizado pelos demandantes da jurisdição laboral.

De qualquer forma, como exposto, o *habeas data* tem importante papel de controle sobre as informações que os atores sociais, públicos e privados, adquirem e armazenam sobre as pessoas e que podem ser usados de diversas formas, positivas ou negativas.

Pensamos que, sendo o *habeas data* um instrumento de tutela de direitos fundamentais, a ele deve ser dada uma interpretação ampliativa em relação à sua aplicabilidade, portanto, rejeitando-se uma visão reducionista dessa garantia constitucional.

Com essa visão finalística e garantista, o *habeas data* pode se tornar o remédio adequado para controlar o fluxo de informações obtidas e armazenadas decorrentes das relações intersubjetivas que ocorrem na sociedade tecnológica, muitas vezes, intermediadas por agentes não humanos. E uma constatação se faz necessária: todas as informações contidas em bancos de dados podem ser transmitidas para uso de terceiros.

Por fim, reconhecemos que esse tema precisa ser aprofundado de forma a obter a

máxima efetividade do *habeas data*, sobretudo, na seara trabalhista, onde a relação jurídica entre os sujeitos é assimétrica e os danos potenciais aos trabalhadores pelo uso abusivo das informações relacionadas a estes se agrava na atual quadra da sociedade tecnológica.

5. Referências

- CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CARLOTO, Selma e CLOZEL, Livia. LGPD e o Direito à Privacidade dos Trabalhadores. In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo (Coord.). **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira**. Análise Setorial (volume I). São Paulo: Almedina, 2021, pp. 239-270.
- CARREIRA ALVIM, J. E. **Habeas Data**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.
- EÇA, Vitos Salino de Moura. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2019.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LODE, Sarah L. **You Have the Data**. The Writ of *Habeas Data* and Other Data Protection Rights: Is the United States Falling Behind? *Indiana Law Journal*: Vol. 94: Issue n. 5, Article 3, pp. 40-63.
- MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MIESSA, Élisson. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Salvador: JusPodium, 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NICZ, Alvacir Alfredo. A Jurisdição Constitucional e seu Alcance. Cortes Constitucionais e Supremo Tribunal Federal. In: MIRANDA, Jorge, MENEZES, Fernando Antônio Dias e SILVEIRA, João José Custódio da (Coord.). **Justiça Constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodium, 2017.
- PALACIOS, Fernando Pinto e CAPILLA, Purificación Pujol. **La Prueba en la Era Digital**. Madrid: La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- PIZZOLANTE, Francisco Eduardo Orcioli Pires e Albuquerque. **Habeas Data e Bancos de Dados**. Privacidade, Personalidade e Cidadania no Brasil Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- REIS, Paulo Victor Alfeo. **Algoritmos e o Direito**. São Paulo: Almedina, 2020.
- SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. Rio de Janeiro: Nobel, 1998.
- SCHIAVI, Mauro. **Manual Didático de Direito Processual do Trabalho**. Salvador: JusPodium, 2020.
- SOUZA, Rafael Soares. Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados no Poder Judiciário. In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo (Coord.). **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira**. Análise Setorial (Volume I). São Paulo: Almedina, 2021.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006.
- VITAGLIANO, José Arnaldo. **Instrumentos Processuais de Garantia**. Curitiba: Juruá, 2016.

Mandado de Injunção Trabalhista

The Writ of Labor Injunction

Milton Vasques Thibau de Almeida¹⁷⁰

Resumo: Quase não existem direitos constitucionais em matéria trabalhista carecedores de regulamentação legal, porque a Constituição da República recepcionou quase integralmente os preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho. O exame da jurisprudência do STF, segundo o método analítico dedutivo, revelou que os mandados de injunção visando regulamentar direitos constitucionais do trabalho foram impetrados com mais abundância pelos servidores públicos, em face da simetria parcial existente entre os regimes jurídicos de trabalho celetista e estatutários. A maior parte dos mandados de injunção impetrados pelos trabalhadores do setor privado foi extinto sem pronunciamento do mérito, ante a purgação da mora legislativa pelo Congresso Nacional, exceto em relação à regulamentação do aviso-prévio proporcional.

Palavras-chave: Direitos e liberdades constitucionais trabalhistas. Mandado de injunção. Mora legislativa. Prerrogativas da nacionalidade, da soberania e da cidadania dos trabalhadores. Regulamentação parcial.

Abstract: There are fill constitutional labor rights to be regulamentated, because the Republic Constitution has accepted quite the total norms of the Consolidação das Leis do Trabalho. The investigation of the Supreme Court, according the analitic deductive method reveals that the injunctions that aimed the regulamentation of constitucional rights in labor field are proposed by the public servants with more abundance a cause of the existing simetry between the legal regims of labor celetista and the legal regims of labor statutes. The major part of the injunctions proposed by the workers of private sector are extinguished without sentence, in consequence of the legislative postpone purgation by the National Congress, except in relation of the proporcional previous advise.

Keywords: Constitucional labor rights and liberties. Injunction. Legislative postpone. Partial regulatory. Worker's nationality, sovereignty and citizenship prerogatives.

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução histórica do mandado de injunção; 3. Natureza jurídica do mandado de injunção; 4. A formação etimológica da expressão “mandado de injunção”; 5. Do cabimento do mandado de injunção; 6. Da legitimação processual ativa no mandado de injunção em matéria trabalhista; 7. Da legitimação processual passiva no mandado de injunção em matéria trabalhista; 8. Do procedimento do mandado de injunção; 9. Da purgação da “mora legislativa” com a conseqüente extinção do mandado de injunção sem pronunciamento do mérito; 10. Da eficácia da sentença proferida no procedimento do mandado de injunção; 11. Da litispendência e da coisa julgada em relação ao mandado de injunção; 12. Da competência para o julgamento do mandado de injunção; 13. Dos direitos constitucionais trabalhistas individuais e coletivos amparáveis por mandado de injunção; 14.

¹⁷⁰ Doutor em Direito pela UFMG. Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG. Professor do PPGD da Universidade de Itaúna. Desembargador do Trabalho do TRT da 3ª Região. Membro da ABDSS. E-mail: milton.thibau@hotmail.com

Casos precedentes de mandados de injunção por “mora legislativa” ou “insuficiência regulamentar” de preceitos do artigo 7º da Constituição Federal; 15. Conclusão; 16. Referências.

1. Introdução

O mandado de injunção é uma ação mandamental que objetiva, em termos amplos, a efetivação de direitos e liberdades constitucionais, segundo definição dada pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, mas nesse nosso trabalho de pesquisa, o objetivo específico é lidar com a sua aplicabilidade na efetivação de direitos constitucionais trabalhistas e/ou processuais trabalhistas.

Para tanto, utilizaremos o método analítico-dedutivo, com foco na legislação federal específica e na jurisprudência igualmente específica do Excelso Supremo Tribunal Federal.

2. Evolução histórica do mandado de injunção

O mandado de injunção foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. No entanto, permaneceu sem uma regulamentação infraconstitucional até 2016, quando foi, então, promulgada a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

A origem histórica do mandado de injunção no direito brasileiro é controvertida, nos moldes em que foi concebido pelo legislador constituinte, além do nome, pouca ou nenhuma semelhança guarda com a *injunctio* concebida pelos direitos inglês, norte-americano, francês, italiano e alemão. O constituinte brasileiro amoldou a *injunctio* já existente no direito inglês e no direito norte-americano, com influências do direito português, à realidade brasileira (OLIVEIRA, 2014, pp. 9-10).

Ruy Bacelar, que foi um parlamentar que participou da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, afirma que o mandado de injunção se inspirou no artigo 283 da Constituição portuguesa de 1976, que foi a “mola propulsora da garantia buscada” contra as omissões dos poderes constituídos (BRITO, 2015, p. 42).

André Puccineli Júnior aponta que o mandado de injunção é uma garantia inédita da nossa história constitucional, que pressupõe para o seu ajuizamento um nexo de causalidade entre omissão normativa e a inviabilização de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional (CASTRO e FERREIRA, 2016, p. 27).

3. Natureza jurídica do mandado de injunção

O mandado de injunção é uma garantia específica prevista na Constituição brasileira de 1988, ao lado de outros remédios constitucionais, tais como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data* e a ação popular. É uma ação constitucional de conhecimento, prevista no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, ou seja, visa à produção de efeitos jurídicos constitutivos, declaratórios ou condenatórios (CASTRO e FERREIRA, 2016, p. 26).

O mandado de injunção pertence à classe processual das ações mandamentais, que também é conhecida como “remédio constitucional” ou *writ* constitucional. Apresenta rito procedimental especial, marcado pela celeridade e concentração, e com instrução exclusivamente documental, que termina com a prolação de uma sentença mandatória, ou de injunção.

Trata-se, portanto, de uma ação judicial com o objetivo de tornar efetivos direitos e liberdades individuais que carecem de regulamentação legislativa, contra abuso do poder de regulamentação perpetrado por omissão pelo Poder Legislativo.

4. A formação etimológica da expressão “mandado de injunção”

A origem da expressão “mandado de injunção” é pleonástica. Mandado é palavra de origem latina (*mandatum*) e designa ordem de autoridade judicial que deve ser cumprida. Injunção também é uma palavra de origem latina (*injunctione*), que designa imposição, ordem que deve ser cumprida. Na Assembleia Nacional Constituinte, esse remédio constitucional recebeu outras denominações que não vingaram, tais como *mandado de garantia constitucional* (proposta pelo constituinte Alfredo Campos), *mandado de garantia social* (proposta pelo constituinte Humberto Lucena) e *mandado de garantia de direito social* (proposta pelo constituinte Gastone Righi) (CASTRO e FERREIRA, 2016, p. 27).

5. Do cabimento do mandado de injunção

O exame de cabimento do mandado de injunção é mais complexo do que aparenta à primeira vista, porquanto existe uma variedade de situações nas quais a jurisprudência do STF já firmou jurisprudência quanto ao seu não cabimento.

MARIA CECÍLIA CURY CHADDAD (2011, p. 95-104) examinou a jurisprudência elaborada pelo Supremo Tribunal Federal no período que antecedeu à promulgação da Lei nº 13.300, de 2016, e observou o estabelecimento de dois posicionamentos: a) pela denegação do mandado de injunção diante da mera existência de lei, ainda que inconstitucional (nos casos examinados, o artigo 153, §2º, da CRFB é regulamentado pela Lei nº 7.713, de 1988; o artigo 39, § 1º da CRFB, por tratar de um princípio – o da isonomia – é autoaplicável, não carecendo de regulamentação; o artigo 179 da CRFB é regulamentado pela Lei nº 7.689, de 1988; o Decreto Federal nº 1.617, de 1995, seria supostamente inconstitucional por ofensa ao artigo 8º da CRFB, mas a via eleita era inadequada; o artigo 195 da CRFB foi regulamentado pela Lei nº 9.732, de 1998); b) pela denegação do *writ* pelo fato de não ser lícito pleitear, por meio do mandado de injunção a inconstitucionalidade de norma que regule, de maneira insuficiente ou insatisfatória, dispositivo constitucional (nos casos examinados, o artigo 195, § 7º, da CRFB, é regulamentado pelas Leis nº 8.212, de 1991, e nº 9.732, de 1998; o artigo 142, § 3º, incisos I a IV, da CRFB, que dispõe sobre os militares temporários já dispõe de regulamentação).

5.1. Do cabimento do mandado de injunção por mora legislativa (“omissão total”)

O artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB, estatui que *“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”*.

Durante muitos anos, a doutrina observou que o Congresso Nacional também se omitiu em regulamentar tal preceito da Constituição, tendo sido sugerida pela doutrina a necessidade da impetração de um mandado de injunção para obrigar o Congresso Nacional em regulamentar o referido inciso LXXI, da CRFB.

Nesse meio tempo, no entanto, o Excelso Supremo Tribunal Federal já havia dado curso à implantação do procedimento do mandado de injunção, não obstante a omissão do seu Regimento Interno, que só dispõe sobre o procedimento do *habeas corpus* e do mandado de segurança.

Em 2014, o STF decidiu no julgamento do mandado de injunção MI 950 (Rel. Min. Cármen Lúcia, Public. em 29/5/2104) que “o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função

de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público” e que “revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional” (precedente do MI 542, Rel. Min. Celso de Mello, Public. em 28/6/2002), de sorte que “*para o cabimento do mandado de injunção, é imprescindível a existência de um direito previsto na Constituição que não esteja sendo exercido por ausência de norma regulamentadora*” (destacamos).

Somente direitos individuais e coletivos previstos na Constituição podem configurar a mora legislativa, o que não ocorre em relação às Políticas Públicas, conforme decidiu o STF, ao julgar improcedentes os pedidos formulados pelo Impetrante no processo de mandado de injunção MI 6052 (Rel. Min. Cármen Lúcia, Public. 28/5/2014), que visava à implementação de uma Política Pública – a do Fundo de Garantia das Execuções – a pretexto da ocorrência de mora legislativa.

Não há ato de agente público causando dano direto e imediato ao impetrante' (fl.5, doc. 12). Em 25.11.2013, o Presidente do Congresso Nacional salientou não poder 'o mandado de injunção convolar-se em ação ordinária de cobrança ou outra espécie de demanda judicial, sob pena de afronta à Constituição da República' (fl.5, doc. 14). Defendeu que 'a regulamentação ou não do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas é uma política pública que não inibe o exercício de direitos e prerrogativas da magnitude dos direitos sociais consagrados constitucionalmente, que podem ter sua tutela pleiteada por mandado de injunção. Sua não implementação – e aqui observe-se que a não decisão é uma decisão – percorre elevadas considerações dos agentes políticos e não obsta que sejam assegurados e de fato fruídos direitos como ao salário-mínimo, à greve, aos adicionais de atividades insalubres e perigosas, às férias, ao repouso semanal remunerado, além de outros' (fls. 6-7, doc. 14). Em 8.5.2014, o Procurador-Geral da República opinou pela “improcedência dos pedidos”: Mandado de injunção. Ato coator consistente na ausência de regulamentação do Fundo de Garantia das Execuções.

Com efeito, as Políticas Públicas são programas de ação a serem implementados pela Administração Pública no exercício do seu poder de gestão (*jus gestionis*), e não no exercício do seu poder de império (*jus imperii*), em vários campos do interesse público, nos

planos social, econômico, assistencial, penitenciário, judiciário, etc., cuja iniciativa depende da *conveniência* e da *oportunidade* do Poder Executivo. Ademais, as políticas públicas sempre dependem da definição legal prévia de *um regime de benefícios* (concessões ou vantagens), que delineie as ações a serem implementadas, e de *um regime de financiamento*, que disponha sobre as *dotações orçamentárias, renúncias ou incentivos fiscais* necessários à implementação dos meios materiais indispensáveis à sua concretização. Portanto, o mandado de injunção constitui meio jurídico processual impróprio para a formulação de pretensões individuais e coletivas no plano jurídico mais elevado dos interesses públicos.

5.2. Do cabimento do mandado de injunção por insuficiência de regulamentação legal (“omissão parcial”)

A Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, ao regulamentar o preceito do inciso LXVII do artigo 7º da CRFB, em consonância com a construção jurisprudencial do STF, ampliou as hipóteses de cabimento do mandado de injunção, ao admitir a sua impetração na hipótese de *regulamentação parcial insuficiente* (“Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”).

Portanto, o mandado de injunção também é cabível contra *omissão parcial* do dever de regulamentar preceito de direitos fundamentais ou liberdades constitucionais dos indivíduos e das coletividades, quando a insuficiência de regulamentação “torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Não se admite, contudo, a impetração de mandado de injunção quando a pretensão do impetrante for a alteração de lei já existente (ac. STF, Proc. MI 1049, Rel. Min. Cármen Lúcia, Public. 3/8/2009).

6. Da legitimação processual ativa no mandado de injunção em matéria trabalhista

Como os direitos fundamentais dos trabalhadores e das entidades sindicais a serem amparados pelo mandado de injunção são individuais e coletivos, a Lei nº 13.300, de 2016, dispõe sobre os procedimentos do *mandado de injunção individual* (artigos 3º a 11) e do *mandado de injunção coletivo* (artigos 12 e 13).

A legitimação processual ativa é distinta nos procedimentos do mandado de injunção

individual e do mandado de injunção coletivo, seja quanto à qualificação do titular do direito, seja quanto à natureza jurídica dos direitos a serem tutelados. Como estamos focados no mandado de injunção trabalhista, as partes legitimadas ativamente para a sua impetração são os trabalhadores e as entidades sindicais, eventualmente também os empresários, nas hipóteses em que o direito tutelado pela constituição lhes disser respeito na condição de empregadores ou de membros da organização sindical patronal ou representativa de trabalhadores autônomos organizados em sindicato.

Seja qual for o tipo de procedimento cabível para a impetração do mandado de injunção – individual ou coletivo – o STF já firmou jurisprudência no sentido de que a empresa não tem legitimação processual ativa para postular direito constitucional reconhecido em favor dos empregados:

MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NOS LUCROS OU RESULTADOS DA EMPRESA (ART. 7, XI, CF/88). PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA E DE ILEGITIMIDADE ATIVA. Não compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o mandado de injunção impetrado contra o Instituto Nacional de Seguridade Social e a Caixa Econômica Federal. Ainda que fosse de ser admitido na lide, o Congresso Nacional, não poderia a impetração prosperar, já que não cabe à própria empresa postular direito constitucional reconhecido em favor dos empregados. Agravo regimental improvido (ac. STF, Pleno, Proc. MI 403-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, Public. 30/9/1994).

Portanto, somente os empregados e as entidades sindicais que os representam judicialmente, na forma do artigo 8º, inciso III, da CRFB, podem impetrar mandado de injunção.

6.1. Da legitimação processual ativa no procedimento do mandado de injunção individual em matéria trabalhista

São legitimadas para a impetração do mandado de injunção individual as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no artigo 2º (inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania), conforme dispõe o artigo 3º da Lei nº 13.300, de 2016.

Como a nossa abordagem versa sobre o mandado de injunção trabalhista, obviamente somente os empregados podem impetrar mandado de injunção individual para

pleitear a regulamentação de direitos e liberdades constitucionais previstas no artigo 7º da CRFB, bem como para a efetivação das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania dos empregados brasileiros (eventualmente até mesmo os trabalhadores estrangeiros).

6.2. Da legitimação processual ativa no procedimento do mandado de injunção coletivo em matéria trabalhista

São legitimados para a impetração do mandado de injunção coletivo em matéria trabalhista o Ministério Público, as Entidades Sindicais e a Defensoria Pública, em relação aos interesses públicos, metaindividuais, coletivos, individuais homogêneos e difusos referidos nos incisos I, III e IV, do artigo 12 da Lei nº 13.300, de 2016:

O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II – (...);

III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades; dispensada, para tanto, autorização especial;

IV – pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Ademais, o parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 13.300, de 2016, esclarece que “os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidas por mandado de injunção coletivo são pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria”.

Como já vimos retro, as empresas não podem impetrar mandado de injunção que verse sobre direitos e liberdades constitucionais dos seus empregados. Contudo, os empresários e as empresas, como pessoas jurídicas de direito privado, são legitimados ativamente para a impetração do mandado de injunção nas hipóteses em que a Constituição lhes reconhecer direitos individuais ou coletivos, bem como liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, a exemplo daqueles que

são assegurados no artigo 5º (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) e no Título da Ordem Econômica e Financeira (artigos 170 a 192) da CRFB, especialmente na condição de trabalhadores autônomos ou de empresários pessoas físicas, por estarem enquadrados como segurados *contribuintes individuais* do regime geral da previdência social (artigo 11, inciso V, da Lei nº 8.213, de 1991).

Nesse sentido se pronunciou o STF no julgamento do mandado de injunção MI 914 (Rel. Min. Cármen Lúcia, Public. 28/4/2009), ao reconhecer a legitimação processual ativa para uma entidade sindical representativa de pequenas e médias empresas relativamente ao direito de acesso ao crédito bancário:

No caso, de entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, tem interesse comum na eficácia do art. 192, § 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais (DJ 17.6.91). No julgamento do Mandado de Injunção n. 20, Relator o Ministro Celso de Mello, o Procurador-Geral da República endossou esse entendimento: “A legitimidade [da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil] para a impetração decorre da própria finalidade do mandado de injunção, que é a de obter regulamentação de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, com alcance geral a todos os destinatários da norma constitucional. Aplicável, portanto, ao mandado de injunção, por analogia, a regra do art. 5º, LXX, letra b da Constituição Federal, que confere legitimidade à organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, para impetrar mandado de segurança coletivo, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados” (DJ 22.11.96). Ainda: Mandado de Injunção n. 342, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 9.12.94; Mandado de Injunção 362. Relator (...).

7. Da legitimação processual passiva no mandado de injunção em matéria trabalhista

A legitimação processual passiva é uma só, tanto para o procedimento do mandado de injunção individual como para o mandado de injunção coletivo: “o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição de editar a norma regulamentadora” (artigo 3º, Segunda Parte, da Lei nº 13.300, de 2016).

Em se tratando de mandado de injunção objetivando a regulamentação de preceito de lei trabalhista, ou processual trabalhista, o empregador é parte ilegítima para figurar no polo passivo, pois “*pessoa jurídica de direito privado, sem poderes para elaborar ou aprovar a norma regulamentadora do direito constitucional, não é legitimada no mandado de injunção*” (ac. STF, proc. MI 1008 AgR-segundo, Tribunal Pleno, Min. Teori Zavascki, Public. 31/5/2013),

havendo “impossibilidade de formação de litisconsórcio passivo, em sede de mandado de injunção, entre a autoridade competente para a elaboração da norma regulamentadora de dispositivo constitucional e particulares” (ac. STF, proc. MI 1007 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Public. 11/3/2014):

Mandado de Injunção. Aviso-prévio proporcional. Constituição, art. 7º, inciso XXI. Mandado de injunção ajuizado por empregado despedido, exclusivamente, contra a ex-empregadora. Natureza do mandado de injunção. Firmou-se, no STF, o entendimento segundo o qual o mandado de injunção há de dirigir-se contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional, não se legitimando *ad causam*, passivamente, em princípio, quem não estiver obrigado a editar a regulamentação respectiva. Não é viável dar curso a mandado de injunção, por ilegitimidade *ad causam*, da ex-empregadora do requerente, única que se indica como demandada, na inicial. Mandado de injunção não conhecido (ac. STF, Tribunal Pleno, proc. MI 352 QO, Rel. Min. Néri da Silveira, Public. 12/12/1997).

8. Do procedimento do mandado de injunção

O procedimento do mandado de injunção é muito semelhante ao do mandado de segurança, razão pela qual o artigo 14 da Lei nº 13.300, de 2016, dispõe sobre a aplicação subsidiária das normas do mandado de segurança, disciplinada pela Lei nº 12.016, de 2009.

Afora as regras sobre a legitimação processual ativa e a eficácia da sentença, o procedimento do mandado de injunção é um só, tanto para o mandado de injunção individual como para o mandado de injunção coletivo, constantes nos artigos 4º ao 8º da Lei nº 13.300, de 2016:

Art. 4º A petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado.

§ 1º Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados.

§ 2º Quando o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 (dez) dias, devendo, nesse caso, ser juntada cópia à segunda via da petição.

§ 3º Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem

será feita no próprio instrumento da notificação;

Art. 5º Recebida a petição inicial, será ordenada:

I – a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações;

II – a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo-lhe ser enviada cópia da petição inicial, para que, querendo, ingresse no feito.

Art. 6º A petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente.

Parágrafo único. Da decisão do relator que indeferir a petição inicial, caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração.

Art. 7º Findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 (dez) dias, após o que, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão.

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Trata-se, como visto, de um “procedimento documental”, a exemplo do procedimento do mandado de segurança, que não comporta uma fase instrutória, visto que a petição inicial já deve ser instruída com a prova documental da qual dispuser a parte impetrante.

9. Da purgação da “mora legislativa” com a consequente extinção do mandado de injunção sem pronunciamento do mérito

O Poder Legislativo pode purgar a sua “mora legislativa”, promovendo a promulgação da lei objeto da impetração, pelo que *“estará prejudicada a impetração se a norma for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito”* (artigo 11, parágrafo único, da Lei nº 13.300, de 2016).

10. Da eficácia da sentença proferida no procedimento do mandado de injunção

A decisão proferida no mandado de injunção tem eficácias subjetivas diferidas e não comporta eficácia material com caráter de definitividade, nem por prazo indeterminado.

10.1. Limites da eficácia subjetiva da sentença proferida no mandado de injunção

O *writ* reparatório do mandado de injunção comporta dois tipos de eficácia subjetiva: uma que é restrita às partes (*adversus personae*), e outra que, além de ser aplicável às partes no processo, beneficia terceiros pessoas que não integraram a relação processual (*ultra partes* ou *erga omnes*).

A despeito da semelhança do procedimento do mandado de injunção com o procedimento do mandado de segurança, ele não comporta *writ* preventivo, posto que um dos pressupostos desta ação mandamental é a “mora legislativa” ou a “insuficiência da regulamentação”, não havendo a possibilidade jurídica para que seja concedida qualquer medida preventiva contra a ocorrência dessa mora do legislador, *maxime* se a iniciativa do processo legislativo for da competência dos demais Poderes, seja o Poder Executivo ou o Poder Judiciário.

10.1.1. Da eficácia subjetiva “interpartes” (ou *adversus personae*)

No procedimento do mandado de injunção individual, “a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”, conforme estatui o *caput* do artigo 9º da Lei nº 13.300, de 2016.

No procedimento do mandado de injunção coletiva, a sentença também fará coisa julgada subjetiva limitada às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria de pessoas que tenham sido substituídas processualmente pelo impetrante, conforme dispõe a Primeira Parte do *caput* do artigo 13 da Lei nº 13.300, de 2016.

10.1.2. Da eficácia subjetiva *ultra partes* ou *erga omnes*

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 9º da Lei nº 13.300, de 2016, estabelecem as circunstâncias em que o Tribunal (o mandado de injunção é ação de competência originária de Tribunal) poderá atribuir eficácia subjetiva para a sentença proferida no mandado de injunção individual para além dos limites das partes envolvidas no processo:

§ 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

No mandado de injunção coletivo, a eficácia subjetiva da sentença também pode ser estendida *ultra partes* ou *erga omnes* nessas mesmas circunstâncias previstas nos §§ 1º e 2º, do artigo 9º, da Lei nº 13.300, de 2016, conforme dispõe a Parte Final do *caput* do artigo 13 dessa mesma lei.

10.2. Limites temporais da eficácia material da sentença proferida no mandado de injunção

A decisão proferida no mandado de injunção tem eficácia material precária e restrita no tempo, como emerge das disposições dos artigos 9º, § 3º, e 10, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 13.300, de 2016, sendo, portanto, *sic stantibus*, enquanto perdurar a omissão legislativa, caducando se a regulamentação legislativa dispuser de forma contrária ao que foi deferido judicialmente ao (s) impetrante(s).

O Tribunal não substitui o Poder Legislativo no exercício da sua atividade legiferante, estando adstrito apenas ao exame da ocorrência ou não da “mora legislativa” ou da “insuficiência regulamentar”, e, obviamente, à apreciação e julgamento do pedido formulado pelo impetrante.

No julgamento do mandado de injunção MI 648 (Rel. Min. Celso de Mello, Public. de 6/5/2002), o STF afirmou não competir ao Poder Judiciário conferir medidas de caráter satisfativo, ou fixar desde logo bases concretas para a satisfação da postulação do Impetrante:

Carta Política tem acentuado que o mandado de injunção 'não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar, ao Poder Judiciário, o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas', pois “O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe, ao Judiciário, o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder” (MI 284-DF, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, in RTJ 139/712-713). Na realidade, e considerando-se a diretriz

jurisprudencial prevalecente na matéria (RTJ 133/11-12), não há que se falar, em sede injuncional, da adoção de medidas jurisdicionais, de caráter satisfativo, que fixem, desde logo, em bases concretas, tal como ora postulado pelos impetrantes, o índice de reajuste a incidir sobre a remuneração dos servidores públicos em geral: O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado.

O provimento do pedido formulado pelo impetrante é precário, visto que existe um *writ* que impõe ao Poder Legislativo a regulamentação da matéria, de sorte que em um futuro próximo a decisão proferida será substituída pela lei que for editada em cumprimento ao seu próprio comando.

Quando o Poder Legislativo der cumprimento à decisão proferida no mandado de injunção, a superveniência da norma regulamentadora produzirá efeitos que se projetarão apenas para o futuro (*ex nunc*) em relação aos beneficiários da coisa julgada, “salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável”, conforme dispõe o *caput* do artigo 10, da Lei nº 13.300, de 2016.

10.3. Da possibilidade da renovação do mandado de injunção julgado improcedente

Não se trata da mera possibilidade de renovação dessa ação mandamental de injunção por indeferimento da petição inicial, sem pronunciamento do mérito.

O § 3º do artigo 9º da Lei nº 13.300, de 2016, contempla a hipótese do julgamento de mérito do pedido formulado pelo impetrante no mandado de injunção, com o seu indeferimento por insuficiência de prova.

Portanto, se o impetrante obtiver novas provas documentais, a ação de injunção julgada improcedente pode ser renovada... A expressão “outros elementos probatórios” contida no § 3º do artigo 9º da Lei nº 13.300, de 2016, pressupõe novas provas documentais, visto que o mandado de injunção também é um “procedimento documental”, à semelhança do procedimento do mandado de segurança.

Em qualquer caso, a prova documental a ser produzida diz respeito à comprovação da ocorrência da “mora legislativa” ou da “insuficiência da regulamentação” (à que se refere o parágrafo único do artigo 2º da mesma Lei nº 13.300, de 2016).

10.4. Da possibilidade de revisão da decisão proferida no mandado de injunção

A sentença proferida no procedimento do mandado de injunção é dotada de eficácia preclusiva material apenas em relação aos fundamentos de fato e de direito que tenham sido determinantes para o alcance da parte dispositiva no julgamento proferido pelo Tribunal.

Ao pronunciar-se sobre o mérito do mandado de injunção, o Tribunal acatará ou rejeitará a arguição de “mora legislativa” ou de “insuficiência regulamentar”, o que constituirá o provimento principal do pedido do impetrante.

A superveniência de novas circunstâncias de fato ou de direito possibilita a qualquer interessado requerer a revisão da decisão proferida no mandado de injunção, conforme permissivo do *caput* do artigo 10, da Lei nº 13.300, de 2016.

A ação revisional, nesse caso, observará *mutatis mutandis*, o mesmo procedimento que foi observado para a prolação da decisão revisanda, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 13.300, de 2016.

11. Da litispendência e da coisa julgada em relação ao mandado de injunção

O artigo 13, parágrafo único, da Lei nº 13.300, de 2016, estatui que “*o mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva*”.

De qualquer sorte, tanto o mandado de injunção individual como o mandado de injunção coletivo processar-se-ão perante o mesmo Tribunal, visto serem ações de competência originária de Tribunal.

A Lei nº 13.300, de 2016, não esclarece quais são os órgãos do Poder Judiciário competentes para a apreciação e o julgamento do mandado de injunção, o que, no entanto, é obtido por via indireta segundo as prerrogativas de foro do Poder Legislativo.

Compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento do mandado de segurança e do *habeas data* conta atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 102, inciso I, alínea “d”, da CRFB. Como o mandado de injunção é ação mandamental equivalente ao mandado de segurança, estende-se-lhe a mesma competência do STF (a esse respeito o Regimento Interno do STF é silente em relação a essa ação mandamental).

Cabe aos Estados organizar a Justiça Estadual (art. 125, *caput*, da CRFB), sendo a

sua competência definida pela Constituição do Estado (art. 125, § 1º, da CRFB). Dessa forma, por *analogia legis* da Constituição Federal, é definida a competência do Tribunal de Justiça do Estado para o julgamento do mandado de segurança e do *habeas data* contra os atos da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado que incorram em “mora legislativa” ou em “insuficiência regulamentar”, relativamente às competências legislativas definidas nos artigos 23 e 24 da CRFB.

12. Da competência para o julgamento do mandado de injunção

A Lei nº 13.300, de 2016, não estabelece diretamente a competência originária e a competência recursal dos órgãos do Poder Judiciário para o julgamento do mandado de injunção, apenas determina no seu artigo 14 a aplicação subsidiária das regras do procedimento especial do mandado de segurança individual e coletivo (Lei nº 12.016, de 2009) e para as disposições gerais sobre processo contidas no Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que derogou a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

A competência para o julgamento do mandado de injunção impetrado contra a mora legislativa do Congresso Nacional é do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso I, alínea “d”, da CRFB).

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a competência originária para a apreciação e julgamento do mandado de injunção, “quando a elaboração da norma regulamentar for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”, conforme dispõe expressamente o artigo 105, inciso I, alínea “h”, da CRFB.

A competência para o julgamento do mandado de injunção impetrado contra a mora legislativa das Assembleias Legislativas dos Estados e das Câmaras Municipais é dos Tribunais de Justiça dos Estados, na forma definida pelas Constituições Estaduais (artigo 125, § 1º, da CRFB). Essas Constituições Estaduais deverão instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (artigo 125, § 2º, da CRFB). Caberá Recurso Ordinário contra as decisões proferidas em mandado de injunção pelos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (artigo 105, inciso II, alínea “b”, da CRFB), mas não caberá

Recurso Extraordinário para o STF, a teor do entendimento da Súmula nº 280 do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. MAGISTÉRIO. ADICIONAL NOTURNO. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 10.098/1994 E LEI ESTADUAL Nº 6.675/1974. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. INCIDÊNCIA. 1. O adicional noturno, quando *sub judice* a controvérsia sobre a sua extensão aos professores da rede pública do Estado do Rio Grande do Sul, demanda a análise da legislação infraconstitucional local, o que atrai a incidência da Súmula 280/STF. Precedentes: ARE 745.206-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 10/6/2014; ARE 768.838-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 18/3/2014; ARE 778.493-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 20/11/2013. 2. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional local, torna inadmissível o recurso extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: 'Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário'. 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: 'MANDADO DE INJUNÇÃO. ADICIONAL NOTURNO. MAGISTÉRIO ESTADUAL. ARTIGOS 7º, INCISO IX, E 39, § 3º, AMBOS DA CF, E 29, IV, DA CE. OMISSÃO LEGISLATIVA. APLICÁVEL O ART. 113 E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 10.098/94 (ESTATUTO E REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL) ATÉ ULTERIOR EDIÇÃO DE REGRAMENTO LEGAL ESPECÍFICO. AFASTARAM A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E CONCEDERAM A ORDEM. UNÂNIME'. 4. Agravo regimental DESPROVIDO (ac. STF, Primeira Turma, Proc. ARE 819772-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Public. 24/9/2014).

13. Dos direitos constitucionais trabalhistas individuais e coletivos amparáveis por mandado de injunção

Existem particularidades a serem observadas em caso de “mora legislativa” quanto ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais em matéria de direito do trabalho, e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania dos trabalhadores.

O Constitucionalismo Social reconhece a existência de três gerações de direitos sociais, embora haja quem sustente a existência de uma quarta, de uma quinta, de uma sexta e até de uma sétima geração de direitos constitucionais, que teriam com objeto a democracia, a informação e a paz.

Os direitos sociais de primeira geração, que correspondem às liberdades individuais

(também conhecidas como liberdades constitucionais; liberdades públicas; garantias de direitos dos indivíduos e das coletividades; ou direitos humanos) se efetivam na prática com a mera abstinência do Estado em interferir na vida privada do cidadão. O rol dessas liberdades individuais, assim como as prerrogativas dos cidadãos consta do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Portanto, as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania são prerrogativas dos cidadãos, não sendo, em princípio, prerrogativas do cidadão trabalhador salvo naquilo em que a legislação trabalhista regulamentar regras legais inerentes à nacionalização do trabalho, à migração e à emigração de trabalhadores e à soberania da legislação trabalhista brasileira e da aplicação da jurisdição da Justiça do Trabalho brasileira. Por extensão, fazemos a mesma observação em relação à legislação previdenciária, que é transdisciplinar em relação à legislação trabalhista.

Os *direitos sociais de segunda geração* são os que dizem respeito aos direitos provisionados, que são os direitos sociais que precisam de uma base material de recursos financeiros para a sua efetivação. No caso trabalhista, a fonte do provimento dos direitos dos trabalhadores é o capital social da empresa empregadora. No caso previdenciário, a fonte do provimento dos benefícios dos segurados e dos seus dependentes é o orçamento da seguridade social. Os direitos trabalhistas têm no contrato individual de trabalho a sua fonte de direito mais importante, atuando o direito legislado no sentido de estabelecer limites de proteção mínima para os trabalhadores ou para garantir determinados conteúdos de proteção, especialmente contra a dispensa arbitrária.

Por derradeiro, os *direitos sociais de terceira geração* são os de natureza metaindividual, coletivos em sentido estrito (que são inerentes aos grupos sociais organizados, a exemplo dos Sindicatos, das Ordens Profissionais, etc.), coletivos em sentido amplo (que são inerentes às coletividades não organizadas), individuais homogêneos (direitos individuais alinhavados por um mesmo elo contratual, com um mesmo contratante em comum) e difusos. São direitos sociais a respeito dos quais, a rigor, não existe reconhecimento formal pela legislação, sendo identificados os seus titulares por intermédio das ações coletivas que objetivam tornar efetivos os interesses jurídicos que são expostos em juízo pelos interessados.

O foco, portanto, do mandado de injunção trabalhista cinge-se aos direitos sociais de segunda geração na área do Direito do Trabalho, que estão elencados nos artigos 7º (direitos individuais do trabalho) e 8º (direitos coletivos do trabalho) da CRFB.

Ocorre, porém, que a CRFB também arrola e protege os direitos trabalhistas dos servidores públicos. Os preceitos do artigo 7º da CRFB dizem respeito ao Regime Jurídico de Trabalho Celetista (o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho), que é o único regime jurídico de regulamentação do trabalho no âmbito privado no Brasil, mas que historicamente evoluiu a partir dos Regimes Jurídicos de Trabalho Estatutário (que tiveram gênese no regime jurídico do Estatuto do Servidor Público Civil e Militar da União), que regulamentam o trabalho no âmbito da Administração Pública, cujos preceitos constitucionais se encontram nos artigos 37, 38, 39 (servidores públicos civis efetivos e empregados públicos), 42 e 142 (servidores militares) da mesma Constituição.

Vários dos preceitos direitos trabalhistas assegurados pelo artigo 7º da CRFB para os trabalhadores do setor privado, também são outorgados aos servidores públicos civis efetivos, conforme preceitua o artigo 39, § 3º, da CRFB (com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998):

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Os Regimes Jurídicos de Trabalho Estatutário não têm fundamento contratual, por isso são muito mais dependentes das fontes de direito estatais (as leis no sentido amplo) para serem regulamentados, de sorte que os direitos e as liberdades constitucionais proclamadas pelo artigo 7º, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, da CRFB, têm sido muito mais questionadas via mandado de injunção pelos servidores públicos do que pelos trabalhadores do setor privado.

RENATA DE MARINS JABER MANEIRO (2016, p. 91-113) também analisou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e aponta os seguintes temas expostos via mandado de injunção:

- aposentadoria especial de servidor público;
- greve de servidor público;
- aviso-prévio proporcional;
- criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.

De todos esses temas de mandado de injunção, o que pleiteou a regulamentação do aviso-prévio proporcional é o único que diz respeito ao Regime Jurídico de Trabalho

Celetista, sendo totalmente inaplicável ao Regime Jurídico de Trabalho Estatutário, tanto assim é que o § 3º do artigo 39 da CRFB não faz remissão ao inciso XXI do artigo 7º da mesma Constituição.

Dentre os temas de mandado de injunção mais frequentes, enfrentados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está a revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos estaduais e municipais, cuja iniciativa do processo legislativo pertence ao Poder Executivo, conforme já decidiu o STF nos processos ADI 2.061, Rel. Min. Ilmar Galvão (DJ de 29/6/2001) e ADI 3.599, Rel. Min. Gilmar Mendes (DJ de 14/9/2007), o que acabou por se consolidar no Tema 1038 de Repercussão Geral da jurisprudência do STF:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TEMA 1038 DA REPERCUSSÃO GERAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE ADICIONAL NOTURNO AOS MILITARES ESTADUAIS NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAL OU ESTADUAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREJUDICADO POR PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. 1. A Constituição Federal não previu aos militares estaduais o direito à percepção de adicional noturno. Ausência de omissão do poder público federal na edição de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. 2. Caso a Constituição Estadual assegure tal parcela aos militares estaduais, caberá a impetração de mandado de injunção, perante o Tribunal de Justiça, para a concretização deste direito. 3. A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul sofreu alteração no curso do presente mandado de injunção, excluindo-se o direito dos servidores militares ao adicional noturno. Superveniente perda de objeto da impetração, devendo ser extinto o mandado de injunção. 4. Recurso Extraordinário PREJUDICADO, em face da EXTINÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO, por perda superveniente de objeto, com a fixação da seguinte tese de julgamento: 'I- A Constituição Federal não prevê adicional noturno aos Militares Estaduais ou Distritais. II - Mandado de Injunção será cabível para que se apliquem, aos militares estaduais, as normas que regulamentam o adicional noturno dos servidores públicos civis, desde que o direito a tal parcela remuneratória esteja expressamente previsto na Constituição Estadual ou na Lei Orgânica do Distrito Federal (ac. STF, Proc. RE 970823, Pleno, Redator Min. Alexandre de Moraes, Public. 4/9/2020).

14. Casos precedentes de mandados de injunção por “mora legislativa” ou “insuficiência regulamentar” de preceitos do artigo 7º da Constituição Federal

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988,

foram impetrados mandados de injunção objetivando compelir o legislador federal a regulamentar alguns poucos preceitos do artigo 7º, que reconhecem direitos individuais aos trabalhadores do setor privado, no regime jurídico celetista.

A fonte de direito mais importante do Direito do Trabalho, que se aplica ao Regime Jurídico Celetista, é uma fonte de direito não estatal: o contrato individual de trabalho. Os direitos e as liberdades constitucionais dos trabalhadores brasileiros do setor privado não carecem tanto de regulamentação infraconstitucional, porque a Constituição da República promulgada em 1988 recepcionou quase integralmente a Consolidação das Leis do Trabalho promulgada em 1º de maio de 1943, tendo derogado apenas alguns poucos preceitos de forma tácita (por não recepcioná-los expressamente, a exemplo do direito à estabilidade decenal no emprego) ou por ter emitido princípios e garantias diversas das que constavam na redação original da CLT (principalmente sobre a liberdade e a autonomia sindical).

Dentre os direitos individuais do trabalho arrolados no artigo 7º da CRFB consta a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (inciso X), mas a despeito de o legislador constituinte ter determinado que haja regulamentação na forma da lei, a regulamentação dessa norma penal em branco não ocorreu, pois não foi regulamentada por lei o tipo penal da *retenção dolosa do salário*. Como a repressão penal se insere na competência do Poder Público, o exercício do poder punitivo pelo Estado extrapola os limites das liberdades fundamentais dos trabalhadores, portanto, essa omissão legislativa tende a permanecer.

14.1. O mandado de injunção impetrado com visos à regulamentação da participação dos trabalhadores nos lucros, ou resultados, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa

O STF foi instado a se pronunciar sobre a mora legislativa na regulamentação da Participação nos Lucros e nos Resultados das empresas (artigo 7º, inciso XI, da CRFB), mas não chegou a se pronunciar em vista da perda de objeto do mandado de injunção pela superveniente regulamentação desse direito trabalhista pela Medida Provisória nº 1.136, de 26 de setembro de 1995:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 7, INC. XI, DA CF. SUPERVENIENTE IMPLEMENTAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. Tendo em vista a edição, superveniente ao ajuizamento do presente mandado

de injunção, da Medida Provisória n. 1.136, de 26 de setembro de 1995, que 'dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências', verifica-se a perda de objeto da impetração. Mandado de injunção que se tem por prejudicado (ac. STF, Pleno, Proc. MI 426, Rel. Min. Ilmar Galvão, Public. 16/2/1996).

Não obstante a promulgação da Medida Provisória nº 1.136, de 1995, esta caducou e foi substituída pela Medida Provisória nº 1.982-77, de 2000, que se transformou na Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que regulamentou a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa. Essa lei não regulamentou integralmente o preceito do inciso XI do artigo 7º da CRFB, pois nada regulamentou a respeito da participação dos trabalhadores na gestão da empresa, nos parecendo que também não houve pedido nesse sentido no referido mandado de injunção MI 426, e, ao que tudo indica, não há interesse algum por parte da classe obreira nessa regulamentação.

14.2. O mandado de injunção impetrado com visos à regulamentação do aviso-prévio proporcional

A regulamentação do inciso XXI do artigo 7º da CRFB foi uma das mais numerosas impetrações do mandado de injunção interpostas perante o STF para a regulamentação do direito constitucional ao aviso-prévio proporcional.

O STF firmou jurisprudência no julgamento dos mandados de injunção MI 943, MI 1010, MI 1074 e MI 1090, no sentido de que os mandados de injunção impetrados antes da promulgação da Lei nº 12.506, de 2011, deveriam ser parcialmente providos para assegurar ao impetrante o pagamento do aviso-prévio proporcional com base nos critérios legais:

MANDADO DE INJUNÇÃO. CONSTITUCIONAL. AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO. ART. 7º, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO COM PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O direito ao aviso-prévio proporcional é assegurado a todos aqueles que impetraram mandado de injunção em data anterior à entrada em vigor da Lei 12.506, em 13/10/2011, de acordo com os critérios legais. Jurisprudência do Plenário. Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090. 2. O pagamento do aviso-prévio em valor inferior ao que seria devido com a regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição, caracteriza a pretensão resistida. 3. Pessoa jurídica de direito

privado, sem poderes para elaborar ou aprovar a norma regulamentadora do direito constitucional, não é legitimada passiva no mandado de injunção. Ilegitimidade do empregador do impetrante.
4. Agravo regimental parcialmente provido, para excluir a agravante do polo passivo.

14.3. O mandado de injunção impetrado com visos à regulamentação do adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas

O STF decidiu no julgamento do mandado de injunção MI 5229 (Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Public. 10/11/2020), no qual o Impetrante pleiteava a regulamentação do inciso XXIII do artigo 7º da CRFB, que o adicional em caso de trabalho nocivo está disciplinado pelo artigo 192 da CLT, e tem por base de incidência o salário-mínimo:

MANDADO DE INJUNÇÃO – LEGITIMIDADE PASSIVA. No mandado de injunção, é parte legítima aquela apontada como omissiva. MANDADO DE INJUNÇÃO – TRABALHO NOCIVO – ADICIONAL. O adicional ante trabalho nocivo à saúde está disciplinado – artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho. SALÁRIO-MÍNIMO – ADOÇÃO. Cumpre distinguir a adoção do salário-mínimo como fator de indexação monetária da tomada de base de incidência de certo adicional – higidez constitucional do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho.

14.4. O mandado de injunção impetrado com visos à regulamentação da proteção em face da automação.

O STF apreciou e julgou improcedente um mandado de injunção que foi impetrado com visos à regulamentação da proteção dos trabalhadores em face da automação, garantia prevista no artigo 7º, inciso XXVII, da CRFB, firmando jurisprudência no sentido de que houve ajuste no quadro funcional do Banco por motivos desvinculados da automação, uma vez que o Impetrante foi demitido por motivação em fatores econômicos, tecnológicos e de racionalização dos métodos e das rotinas de trabalho:

7. Quanto à alegada ausência de regulamentação do art. 7º, inc. XXVII, da Constituição da República, razão jurídica não assiste ao impetrante. Na espécie, apesar de o Impetrante afirmar ter sido sua dispensa em decorrência da 'automação da agência bancária, onde o mesmo trabalhava' (fl. 5), consta da comunicação de dispensa do Contrato de Trabalho: 'A Coord. de Proces. Serv. Agencias/CPISA

DIVINÓPOLIS, comunica a rescisão de seu contrato de trabalho com o Banco BEMGE S.A., a partir de 4/12/1998 pelos seguintes motivos: a) Ajuste do quadro funcional em virtude do aumento de competitividade no seguimento financeiro, queda do volume de negócios, e estabilização da economia; b) Inovações tecnológicas e racionalização de métodos e rotinas de trabalho. Registra-se. Belo Horizonte, 2 de dezembro de 1998' (fl. 19) (ac. STF, Proc. MI 618, Rel. Min. Cármen Lúcia, Public. 2/10/2014).

14.5. O mandado de injunção impetrado com visos à regulamentação da proteção dos trabalhadores domésticos

O STF, por decisão monocrática do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Public. 26/6/2017), julgou prejudicado o mandado de injunção MI 5810 que havia sido impetrado pelo Sindicato dos Empregados Domésticos de Campinas e Região pleiteando a regulamentação do parágrafo único do artigo 7º da CRFB, em virtude da promulgação da Lei Complementar nº 150, de 2015:

Trata-se de mandado de injunção impetrado pelo Sindicato dos Empregados Domésticos de Campinas e Região em face do Congresso Nacional, com vistas a suprir a omissão legislativa referente à regulamentação do art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal, na redação dada pela EC 72/2013, o qual assegura direitos trabalhistas aos empregados domésticos. O impetrante argumenta que, não obstante a previsão constitucional, o exercício desses direitos encontra-se limitado, tendo em vista a ausência de regulamentação. É o breve relatório. Passo a decidir. O presente mandado de injunção, impetrado em 16.7.2013, refere-se à ausência de lei que regulamente o art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal, no que concerne a direitos trabalhistas dos empregados domésticos. Entretanto, com a edição da Lei Complementar nº 150/2015, esvaziou-se o objeto deste *writ*, tendo em vista que esse diploma normativo regulamentou o referido dispositivo constitucional. Nesses termos, a omissão legislativa não mais subsiste. Com efeito, a jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que a superveniente edição de norma que venha a suprir a omissão questionada.

15. Conclusão

O mandado de injunção foi introduzido na ordem constitucional brasileira pela Constituição da República de 1988, mas somente foi regulamentado pela Lei nº 13.300, de

23 de junho de 2016 e, antes dessa regulamentação legal, recebeu uma construção jurisprudencial dada pelo STF, seguindo, de certa forma, a regulamentação do mandado de segurança, sendo notória a influência dessa jurisprudência na promulgação da referida lei.

Praticamente não havia direitos constitucionais dos trabalhadores do setor privado, previstos no artigo 7º da Constituição da República, porque esta praticamente recepcionou todas as regras da Consolidação das Leis do Trabalho, só não o fazendo em relação a poucos direitos que foram derogados tacitamente (a exemplo da estabilidade decenal no emprego) ou que foram recepcionados em parte, com alterações de regras e de princípios jurídicos (a exemplo da liberdade e da autonomia sindical).

O STF apreciou em maior número a impetração de mandado de injunção pelos servidores públicos, uma vez que existe uma simetria parcial de direitos constitucionais assegurados no regime jurídico de trabalho estatutário do servidor civil efetivo e no regime jurídico de trabalho do empregado público, de conformidade com o disposto no § 3º do artigo 39 da CRFB.

Foram poucos os pronunciamentos do STF em mandado de injunção em matéria trabalhista no regime celetista, tendo sido a maioria deles extinto sem pronunciamento do mérito em virtude da purgação da mora legislativa pelo Congresso Nacional, que editou a tempo a lei regulamentadora dos direitos constitucionais reivindicados. Apenas em relação aos mandados de injunção que visaram à regulamentação do aviso-prévio proporcional, houve pronunciamento do mérito pelo STF favorável aos impetrantes, concedendo-lhes, no entanto, o amparo do direito constitucional nos mesmos moldes definidos pelo legislador na Lei nº 12.506, de 2011, uma vez que, conforme o próprio STF já havia se pronunciado anteriormente, não cabe ao Poder Judiciário usurpar a competência legislativa e para conceder direitos de conteúdo material, tendo afirmado em alguns julgamentos que lhe cabia apenas notificar o Congresso Nacional para que providenciasse a regulamentação do preceito constitucional.

A despeito de também ser cabível a impetração do mandado de injunção para assegurar o exercício das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não encontramos qualquer questionamento judicial nesse sentido, seja por parte dos trabalhadores do setor privado ou por parte dos servidores públicos civis efetivos, dos empregados públicos ou dos servidores militares.

Também não encontramos qualquer questionamento de mora legislativa em relação à regulamentação de direitos processuais do trabalho pela via mandado de injunção.

Acreditamos que o mandado de segurança, que é uma ação mandamental de mesmo nível e equivalência que o mandado de injunção, é muito mais eficaz para a dedução em juízo de amparo a direito líquido e certo de natureza processual.

16. Referências

- BORGES, Nilton Alexandre. **Mandado de Injunção e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Baraúna. 2011.
- BRITO, Thomas Luz Raimundo. **Mandado de Injunção**; A decisão, os seus efeitos e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no combate à omissão legislativa. Porto Alegre: Núria Fabris Editora. 2015.
- CASTRO, Guilherme de Siqueira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Mandado de Injunção**. Salvador: JusPODIVM. .
- CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A Efetividade das Normas Constitucionais Através do Mandado de Injunção**: O Controle da Omissão Parcial. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2011.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012.
- MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Mandado de Injunção, Diálogos Constitucionais e o Papel do STF**. Curitiba: Juruá. 2016.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Mandado de Injunção**; Da Inconstitucionalidade por Omissão – Enfoques Trabalhistas – Jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: LTR. 2014.
- BRASIL: Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. *DOU* de 24 jun. 2016.

MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

INDIVIDUAL SECURITY WARRANTIES

Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro¹⁷¹

Resumo: O presente estudo pretende compreender a origem do instituto do mandado de segurança individual, sua importância e forma de aplicabilidade no direito Pátrio atual, com ênfase no direito do trabalho e no direito processual do trabalho.

Palavras-chave: Autoridade coatora. Direito líquido e certo. Juicio de amparo. Mandado de segurança. Petition of writ of mandamus, Writ.

Abstract: This study intends to understand the origin of the institute of the individual writ of mandamus, its importance and applicability in the current Brazilian law, with emphasis on labor law and procedural labor law.

Keywords: Enforcement authority. Liquid and sure law. Amparo juicio. Writ of mandamus. Petition of writ of mandamus. Writ.

Sumário: 1. Introdução; 2. Origem histórica; 3. Exposição de Motivos da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009; 4. Natureza jurídica; 5. Pressupostos do mandado de segurança individual; 5.1. Atos de autoridade pública; 5.2. Ilegalidade ou abuso de poder; 5.3. Direito líquido e certo; 6. Classificação do mandado de segurança individual conforme o momento da impetração; 7. Prazo para a impetração; 8. Decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4296; 9. Hipóteses de não cabimento do mandado de segurança; 10. Da denegação da segurança; 11. Da Liminar; 12. Da sentença e da coisa julgada em mandado de segurança; 13. Recursos cabíveis; 14. Execução; 15. Conclusão; 16. Referências.

1. Introdução

Depois que o Rei João Sem Terra (ainda que forçosamente) anuiu à Magna Carta, vários foram os institutos destinados a manter a efetividade das Constituições e garantir os direitos dos cidadãos em face de autoridades que insistiam em praticar atos contrários à lei e aos costumes da época.

Esses institutos nasceram do *habeas corpus* do direito penal e evoluíram para os chamados *mandamus* (*prohibition, certiorari, quo warranto, injunction*).

O presente trabalho dedica-se à análise do chamado *writ of mandamus* – que no Brasil foi denominado de mandado de segurança – e sua importância para a efetividade dos direitos

¹⁷¹ Juíza Titular da 2ª Vara do trabalho de São Caetano do Sul (2ª Região – São Paulo). Doutora e mestre em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Processual do Trabalho e de Compliance nas Relações Trabalhistas e Previdenciárias da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa e Extensão “O Trabalho além do Direito do Trabalho” (USP). Ocupa a Cadeira 07 da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social.

fundamentais estabelecidos na Constituição da República de 1988, especialmente no que tange aos direitos trabalhistas.

2. Origem histórica

O mandado de segurança tem sua origem na Inglaterra, com um instituto denominado *breve* ou *writ* (escritura). Tratava-se, originariamente, de um curto comando escrito, emitido, assinado e selado por alguém reconhecido como autoridade. A assinatura e o selo eram as provas de que o documento era autêntico. Como na época as ordens costumavam ser orais, o fato de um comando ter sido escrito, por si só já o distinguia de um mero comando verbal, cujo recebimento ou seus termos poderiam facilmente ser negados ou questionados por aqueles que deveriam cumpri-lo.¹⁷² O *writ*, por ser escrito, assinado e selado, trazia confiabilidade quanto à origem da ordem e quanto ao conteúdo da determinação. Logo, *writ of mandamus* era uma ordem peremptória que deveria ser prontamente cumprida.

Com o passar do tempo, toda vez que a população falava em mandado, vinha-lhe à cabeça a figura do mandado do rei, no sentido de que o rei ordenou, tanto é que – até hoje – não cabe o *writ of mandamus* em face de decisões da Coroa Britânica, o mesmo ocorrendo em relação a ordens do presidente norte-americano,¹⁷³ pois o rei ou o presidente não dariam ordens a si próprios.

A partir do século XII, o *writ of mandamus* passou a ser invocado em inúmeras circunstâncias, tais como: calcular impostos, iniciar uma ação judicial, convocar jurados, enobrecer um plebeu, cobrar multas e provisões, nomear um chefe de justiça, autorizar o chefe da polícia a apreender os bens de um devedor, e assim por diante.¹⁷⁴

No século XVI, o mandado de segurança evoluiu para feições mais semelhantes às atuais, prestando-se a analisar o pedido de uma parte que, descontente com a atuação de órgão ou funcionário público, solicitava às autoridades judiciárias ou ao rei que ordenasse que referido órgão cumprisse a função que lhe competia ou deixasse de praticar o ato tido como abusivo.

O *writ of mandamus* com essas características foi uma das muitas contribuições jurídicas de Sir Edward Coke que, em 1616, ao analisar o Caso Bagg, ocorrido em Plymouth, ordenara ao prefeito da cidade que, ou restituísse James Bagg ao cargo de funcionário do qual fora

¹⁷² JENKS. Edward. **The Prerogative Writs in English Law**. The Yale Law Journal, Apr., 1923, Vol. 32, Nº 6 (Apr., 1923), pp. 523-534. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/789568?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 1º de julho de 2021.

¹⁷³ OLIVEIRA. Francisco Antonio de. **Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 18-20.

¹⁷⁴ JENKS. Edward. **The Prerogative Writs in English Law**. The Yale Law Journal, Apr., 1923, Vol. 32, Nº 6 (Apr., 1923), pp. 523-534. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/789568?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 1º de julho de 2021.

injustamente destituído, ou indicasse quais as razões que levaram a sua destituição. Em outras palavras, discutiu-se no campo jurídico se a ação do prefeito tinha sido ou não legitimamente exercida. As duas partes tiveram, então, a possibilidade de se manifestar perante o tribunal, que ao considerar válida a reclamação da parte autora, emitiu um mandado peremptório, uma ordem mandamental a ser cumprida pela autoridade executiva, sob pena de multa e prisão.

O *Bagg's Case*, desde então, tem sido considerado o ponto de partida do mandado de segurança da forma como o conhecemos hoje.

No que se refere ao *Civil Law*, o referencial utilizado pelo Brasil para o marco do instituto do mandado de segurança são as Ordenações do Reino, mais especificamente as Ordenações Afonsinas, em que era possível encontrar no título LXXIII, do Livro III, a figura da apelação destinada a limitar o poder dos *ricos-homens, ricos-donas, mestres, priores, cavaleiros, etc.*, tal recurso atingia não apenas as sentenças proferidas em autos judiciais, mas também decisões tomadas em autos extrajudiciais. Nesse sentido, o título LXXX do Livro III das Ordenações Afonsinas estabelecia que era possível se apelar inclusive *dos autos, que se fazem fora do Juízo*.¹⁷⁵ Francisco Antonio de Oliveira¹⁷⁶ assevera que a apelação extrajudicial era – à época – o remédio para as espécies que hoje são analisadas na ação de mandado de segurança.

Também muito importante para a formação doutrinária brasileira relativamente ao referido instituto é a figura do *Juicio de Amparo*, concebido pela primeira vez na Constituição de 1857 dos Estados Unidos Mexicanos, instrumento jurídico que desde o século XIX tem influenciado a criação de inúmeras modalidades de amparos constitucionais em toda a América Latina, como por exemplo, Argentina, El Salvador, Paraguai, Peru, Chile, Venezuela, além de outros países que adotam institutos bastante semelhantes, porém, com denominação distinta. Exemplificativamente pode-se mencionar o Chile com o recurso de proteção e a Colômbia com a ação de tutela.¹⁷⁷ O amparo possibilita a suspensão do ato impugnado e restabelece o exercício do direito lesado, evitando assim a prática de atos que venham a exigir a reparação monetária; além disso, a pessoa física ou jurídica que se vir prejudicada em seus direitos por uma norma legal também pode invocá-lo.

A Constituição da República de 1891 assegurava a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade e, no parágrafo 22, do artigo 22, frisava que seria concedido *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer “*violência ou coação por*

¹⁷⁵ RODRIGUES, Marco Antonio; QUEIROZ, Pedro Gomes de. **História da Apelação no Reino de Portugal**. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_1005_1028.pdf. Acesso em: 9 de julho de 2021.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 18.

¹⁷⁷ Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/antecedentes-historicos-del-amparo-en-el-derecho-mexicano-y-colombiano/>. Acesso em: 10 de julho de 2021.

ilegalidade ou abuso de poder". Note-se que, naquela época, a ilegalidade e o abuso de poder estavam abarcados no instituto do *habeas corpus*.

Alfredo Buzaid, ao discursar no Congresso Hispano-Luso-Americano e Filipino de Direito Processual Civil, realizado em Madrid, de 14 a 21 de outubro de 1935, declarou que, a seu ver, no Brasil, a primeira contribuição destinada a regular o mandado de segurança como medida autônoma, distinta dos interditos e do *habeas corpus*, foi de autoria Alberto Torres, no livro denominado **A Organização Nacional** que, ao final traz um projeto de revisão constitucional que, no art. 73, pretendia a criação de um *mandado de garantia*.¹⁷⁸

Art. 73 – “É criado o mandado de garantia, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventivamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do poder público ou de particulares, para os quais não haja outro remédio especial.

Parágrafo único. Este mandado só poderá ser expedido, depois de ouvido o Conselho Nacional, ou outro órgão competente do Poder Coordenador, quando o direito lesado for de natureza essencialmente política, interessar diretamente a independência dos outros poderes públicos, ou quando a lesão resultar de atos daquele poder.

No exercício desta atribuição competirá ao órgão competente do Poder Coordenador decidir sob critério político e administrativo, o ponto de interesse público ou governamental envolvido na causa”.¹⁷⁹

O eminente doutrinador relata ainda que, em 1922, o ministro Muniz Barreto sugeriu a criação, no Brasil, de alguma medida que se assemelhasse ao *Judicio de Amparo*. A ideia de se criar algum instituto que protegesse os direitos individuais intensificou-se após a revisão constitucional ocorrida no ano de 1926. Isso porque essa alteração reduziu o alcance da proteção obtida por meio do *habeas corpus* que, a partir de então, só poderia ser impetrado quando o Poder Público limitasse a liberdade de locomoção do cidadão,¹⁸⁰ deixando-o desassistido quanto às demais hipóteses de violação aos direitos individuais que eventualmente pudessem ser cometidas pelo Estado. Dizia o texto reformado ser cabível a impetração de *habeas corpus* “sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou de

¹⁷⁸ Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34619>. Acesso em: 3 de julho de 2021.

TORRES, Alberto. **A Organização Nacional**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938, p. 436 e seguintes.

¹⁷⁹ Art. 73. E' creado o "mandado de garantia", destinado a fazer consagrar, respeitar, manter, ou restaurar, preventivamente, os direitos. individuaes. ou collectivos, publicos ou privados, lesados por acto do poder público, ou de particulares, para os quaes não haja outro recurso especial. Paragrapho unico. Este mandado só poderá ser expedido, depois de ouvido o Conselho Nacional, ou outro órgão competente do Poder Coordenador, quando o direito lesado fôr de natureza essencialmente política, interessar directamente a independencia dos outros poderes públicos, ou quando a lesão resultar de actos daquelle poder. No exercicio desta attribuição, competirá ao órgão competente do Poder Coordenador decidir, sob critério político e administrativo, o ponto de interesse público ou governamental envolvido na causa.

¹⁸⁰ Comunicação enviada pelo Prof. Alfredo Buzaid ao Congresso Hispano-Luso-Americano e Filipino de Direito Processual Civil realizado em Madrid, de 14 a 21 de outubro de 1935.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15594/14465>. Acesso em: 2 de julho de 2021.

constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.

Como consequência da revisão constitucional supramencionada, de 1926 até 1934 não havia, no Brasil, remédio próprio para os casos em que o ente público agisse com “*violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder*”. A lacuna legislativa fez com que a tese de Rui Barbosa, de que o *habeas corpus* deveria ser utilizado para as situações de ilegalidade e abuso de poder, ainda que não se houvesse malferido o direito de ir e vir do cidadão, ganhasse adeptos e força, no sentido de que não deve haver direito sem lei que o defenda.

Essa ideia ficou ainda mais robusta quando o ministro do Supremo Tribunal Federal, Edmundo Lins, alterou o seu entendimento anterior acerca da matéria e aderiu à interpretação ampliativa do instituto do *habeas corpus* para outras hipóteses, além da defesa da liberdade de ir e vir, por ser “*a garantia única dos oprimidos, não devendo, portanto, ser suprimida enquanto o Legislativo não adotar entre nós outros remédios jurídicos mais adequados*”.¹⁸¹ Nesse sentido, relata Arnaldo Wald:¹⁸²

RUI BARBOSA e, posteriormente, PEDRO LESSA e EDMUNDO LINS estenderam a função protetora do *habeas corpus*, esquecendo deliberadamente o sentido tradicional do instituto para consagrá-lo em nova forma. Partindo do princípio geral de que não deve haver direito sem ação correspondente (*Ubi jus, ibi remedium*), entenderam o advogado e os juízes que o conceito do *habeas corpus* devia ser alargado, hipertrofiando-se o instituto para que pudesse realizar a sua missão social.

Outro ministro, Laudo de Camargo, durante o Governo Provisório da Revolução de 1930, concedeu *habeas corpus* a um estrangeiro que seria extraditado para o país de origem, onde estaria sujeito à pena de morte. O ministro entendeu tratar-se de extradição disfarçada de expulsão. Disse ele: “*Só assim (concedendo a ordem para que posto fora do território brasileiro, escolha o estrangeiro o rumo que lhe convenha) o direito de expulsão é exercido normalmente. Do contrário, à sombra deste direito, se poderia vir a feri-lo, praticando uma injustiça que se deve evitar*”. Em suma, qualquer se seja o instituto processual, este tem que estar a serviço do ideal de justiça.¹⁸³

A ampliação do alcance do *habeas corpus* foi tanta que o então presidente da República, Artur Bernardes, solicitou que o Congresso apresentasse algum instituto seguro que pudesse vir a amparar as violações a direitos individuais que não se limitassem ao direito de locomoção. Dos

¹⁸¹ Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181231/000390182.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 2 de julho de 2021, p. 6.

¹⁸² WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**/Arnaldo Wald; com a colaboração de Mário Henrique de Barros Dorna. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 40.

¹⁸³ Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181231/000390182.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 2 de julho de 2021, p. 6.

projetos daí advindos, surge o texto que foi inserido na Constituição Federal de 1934.

Art 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

Para Arnold Wald, o mandado de segurança surgiu em 1934 *“como sucessor e substituto da ação sumária especial e sob a trílice influência da doutrina brasileira do habeas corpus, da teoria da posse dos direitos pessoais e de certos institutos existentes no direito estrangeiro, como o amparo mexicano”*.¹⁸⁴

Oito anos depois, surgia o mandado de segurança cobrindo a área retirada ao habeas corpus. E os primeiros mandados de segurança assinalam esta substituição:

“É o mandado de segurança e não o habeas corpus o remédio adequado para a defesa do direito à inamovibilidade” – declara um julgado do Supremo Tribunal, de 1935.

Dois anos mais tarde, o Tribunal de Apelação do Estado de São Paulo lembrava que:

“O habeas corpus não é mais meio idôneo para garantir outros direitos que não o de locomoção; o remédio legal para garanti-los é hoje o mandado de segurança.”¹⁸⁵

A Lei n. 191/1936 regulamentou o procedimento a ser utilizado para o manejo do mandado de segurança e fixou parâmetros de atuação que foram replicados nas leis que lhe seguiram. Dizia caber mandado de segurança para a *“defesa de direito certo e incontestável, ameaçado, ou violado, por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade”*. Esclarecia que seriam considerados atos de autoridades aqueles provenientes de entidades autárquicas e de pessoas naturais ou jurídicas no desempenho de serviços públicos decorrentes de delegação ou de contrato exclusivo. Frisava que o mandado de segurança não impedia que a parte interessada reiterasse a defesa de seu direito por ação própria, nem tampouco que viesse a pleitear os efeitos patrimoniais ainda não obtidos. Já naquela época estabelecia que o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-ia depois de 120 dias, contados da ciência do ato

¹⁸⁴ WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**/Arnoldo Wald; com a colaboração de Mário Henrique de Barros Dorna. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 32.

¹⁸⁵ WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**/Arnoldo Wald; com a colaboração de Mário Henrique de Barros Dorna. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 49.

impugnado e que não caberia a impetração da medida, quando o objeto da ação versasse sobre exclusivamente a liberdade de locomoção, ou quando contra o ato impugnado coubesse recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução, fiança ou depósito; de questão puramente política e de ato disciplinar. A petição inicial deveria se fazer acompanhar de todos os documentos destinados a provar o direito líquido e certo, o mesmo ocorrendo com as respectivas contraféis. Permitia que o juiz, a requerimento da parte interessada, concedesse liminarmente o sobrestamento ou suspensão do ato impugnado, quando ficasse evidenciada, desde logo, a relevância do fundamento do pedido e o risco de lesão grave e irreparável ao direito do impetrante. A depender da urgência, permitia-se a prática de atos processuais por telegrama.¹⁸⁶

A Lei n. 191/1936 trouxe as bases do mandado de segurança como conhecemos hoje, porém, sua aplicabilidade foi brutalmente limitada pela Constituição da República de 1937 e pelo Decreto n. 06/1937. O art. 16 do referido Decreto estabelecia que muito embora o remédio do mandado de segurança continuasse em vigor, a partir de 10 de novembro de 1937, essa medida não seria oponível contra atos do presidente da República e dos ministros de Estado, governadores e interventores.¹⁸⁷

O Código de Processo Civil de 1939, em seus artigos 319 a 331, repetiu os termos da Lei n. 191/1936 com as restrições do Decreto n. 06/1937.

Em suma, durante a ditadura que se instaurou na época, havia forte mitigação na aplicabilidade de meios para dar efetividade aos direitos individuais dos cidadãos.

Com o advento do § 24, do art. 141, da Constituição de 1946, o mandado de segurança voltou a ter sua força impugnativa. Dizia o texto constitucional que cabia a impetração do *mandamus* para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, e sua concessão poderia ocorrer seja qual fosse a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.¹⁸⁸

O próprio texto constitucional assegurava, pois, a utilização do mandado de segurança preventivo, sempre que houvesse justo e motivado receio de violação de direito certo e líquido e autorizava, por outro lado, o recurso ao remédio heroico contra ato de qualquer autoridade, pouco importando a sua posição na escala hierárquica e entendendo-se que, tanto se referia o texto constitucional às autoridades administrativas, como às legislativas e mesmo judiciárias e até pessoas físicas e jurídicas de direito privado que

¹⁸⁶

Disponível

em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-191-16-janeiro-1936-543259-publicacaooriginal-53414-pl.html>.

Acesso em: 3 de julho de 2021.

¹⁸⁷

Disponível

em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-6-16-novembro-1937-354233-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 4 de julho de 2021.

¹⁸⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 9 de julho de 2021.

estivessem exercendo, ocasionalmente e por delegação, funções públicas.¹⁸⁹

A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, alterou as disposições do Código de Processo Civil de 1939.

Nos termos da Lei nº 1.533/51, o mandado de segurança seria cabível para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém viesse a sofrer violação ou houvesse justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria fosse qualquer que fosse a função que exercesse. Essa lei só foi revogada em 2009, pela Lei n. 12.016.

Em 1955, a Lei n. 2.654, que instaurou estado de sítio no Brasil, suspendeu as garantias do mandado de segurança durante a vigência daquele estado de exceção, o que perdurou até 9 de fevereiro de 1956.¹⁹⁰

O art. 150 da Constituição de 1967 fixava no parágrafo 21 que se concederia mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fosse a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso LXIX, narra que o mandado de segurança será concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. O inciso LXX cria a figura do mandado de segurança coletivo.

A Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, visou aglutinar entendimentos jurisprudenciais e normas dispersas em matéria de mandado de segurança, bem como regulamentar a figura do mandado de segurança coletivo.

3. Exposição de Motivos da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009

Em outubro de 1996 foi constituída uma Comissão de Juristas¹⁹¹ para elaborar uma nova norma sobre o mandado de segurança. Referida Comissão foi presidida por Caio Tácito e contou com Arnaldo Wald como relator e o ministro Carlos Alberto Direito como revisor.

Várias foram as razões que levaram à necessidade de se elaborar uma nova lei sobre a matéria, dentre eles: a) o fato de a Lei 1.533/51 estar desatualizada desde o advento da Constituição de 1988; b) a ideia de que a jurisprudência consolidada dos Tribunais deveria ser

¹⁸⁹ WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**/Arnaldo Wald; com a colaboração de Mário Henrique de Barros Dorna. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 94.

¹⁹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 9 de julho de 2021.

¹⁹¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/exposicao-motivos-le.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2021.

incorporada ao ordenamento jurídico; c) a intenção de dar maior coerência ao sistema com a consolidação do instituto do mandado de segurança em um diploma único.

Para evitar divergências de interpretação, manteve-se no projeto a redação e a sistemática de questões já cristalizadas jurisprudencialmente, bem como restaram inalteradas a conceituação do instituto e seu campo de atuação. Os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades da administração descentralizada e delegada foram equiparados a autoridades. Entretanto, os atos comerciais de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionários de serviços públicos foram excluídos do alcance do instituto.

Quanto ao mandado de segurança individual destacaram-se na exposição de motivos os seguintes pontos:

Admitiu-se expressamente a utilização de meios eletrônicos para sua impetração e comunicação da decisão. Explicitou ser admissível o mandado de segurança contra sanções disciplinares ou, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, após sua notificação judicial ou extrajudicial.

Regulou que autoridade coatora seria não somente aquela que praticou o ato, mas também aquela de quem emanou a ordem.

Manteve as restrições impostas em leis especiais, que – por exemplo – as que vedam tanto a concessão da medida liminar como a execução da decisão antes de seu trânsito em julgado, bem como a possibilidade de o Poder Judiciário exigir garantia por parte do impetrante para a concessão de liminar.

Frisou que os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, são mantidos até a prolação da sentença e que as vedações relacionadas com a concessão de liminares estendem-se à tutela antecipada à que se referem os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil.

Esclareceu qual o recurso cabível em caso de indeferimento da petição inicial.

Assegurou à autoridade coatora o direito de recorrer da decisão, matéria que ainda era controversa na jurisprudência e regulou o processo do mandado de segurança nos casos de competência originária dos tribunais e os recursos cabíveis contra as decisões do mandado de segurança proferidas em única instância.

Os autores do projeto entenderam que as sugestões de alteração legislativa garantiriam mais eficiência ao mandado de segurança, além de lhe conferir mais coercitividade e melhor organização dos serviços judiciários.

Nos próximos itens passaremos a analisar os pontos mais importantes do mandado de segurança individual, uma vez que o mandado de segurança coletivo será abordado em artigo distinto.

4. Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica do instituto, pode-se dizer que o mandado de segurança tem natureza de garantia constitucional, e consiste na ação judicial de procedimento especial por meio da qual o autor objetiva a defesa de direito líquido e certo não amparado por *habeas data* ou *habeas corpus*.

Nas palavras de Arnold Wald, o mandado de segurança “*não é, pois, um remédio reparatório, tampouco um meio de ressarcir danos causados; o mandado de segurança modifica compulsoriamente uma situação, dando ao impetrante direito à prestação in natura.*”¹⁹²

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹⁹³, o mandado de segurança “*é ação de natureza residual, subsidiária, pois somente é cabível quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por outros remédios constitucionais.*”

Manoel Antonio Teixeira Filho, por sua vez, afirma que “*a ação de segurança é de cognição restrita e pode compreender as espécies declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme seja o pedido formulado ou a natureza do provimento jurisdicional que se pretende conseguir. O seu procedimento é especial e a sentença se submete a peculiar forma de execução.*”¹⁹⁴ E o doutrinador trabalhista termina por afirmar que não concorda com aqueles que reconhecem nesse tipo de ação apenas a natureza constitutiva.

A meu ver, o mandado de segurança tem natureza jurídica de ação impugnativa autônoma, que tramita pelo rito especial, com finalidade preventiva e/ou repressiva, que visa a garantir aos cidadãos direito líquido e certo, não amparado por recurso próprio, nem tampouco por *habeas corpus* e *habeas data*, em face de ato ilegal ou abusivo (comissivo ou omissivo) praticado por autoridade e/ou por quem se ache no exercício de competência delegada pelo Poder Público.

5. Pressupostos do mandado de segurança individual

O mandado de segurança individual tem os seguintes pressupostos básicos: ato de autoridade pública, b) ilegalidade ou abuso de poder, c) existência de direito líquido e certo. Vejamos cada um desses elementos separadamente.

5.1. Atos de Autoridade Pública

¹⁹² WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**/Arnoldo Wald; com a colaboração de Mário Henrique de Barros Dorna. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 118.

¹⁹³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016, p. 202.

¹⁹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR. 3ª edição, 2010, p. 100.

O art. 5º, inc. LXIX, da Constituição de 1988 e o art. 1º da Lei 12.016/2009 são uníssonos ao estabelecer que será concedido mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica que sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O parágrafo 1º, do art. 1º, da Lei 12.016/2009 anuncia que são equiparados a autoridades os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, exclusivamente no que disser respeito a essas atribuições.

O ato impugnável por meio do mandado de segurança, portanto, é aquele praticado pela autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, o que exclui os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público. Por exemplo, admite-se impetração de mandado de segurança em face de diretor de estabelecimento particular de ensino superior, porque se entende que ele exerce função delegada de Poder Público. Em outras palavras, para estas, quando o ato praticado for regido pelo Direito Público, é possível a impetração do mandado de segurança para análise de sua legalidade ou não, no entanto, se o ato praticado corresponder a decisões estratégicas do negócio haverá restrição.

A Súmula 510 do STF observa que praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial. À guisa de exemplo, vejamos a ementa abaixo que trata da questão em matéria trabalhista.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA AUTORA. LEI Nº 13.467/2017. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA TAC. VIA ELEITA ERRADA. ATO DE GESTÃO. PRECEDENTES. (...) O ato administrativo de autoridade, referido na definição de mandado de segurança constante do artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal e do artigo 1º da Lei nº 12.016/2009, é aquele classificado como ato de império, regido pelo direito público, mediante o qual a administração impõe sua vontade ao particular. Por outro lado, os atos de gestão são aqueles em que a Administração Pública exerce conduta de natureza privada nas suas relações mantidas com o particular. É o caso dos autos, em que se pretende debater, mediante ação mandamental, suposta ilegalidade havida no Termo de Ajuste de Conduta (TAC) firmado entre o CREA/SP e o Ministério Público. A legalidade deste ato não é passível de exame por meio de mandado de segurança, porque não decorre do agente público no exercício da autoridade pública. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST – AIRR: 10018092320165020048, Relator: Claudio Mascarenhas Brandao, Data de Julgamento: 25/8/2021, 7ª Turma, Data de Publicação: 3/9/2021)

Para Hely Lopes Meirelles, ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las, seja de qualquer categoria ou função.¹⁹⁵

Os atos administrativos, por sua vez, são manifestações unilaterais de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenham por objetivo imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.¹⁹⁶

Os atos administrativos podem ser classificados como simples, complexos e compostos.

Os simples são aqueles que decorrem da manifestação de vontade de um único órgão. Os complexos são aqueles que emanam de diversos órgãos, constituindo-se na conjunção de vontades de órgãos distintos. Os compostos são aqueles que emanam de um único órgão, mas dependem da verificação, por parte de outro, para tornar-se exequível.¹⁹⁷

Quanto à questão de atos administrativos complexos, vejamos o seguinte acórdão que trata de aposentadoria no serviço público:

MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. ATO COMPLEXO. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. LEGALIDADE. Na espécie, cuida-se de writ impetrado face a ato do presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que promoveu a exclusão de parte dos proventos de aposentadoria da impetrante. Inexistência de decadência administrativa, considerando que a aposentadoria é ato complexo, que só se perfectibiliza com o registro junto a Corte de Contas, nos termos do artigo 71, III, da CRFB/88. Precedentes do E. STF e E. TJRJ. Impetrante que busca a incorporação pelo exercício de função gratificada. Impossibilidade diante da ausência de direito que alicerce a sua pretensão. Inexistência de lei municipal a garantir a incorporação. Ilegalidade que não ocorre, eis que nos termos da súmula vinculante nº 3 do E. STF, desnecessário se falar em contraditório e ampla defesa. Ordem denegada, nos termos do voto do Desembargador Relator. (TJ-RJ – MS: 00025645920148190000 RIO DE JANEIRO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Relator: CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR, Data de Julgamento: 29/2/2016, OE – SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 10/3/2016).

Ainda quanto a mandado de segurança individual impetrado contra atos administrativos complexos, a jurisprudência inclina-se a exigir que sejam notificadas todas as autoridades que participaram da elaboração do respectivo ato, em litisconsórcio necessário, o que torna a eventual concessão da segurança mais demorada, além de gerar deslocamento da competência.

¹⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016, 42ª edição, p. 856.

¹⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016, 42.ª edição, p. 856.

¹⁹⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR. 3.ª edição, 2010, p. 145.

No que tange ao ato administrativo composto, muito embora haja controvérsia doutrinária e jurisprudencial, a corrente majoritária é no sentido de que basta que seja notificada a autoridade coatora que tenha praticado o ato essencial.

A Lei 12.016/2009 estabelece, no *caput* do art. 6º, que o impetrante apresentará sua petição inicial em duas vias, ambas instruídas com os documentos necessários à prova de seu direito líquido e certo. Nessa petição indicará o impetrante não apenas quem foi a autoridade coatora, mas também qual o órgão ao qual referida autoridade encontra-se vinculada ou exerce suas atribuições. Nos termos do parágrafo 3º da referida lei, considera-se coatora ou aquela que praticou o ato impugnado ou aquela da qual emanou a ordem para sua prática.

O parágrafo 2º, do art. 14, da Lei 12.016/2009 estende à autoridade coatora o direito de recorrer da decisão que denegue ou conceda a segurança. Para o direito processual civil caberá apelação. Para o processo do trabalho contra a sentença de primeiro grau ou o acórdão de segundo grau que julgue mandado de segurança cabe recurso ordinário, nos termos do art. 895 da Consolidação das Leis do Trabalho.

5.2. Ilegalidade ou abuso de poder

A doutrina tem entendido que há ilegalidade ou abuso de poder nas seguintes circunstâncias: a) houver lei que proíba sua realização ou a determine; b) não haja lei que atribua competência para praticá-lo ou – ao contrário – haja o dever de praticá-lo; c) contrarie lei expressa, regulamento ou princípio de direito público; desrespeito aos princípios ou a normas constantes do art. 37 da Constituição Federal e outros, consagrados pelo direito; d) não estiver incluído nas atribuições legais do agente, ou estando incluído, houver omissão; e) existir usurpação de funções, abuso de funções ou invasão de funções; f) houver vício de competência, de forma, objeto, motivo ou finalidade; h) estiver em desacordo com a norma legal ou decorrer de norma ilegal ou inconstitucional.¹⁹⁸

Na visão de Hely Lopes Meirelles, o abuso de poder ou abuso de autoridade é gênero que se divide em suas espécies, quais sejam, a) excesso de poder e b) desvio de finalidade. Ocorre excesso de poder nas hipóteses de a autoridade – ainda que competente – exceder no uso de suas faculdades administrativas, fato que invalida o ato, porque a ação exercida em nome da Administração Pública foi executada fora dos limites permitidos pela lei, colocando a conduta do administrador público na ilegalidade. Verifica-se o desvio de finalidade, por sua vez, nas situações em que a autoridade, muito embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por

¹⁹⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR. 3. edição, 2010, p. 142.

motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público, praticando o administrador público fins não desejados pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.¹⁹⁹

5.3. Direito líquido e certo

José da Silva Pacheco afirma que *“líquidos são os direitos quando a sua existência é atestada sem incertezas ou dúvidas, quando o paciente mostra que a sua posição legal é evidente, sem precisar para mostrá-lo de diligências e delongas probatórias”*²⁰⁰.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, direito líquido e certo é aquele o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração – ou seja, pressupõe fatos incontroversos, demonstrados de plano por prova pré-constituída, por não admitir dilação probatória.²⁰¹

A expressão *direito líquido e certo* remete à ideia de situação fática que não admite dilação probatória nos autos do próprio mandado de segurança, motivo pelo qual o titular tem que demonstrar, desde a petição inicial, que inexistente incerteza a respeito dos fatos e do ato ilegal ou o do abuso que o violou. Há a necessidade de os fatos constitutivos do direito afirmados pelo impetrante serem comprovados por prova documental pré-constituída, já na petição inicial, pois não haverá dilação probatória.

6. Classificação do mandado de segurança individual conforme o momento da impetração

Dependendo do momento da impetração do mandado de segurança, a medida a ser concedida ganha caráter preventivo ou repressivo. Será preventivo, quando houver ameaça de lesão a direito e repressivo, quando a efetiva lesão já ocorrer.

O **mandado de segurança preventivo**, em regra, será considerado declaratório, limitando-se o juiz a afirmar que o impetrante assiste razão e que não poderá ter seu direito ofendido.

7. Prazo para a impetração

O art. 23 da Lei 12.016/2009 estabelece que o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato

¹⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016, 42ª edição, p. 121-122.

²⁰⁰ PACHECO, José da Silva. Mandado de Segurança. In: **Enciclopédia Saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva. V. 51.

²⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016, 42ª edição, p. 856.

impugnado. Esse artigo foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4296, cujo julgamento, efetivado em 9 de junho de 2021, pugnou por sua constitucionalidade.

Trata-se de prazo decadencial, nesse sentido, o próprio parágrafo 6º, do art. 6º, da Lei 12.016/2009 assim o qualifica. A Súmula 430 do STF frisa que, em virtude de sua natureza decadencial, o prazo de 120 do mandado de segurança **não se suspende nem se interrompe**, nem mesmo pode ser objeto de pedido de reconsideração administrativa.

Na hipótese de mandado de segurança preventivo, a doutrina tem entendido que – via de regra – não há como falar em prazo decadencial para sua impetração em razão de dificilmente ser possível demonstrar em que momento o impetrante efetivamente sentiu ameaçado o seu direito líquido e certo.

Quanto a terceiros, o prazo começa a fluir não da data em que a parte foi cientificada do ato, mas do momento em que o terceiro teve real conhecimento do ato inquinado como abusivo. O art. 3º da Lei 12.016/2009 garante ao titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente, em que o exercício desse direito submete-se ao prazo decadencial fixado no art. 23 da mencionada lei, contado da notificação.

Ao julgar a ADI 4296, o STF entendeu constitucional a existência de prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança, com espeque na Súmula 632 da Corte.²⁰²

Por fim, quanto a esse item, não se aplica ao prazo de cento e vinte dias para a impetração do mandado de segurança a contagem em dias úteis estabelecida no CPC (art. 219) e na CLT (art. 775), pois não se trata de prazo de natureza jurídica processual.

8. Decisão do Supremo Tribunal Federal quando à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4296

O Supremo Tribunal Federal declarou, na sessão plenária do dia 9 de junho de 2021, por maioria de votos, a inconstitucionalidade de dois dispositivos da Lei 12.016/2009.

A ação foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e foi considerada inconstitucional a disposição que proibia a concessão de liminar para a compensação de créditos tributários e para a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, além da reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (o artigo 7º, parágrafo 2º).

²⁰² **Súmula 632 do STF** – É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.

Também foi declarada a inconstitucionalidade da exigência de oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público como condição para a concessão de liminar em mandado de segurança coletivo (artigo 22, parágrafo 2º da lei).

Com base na Súmula 512 do STF, declarou-se a constitucionalidade do artigo 25 da Lei 12.016/200, que trata de honorários de sucumbência. O dispositivo em ataque não se refere a honorários contratuais, não houve – portanto – no entender do ministro relator, ataque à liberdade de atuação da classe dos advogados.

Conforme dito alhures, o prazo decadencial também foi considerado constitucional com alicerce na Súmula 632 do STF.²⁰³

9. Hipóteses de não cabimento do mandado de segurança

O art. 5º da Lei 12.016/2009 prevê o não cabimento do mandado de segurança contra *ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo e de decisão judicial transitada em julgado.*

10. Da denegação da segurança

Diz o parágrafo 5º, do art. 6º, da Lei 12.016/2009, que será denegado o mandado de segurança nos casos previstos pelo antigo art. 267 do Código de Processo Civil, atual artigo 485 do diploma processual civil. Causa estranheza a redação do artigo, pois ao denegar a segurança estaria o magistrado a adentrar no mérito da causa e, portanto, a extinção seria com resolução de mérito e não sem. Na prática a terminologia tem sido respeitada. Destarte, o magistrado ao extinguir o feito sem resolução do mérito denega a segurança, nos termos do parágrafo 5º do artigo em comento.

11. Da Liminar

A maior parte da doutrina entende que a natureza jurídica da concessão de medida liminar é acautelatória.

²⁰³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3755382> Acesso em: 2 de agosto de 2021.

Sobre esse assunto discorre Manoel Antonio Teixeira Filho²⁰⁴ que “a liminar deferida em ação de segurança possui, pois, natureza cautelar, ainda que – como afirmamos – não haja aí um processo cautelar. Ela não tende, como pensam alguns estudiosos, à antecipação dos efeitos inerentes à sentença de mérito, ou seja, não visa a satisfazer o direito subjetivo material do impetrante, e sim a assegurar a própria prestação da tutela jurisdicional”.

Em outras palavras, o juiz ao conceder a liminar não analisa o mérito da ação, limita-se a verificar os riscos de lesão ao direito, caso o ato seja realmente ilegal ou abusivo. Verificando o magistrado a existência de perigo na demora e fumaça do bom direito, defere a liminar para, posteriormente, analisar o mérito da questão.

O inciso III, do art. 7º, da Lei 12.016/2009 estabelece que ao despachar a inicial o juiz determinará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Em resumo, são dois os requisitos para a concessão da liminar previstos na lei: a) fundamento relevante indicado no exórdio e, b) quando a manutenção do ato impugnado puder resultar na ineficácia da sentença, quando vier finalmente a ser prolatada.

Nos termos do art. 9º, da Lei 12.016/2009, as autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao advogado-geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

O art. 7º da lei sob comentário determina que os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença e o § 4º declara que deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

A Súmula 405 do STF afirma que o fato de uma liminar ser concedida não impede uma futura decisão de mérito de forma contrária ao impetrante. Se isso ocorrer, a liminar deixa de existir desde o seu nascimento (efeito *ex tunc*).

Hely Lopes Meirelles lembra que uma vez concedida a liminar, a ordem de suspensão do ato impugnado tem efeito mandamental e imediato, não podendo ser impedida sua execução, salvo pelo presidente do tribunal competente para apreciação da decisão inferior (art. 15) ou por

²⁰⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR. 3. edição, 2010, p. 230.

decisão em agravo de instrumento tirado contra ela (§ 12 do art. 72). No direito do trabalho, em sede de tribunal regional ou tribunal superior, a concessão da liminar desafia agravo interno (e não agravo de instrumento). O art. 16 da Lei 12.016/2019 que diz que nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, e da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre. A doutrina entende que se trata do agravo interno (ou regimental).

A questão fica quanto ao primeiro grau, visto que não seria possível utilizar o agravo de instrumento por força do art. 893 da CLT nem tampouco seria plausível mandado de segurança de mando de segurança, por força da jurisprudência dominante no TST. Senão vejamos:

OJ 140 da SDI-2 do TST MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LIMINAR, CONCEDIDA OU DENEGADA EM OUTRA SEGURANÇA. INCABÍVEL. (ART. 8º DA LEI Nº 1.533/51). Não cabe mandado de segurança para impugnar despacho que acolheu ou indeferiu liminar em outro mandado de segurança.

Alguns têm entendido que não cabe nenhuma medida de imediato e que o interessado deveria aguardar a decisão final para recorrer ordinariamente (RO previsto no art. 895 da CLT), corrente à qual me filio. Há alguns tribunais, entretanto, que aceitam o agravo de instrumento como medida correta para semelhante impugnação, haja vista a Súmula 20 que diz que “*contra decisão que aprecia liminar em mandado de segurança, ajuizado em primeiro grau, cabe agravo de instrumento, previsto no artigo 7º, § 1º, da Lei 12.016/2009, a ser interposto no juízo de origem*”.

Manoel Antonio Teixeira Filho sugere o cancelamento da OJ 40 da SDI2 do TST para permitir mandado de segurança de mandado de segurança nessas hipóteses.²⁰⁵

Arnold Wald ressalta que a dicção imperativa do art. 7º, *caput* e inc. III, da Lei nº 12.016, não confere ao magistrado *liberdade* para escolher entre o deferimento ou o indeferimento da liminar: presentes os pressupostos legais do art. 7º, III, da Lei nº 12.016, o caso é de *necessário deferimento*; ausente um dos pressupostos, o indeferimento é inescapável.²⁰⁶

O art. 15 da Lei nº 12.016/09 possibilita que, a pedido da pessoa jurídica de direito público interessada, seja suspensa a execução da liminar ou da sentença, pelo presidente do Tribunal a que couber o julgamento do recurso, sendo esse ato agravável para o mesmo tribunal. Segundo Arnold Wald, a suspensão ou não pelo presidente se dá por um juízo eminentemente *político*, não jurídico, que visa mais à preservação de valores essenciais e do bom atendimento da sociedade pela máquina pública do que da questão jurídica em si, a ser avaliada caso a caso.

12. Da sentença e da coisa julgada em mandado de segurança

²⁰⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR. 3. edição, 2010, p. 287.

²⁰⁶ WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**/Arnoldo Wald; com a colaboração de Mário Henrique de Barros Dorna. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 210-214.

Concedida ou não a liminar, caberá – ao juiz em primeiro grau e à turma nos tribunais – analisar o mérito do mandado de segurança, concedendo ou não a medida.

Se for concedida a medida liminar e o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem, será decretada *ex officio* a perempção ou caducidade da medida.

Quanto à possibilidade ou não de renovação da ação em sede de mandado de segurança ou mesmo de ação própria escreve José Rogério Cruz e Tucci:

(...) sempre que a respectiva sentença não transitar materialmente em julgado, o interessado poderá impetrar sucessivo mandado de segurança ou, ainda, ajuizar ação de cognição plenária, sobretudo se esta caracterizar-se por diferente ou mesmo por pedido mais amplo. O reconhecimento de que o impetrante não possui “direito líquido e certo” não o impede de buscar tutela jurisdicional sobre a mesma relação jurídica por meio de outra ação na qual se possa produzir a prova que é vedada no âmbito do procedimento do mandado de segurança (v., nesse sentido, Alfredo Buzaid, *Do mandado de segurança*, vol. 1, cit., p. 251 e segs.; Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 107 e segs.).²⁰⁷

Nesse mesmo sentido, a Súmula 304 do STF declara que *decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria*. O art. 19 da Lei 12.016/2009 corrobora tal entendimento e diz que a sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Entretanto, ao contrário, se houver análise meritória e o juízo concluir pela inexistência do direito subjetivo invocado, haverá possibilidade de ocorrência de trânsito em julgado material.

13. Recursos cabíveis

A competência para processar e julgar o mandado de segurança poderá variar conforme a autoridade coatora, o que impacta nos recursos a serem interpostos.

Via de regra, tem-se que, para o direito comum, da decisão que concede ou denega a liminar, caberá agravo de instrumento (art. 7º §1º – Lei 12.016/2009), mas a matéria é controvertida no direito do trabalho. Entendo que por ser decisão interlocutória e por força do art. 893 da CLT nenhum recurso é cabível de imediato, cabendo à *posteriori* recurso ordinário quando da decisão terminativa ou definitiva. Há, entretanto, tribunais como o TRT-6 que por meio de sua Súmula 20 declarou caber o agravo de instrumento nos termos da Lei 12.016/2009.

No processo do trabalho, da sentença e do acórdão prolatado pelo tribunal regional em competência originária, concessiva ou denegatória da segurança, caberá recurso ordinário, nos termos do art. 895 da CLT.

Do acórdão denegatório da segurança proferido em única instância pelo Tribunal Superior do Trabalho, caberá Recurso Ordinário Constitucional ao STF.

²⁰⁷ Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2015-abr-14/paradoxo-corte-subsidios-interpretacao-coisa-julgada-mandado-seguranca>

Acesso em: 2 de agosto de 2021.

Convém frisar que concedida a segurança, a sentença está obrigatoriamente vinculada ao duplo grau de jurisdição para reexame necessário.

14. Execução

A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar, inteligência do art. 14 da Lei 12.016/2009.

O art. 26 da Lei 12.016/2019 diz que constitui crime de desobediência o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

Manoel Antônio Teixeira Filho destaca singularidades da fase de execução do mandado de segurança em seara trabalhista. São elas: via de regra, o mandado de segurança diz respeito a obrigações de fazer; na maior parte das vezes, a sentença executiva de segurança não se submete aos artigos 632 a 640 do CPC, pois apenas é remetido o ofício para a autoridade coatora nos termos do art. 13 da Lei 12.016/2009 (não há citação), podendo a ciência ser feita pelos correios ou por oficial de justiça (e, atualmente, por meios eletrônicos de comunicação judicial); a autoridade coatoa não poderá oferecer embargos à execução por não se tratar de execução forçada no sentido tradicional.²⁰⁸

15. Conclusão

O instituto mandado de segurança, com esta denominação, é uma construção pátria decorrente diretamente da doutrina brasileira do *habeas corpus*, entretanto, a ideia de proteção das garantias individuais contra atos ilegais e abusivos perpetrados por abuso de autoridade pública é uma ideia mundial que remonta ao século XII.

Não basta ao texto constitucional enumerar as garantias e direitos fundamentais do indivíduo, mister se faz dotar o cidadão de mecanismos capazes de exigir o cumprimento dessas medidas pelo Estado.

O Brasil vem aperfeiçoando o instituto do mandado de segurança com o passar dos anos e mesmo a Lei 12.016/2009 já foi atualizada no decorrer de seus 12 anos de existência para benefício dos jurisdicionados.

Nas palavras de Arnold Wald:

²⁰⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR. 3ª edição, 2010, p. 305.

(...) o valor do mandado de segurança consiste justamente em apontar as falhas existentes no sistema administrativo, para que possam ser corrigidas. A jurisprudência do mandado de segurança, nos últimos oitenta anos, revela-nos todo o problema da administração brasileira nos diversos campos das suas relações com os funcionários, com os contribuintes, com os fornecedores do Governo e com os próprios governantes.²⁰⁹

Na seara trabalhista, o mandado de segurança tem auxiliado a corrigir tensões entre empregados e empregadores e solucionar de imediato abusos que trariam dano irreparável para aqueles que dependem de decisões imediatas para se manterem vivos, ante o caráter alimentar das verbas pleiteadas em juízo.

16. Referências

JENKS. Edward. **The Prerogative Writs in English Law**. The Yale Law Journal, Apr., 1923, Vol. 32, No. 6 (Apr., 1923), pp. 523-534. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/789568?seq=1#metadata_info_tab_contents . Acesso em: 1º de julho de 2021.

OLIVEIRA. Francisco Antonio de. **Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

RODRIGUES, Marco Antonio; QUEIROZ, Pedro Gomes de. **História da Apelação no Reino de Portugal**. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_1005_1028.pdf. Acesso em: 9 de julho de 2021.

Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/antecedentes-historicos-del-amparo-en-el-derecho-mexicano-y-colombiano/>. Acesso em: 10 de julho de 2021.

Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34619>. Acesso em: 3 de julho de 2021.

TORRES, Alberto.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15594/14465>. Acesso em: 2 de julho de 2021.

Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181231/000390182.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 2 de julho de 2021.

WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**/Arnoldo Wald; com a colaboração de Mário Henrique de Barros Dorna. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-191-16-janeiro-1936-543259-publicacaooriginal-53414-pl.html>. Acesso em: 3 de julho de 2021.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-6-16-novembro-1937-354233-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 4 de julho de 2021.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 9 de julho de 2021.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016.

²⁰⁹ WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**/Arnoldo Wald; com a colaboração de Mário Henrique de Barros Dorna. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 238.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR. 3. edição, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016, 42. edição.

Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2015-abr-14/paradoxo-corte-subsidios-interpretacao-coisa-julgada-mandado-seguranca>. Acesso em: 2 de agosto de 2021.

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3755382>. Acesso em: 2 de agosto de 2021.

Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2015-abr-14/paradoxo-corte-subsidios-interpretacao-coisa-julgada-mandado-seguranca>. Acesso em: 2 de agosto de 2021.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO TRABALHISTA

WORD OF SAFETY COLLECTIVE LABOR

Ivani Contini Bramante.²¹⁰

Resumo: O mandado de segurança constitui meio fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, para a tutela de direitos individuais homogêneos e coletivos, em consonância com os mais avançados princípios do sistema processual de efetivação e uniformização de tutela coletiva.

Abstract: The writ of mandamus is a fundamental means provided for in the Constitution for the protection of rights, with the Constitution of 1988 providing for the possibility of its use for the protection of collective rights, in accordance with the most advanced principles that manage the procedural system, especially considering the need for effective collective protection, as a means of guaranteeing legal certainty and uniformity of decision.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Direito do Trabalho.

Keywords: Writ of Mandamus. Labor Law.

Sumário: 1. Escorço histórico; 2. Mandado de segurança coletivo. Conceito. Natureza jurídica. Divisão individual e coletivo; 3. Mandado de segurança coletivo. Objeto e pressupostos; 4. Mandado de segurança coletivo; 4.1 Legitimidade; 4.2. Mandado de segurança coletivo. Limites da legitimação das associações e sindicatos; Critério da pertinência temática institucional estatutária; 4.3. Mandado de Segurança Coletivo. Legitimidade do Ministério Público e do terceiro juridicamente interessado; 4.4. Mandado de segurança coletivo. Limites a Legitimação da Defensoria Pública; 4.5 Mandado de segurança coletivo. Legitimidade passiva; 5. Mandado de segurança coletivo. Pedido de suspensão de execução de liminar e/ou de sentença. Restrições a concessão de liminares. Teste de ponderação; 5.1 Pedido de suspensão de execução de liminar e/ou de sentença. Restrições a concessão de liminares; 5.2 Das inconstitucionalidades e constitucionalidades da Lei 12.016/09; 5.3 Teste de ponderação; 6. Mandado de segurança coletivo e a coisa julgada secundum eventum litis e coisa julgada secundum eventum probationis. Crime de desobediência a ordem mandamental; 7. Mandado de segurança coletivo. Litispendência e desistência nas ações individuais; 8. Decadência. Prazo para impetração; 9. Honorários advocatícios no mandado de segurança; 10. Mandado de segurança coletivo trabalhista. Competência e Casuísticas; 10.1. Mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato. Registro sindical no Ministério do Trabalho; 10.2. Mandado de segurança coletivo preventivo. Manutenção do registro sindical no Ministério do Trabalho; 10.3. Mandado de segurança impetrado pelo Sindicato contra lei em tese; 10.4. Mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato. Extensão de parcela aos servidores inativos; 10.5 Mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato. Ato praticado pelo Presidente do Tribunal de retirada de

²¹⁰ Desembargadora Federal do Trabalho. Doutora pela PUC/SP. Especialista em Relações Coletiva Comparada pela OIT. Professora convidada do Instituto Jus Gentium Conimbrigae de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Professora Titular da Cadeira de Direito do Trabalho Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

projeto de lei, sem pedido de referendo posterior ao Órgão Especial. Usurpação de competência; 10.6 Mandado de segurança coletivo impetrado por Sindicato patronal. Coibição de Fiscalização. Coisa julgada e litispendência. Eficácia das sentenças proferidas em mandado de segurança e ação civil pública; 10.7. Mandado de segurança coletivo. Desconto de contribuição previdenciária. Ação de pedido de devolução do desconto realizado pelo empregador de 11% sobre a complementação de aposentadoria paga diretamente pelo empregador; 10.8. Mandado de segurança coletivo impetrado por Sindicato patronal. Critério para contratação de aprendiz; 10.9. Mandado de segurança coletivo. Portarias do MTE declaradas nulas por Tribunal Regional Federal. Nulidade de auto de infração; 10.10. Pedido de suspensão de liminar em Mandado de segurança coletivo impetrado por Sindicato patronal contra ato do Executivo de restrições de funcionamento do comércio na pandemia COVID 19 – STF/5456 MC / SP; 10.11. Mandado de segurança impetrado por Associação de motoristas por aplicativos Contra Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju. Equipamentos de Proteção e COVID 19. TRT/SE MSCiv 0000213-28.2020.5.20.0000; 10.12. Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela Ordem dos Advogados contra o Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Guarulhos. Proibição de participação de advogados e clientes no mesmo espaço físico nas audiências telepresenciais. 10.13. Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela Ordem dos Advogados contra o Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Guarulhos. Proibição de participação de advogados e clientes no mesmo espaço físico nas audiências telepresenciais. 11. Referências.

1. Escorço histórico

O instituto do Habeas Corpus, Lei 221 de 1894, por influência de Ruy Barbosa teve o seu espectro ampliado na prática, para uso também na defesa dos direitos individuais civis. A reforma constitucional de 1926 determinou o fim do Habeas Corpus Civil. A Constituição de 1934 criou o mandado de segurança. No Estado Novo, em 1937, o *mandamus* deixou de ser um remédio constitucional para possuir previsão apenas legal (Lei nº 191). A Carta de 1946 (art. 141, § 24) restaurou a garantia do *mandamus*, para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. Assim, foram acrescidas as expressões: “não amparado por habeas corpus”, para evidenciar a utilização na esfera civil; “abuso de poder”, para caracterizar os atos praticados com desvio ou excesso de poder; e substituiu os adjetivos “certo e incontestável” pela locução “líquido e certo”. A Lei 1533/51 que regulamentou o mandado de segurança.

A Carta de 1988 (art. 5º, incisos LXIX e LXX): manteve o mandado de segurança como *writ* constitucional para proteção a direito não amparado por habeas corpus ou habeas data; alargou o conceito de autoridade coatora, para alcançar os atos de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; criou o mandado de segurança coletivo conferindo legitimidade às entidades associativas, por representação processual e quando

autorizadas, defender os direitos individuais dos seus associados (art. 5º, inciso XXI, CF/88); em substituição processual e em nome próprio, defender os direitos coletivos de todos os seus associados, dispensada a relação dos substituídos (art. 5º, inciso LXX, CF/88).

2. Mandado de segurança coletivo. Conceito. Natureza jurídica. Divisão individual e coletivo

Quanto ao conceito e natureza jurídica, o mandado de segurança é a ação civil constitucional, de rito sumaríssimo, pela qual qualquer pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

A Carta Federal de 1988, inovou a ordem jurídica com o instituto do mandado de segurança coletivo, no artigo 5º, LXIX:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

O artigo 5º, LXX estatui que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A Lei 12.016/09 estabelece o alcance da defesa dos direitos individuais homogêneos e coletivos:

“Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.
Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

O mandado de segurança individual é cabível para proteger direito individual heterogêneo e não simples interesse, e deve pertencer ao próprio impetrante, pois é vedado o pleito em próprio nome de direito alheio. Não há na ordem jurídica previsão expressa de manejo do mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos, embora admitida pela jurisprudência no julgamento do STF/RE 196.184/AM: “é cabível o ajuizamento de mandado de segurança coletivo para defender direitos difusos”, sendo vedada a utilização do mandado de segurança coletivo em substituição à ação popular (STF/Súmula 101).

3. Mandado de segurança coletivo. Objeto e pressupostos

Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser individuais homogêneos, coletivos e difusos. O objeto do mandado de segurança é a anulação do ato ilegal ou a prática de ato omissivo ou comissivo da autoridade coatora. Não há execução forçada no mandado de segurança, e caso concedida a ordem, sua natureza é mandamental, que se dará por ofício do juiz à autoridade para que anule o ato ou pratique o ato solicitado.

O mandado de segurança não é medida adequada para pleitear prestações indeterminadas, genéricas, fungíveis ou alternativas. O objetivo da ação mandamental é o exercício de um direito determinado e não a sua reparação econômica, como assentado na jurisprudência STF/Súmula 269: “o mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança”.

Além dos pressupostos processuais e das condições da ação exigíveis em qualquer procedimento, são pressupostos específicos do mandado de segurança: a) ato de autoridade coatora; b) ilegalidade ou abuso de poder; c) lesão ou ameaça de lesão; d) direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data.

a) Ato de autoridade coatora: considera-se ato de autoridade todo aquele que for praticado por pessoa investido de uma parcela de poder público. Equiparam-se às autoridades os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de

entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, conforme STF/ Súmula 510 "*praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial*".

É contra a autoridade responsável pelo ato que se impetra o mandado de segurança e não contra a pessoa jurídica. Nos atos complexos, havendo mais de uma autoridade todas devem ser citadas pois o desfazimento do ato coator exigirá a mesma participação. Autoridade coatora será aquela que determinou a execução, com poderes decisórios de desfazimento. Assim, o simples executor material do ato não detém legitimidade, porque não participa da sua formação, salvo se cumpriu ato manifestamente ilegal, caso em que responderá juntamente com quem o determinou. Na hipótese de ato omissivo do poder público, considera-se autoridade coatora aquela que a lei indica como competente para praticar o ato.

b) Da ilegalidade ou abuso de poder: Os atos administrativos são ilegais por vícios quanto ao sujeito, ao objeto, ao motivo, à finalidade e à forma. Ainda, na forma do artigo 5º, da Lei 12.016/09 não se concederá mandado de segurança quando se tratar: de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; de decisão judicial transitada em julgado.

Não cabe mandado de segurança contra lei em tese, tampouco contra atos legislativos, projeto de emendas e de leis flagrantemente inconstitucionais, em que há um controle prévio de constitucionalidade e os atos *interna corporis*²¹¹.

Excepcionalmente, o STF admitiu o crivo judicial dos atos legislativos:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, RELATIVO À TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIVERSAS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *PRELIMINAR:*

²¹¹ Rodapé Hely Lopes Meirelles que ensina que: “*interna corporis* são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva deliberação do Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação dos poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares etc.) e a valoração das votações”.

IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO AOS FUNDAMENTOS REGIMENTAIS, POR SE TRATAR DE MATÉRIA INTERNA CORPORIS QUE SÓ PODE ENCONTRAR SOLUÇÃO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO, NÃO SUJEITA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO; CONHECIMENTO QUANTO AO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. MÉRITO: REAPRESENTAÇÃO, NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA, DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DO PODER EXECUTIVO, QUE MODIFICA O SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, ESTABELECE NORMAS DE TRANSIÇÃO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS (PEC 33-A, DE 1995). (STF, MS 22503 / DF – DISTRITO FEDERAL, Relator (a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno, DJ 06-06-1997 PP-24872).

Obviamente, não pode o Poder Judiciário substituir a deliberação do Poder Legislativo. Entretanto, cabe-lhe a análise de questão constitucional atinente ao devido processo legal legislativo, que deve obedecer às disposições constitucionais, legais e regimentais.

c) Lesão ou ameaça de lesão de direito: A lesão ou ameaça a direito constitui pressuposto do mandado de segurança, que pode ser repressivo, quando a lesão já se concretizou, ou preventivo quando haja apenas ameaça de lesão, sem o qual não se configura o interesse de agir.

d) Direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data: direito líquido e certo é aquele manifesto quanto a sua existência, delimitado quanto a sua extensão e apto para ser exercido no momento de sua impetração. Assim, não cabe mandado de segurança contra atos preparatórios de decisão posterior, ou pareceres. No caso de mandado preventivo, a ameaça só é concreta e real quando a decisão já foi emitida, embora ainda não executada. Considera-se a existência de certeza jurídica quando o direito decorra de norma legal expressa, porque a questão de direito, ainda que complexa, comporta interpretação e aplicação na via judicial.

O requisito para a impetração do mandado de segurança é a ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada de plano e documentalmente pelo impetrante na petição inicial. Há um único caso em que se admite a produção de provas em mandado de segurança, no artigo 6^a, §1^o, da Lei 12.016/09:

“no caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o

prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. “

Não cabe mandado de segurança diante da incerteza sobre os fatos, devendo a parte pleitear seus direitos através de ação própria com ampla dilação probatória. Afirma-se que não há certeza jurídica quando o direito se funda em analogia, equidade ou princípios gerais de direito. Registe-se uma exceção: quando se trata de princípios implícitos constitucionais, em decorrência, especialmente, do artigo 5º, § 2º, pelo qual *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*. Nesse sentido dispõe a Súmula 625, do C. STF, pela qual *“controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”*.

4. Mandado de segurança coletivo

4.1. Legitimidade

A parte legítima ativa para impetração do mandado de segurança é a pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, órgão público ou universalidade patrimonial, titular de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão. No mandado de segurança coletivo há hipóteses constitucionais de legitimação ordinária e extraordinária, pois pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Quanto a legitimidade para mandado de segurança coletivo dos partidos políticos há duas correntes uma ampla outra restrita A corrente ampla afirma que o texto constitucional agasalha uma legitimação universal dos partidos políticos á impetração do mandado de segurança coletivo, logo não estariam restritos aos direitos dos seus filiados. Diferente da regra estabelecida aos Sindicatos e associações de classe em que o texto constitucional empregou a expressão *“em defesa dos interesses de seus membros ou associados”*.

A corrente restritiva, fundada no critério da pertinência temática, institucional estatutária, vem inaugurada no julgado STJ/MS 197/ DF, DJ 20/08/90, que demarca restrições subjetivas, material e procedimental, pois quando o comando constitucional autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no

sentido de defender os seus filiados; em questões políticas e quando autorizado por Lei ou pelo Estatuto.

Os julgados STF/MS 22.764-QO/DF, Min. Néri da Silveira e STF/ RE196.184/AM, Min. Ellen Grace negaram legitimação universal ao partido político para impetração mandado de segurança coletivo na defesa de direitos ou de interesses difusos da sociedade civil. No julgado STF/MS 22.800/DF, Min. Carlos Velloso, o mandado de segurança não foi conhecido, porque impetrado por parlamentares federais contra ato do Presidente da República (Decreto de 06.03.97). No julgado STF/MS 34.609-MC/DF, Min. Celso de Mello e STF/RE 196.184/AM, Min. Ellen Gracie verifica-se o limite para a defesa de direitos difusos: *“o partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo.”*

No julgado ST/MS 34.196/DF, o Min. Roberto Barroso fundamentou que o artigo 21, da Lei nº 12.016/2009, em concretização razoável do art. 5º, LXX, da Constituição, somente atribui a partido político a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos coletivos e individuais homogêneos, ainda é *“no mínimo discutível o cabimento de mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos difusos”*. No julgado STF/ MS 36.620, de 14/08/19, o Min. Lewandowski negou seguimento ao mandado de segurança destinado a obstar nomeação de filho do Presidente a República a embaixada, onde cita outros precedentes STF/MS 33.78/DF Min. Carmem Lucia; STF/RE 566928/RJ Min. Ayres Brito.

Em suma, a restrição à legitimidade dos partidos políticos vinculado apenas a tutela de direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, tende a evitar o uso político do mandado de segurança; a judicialização excessiva de questões governamentais e parlamentares, facilmente enquadradas como direitos difusos da sociedade brasileira, em prejuízo à separação dos poderes e ao funcionamento da democracia.

4.2. Mandado de segurança coletivo. Limites da legitimação das associações e sindicatos. Critério da pertinência temática institucional estatutária

No mandado de segurança coletivo as entidades associativas devem: (a) ser legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano; (b) atuar na forma de seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades; (c) possuir vínculo de

pertinência temática, vinculado ao objeto da impetração e a atividade da entidade; (d) garantia da representatividade adequada; (e) defender a totalidade ou parcela dos membros ou associados; (f) não exige autorização especial dos substituídos.

Os requisitos para as associações, organizações sindicais e entidades de classe impetrar mandado de segurança, devem além de obedecer ao critério da pertinência temática, institucional estatutária devem mostrar a representatividade adequada. Embora possam agir em favor dos associados independe da autorização destes (STF/Sumula 629); ainda veicular pretensão de apenas a uma parte da respectiva categoria (STF/ Súmula 630).

4.3. Mandado de segurança coletivo. Legitimidade do Ministério Público e do terceiro juridicamente interessado

O Ministério Público possui legitimidade ativa para a impetração de mandado de segurança coletivo, mesmo diante da sua ausência no rol constitucional dos legitimados, diante do seu papel constitucional de defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos (arts 127/129 CF/88). Quanto ao terceiro, juridicamente interessado, a Lei 12.016/09, em seu artigo 3º, autoriza ao titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.

4.4. Mandado de segurança coletivo. Limites a Legitimação da Defensoria Pública

A jurisprudência, em alguns casos, nega a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva:

EMENTA Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida cautelar. Referendo. Ato do Poder Executivo do Estado da Paraíba. Redução, no Projeto de Lei Orçamentária de 2014 encaminhado pelo Governador do Estado da Paraíba à Assembleia Legislativa, da proposta orçamentária da Defensoria Pública do Estado. Cabimento da ADPF. Mérito. Violação de preceito fundamental contido no art. 134, § 2º, da Constituição Federal. Autonomia administrativa e financeira das Defensorias Públicas estaduais. Medida cautelar confirmada. 1. A Associação Nacional dos Defensores Públicos, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não detém legitimidade ativa para mandado de segurança quando a associação e seus substituídos não são os titulares do

direito que pretende proteger. Precedente: MS nº 21.291/DF-AgR-QO, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 20/10/95. Resta à associação a via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, único meio capaz de sanar a lesividade alegada. (...) (ADPF 307 MC-Ref, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2014 PUBLIC 27-03-2014).

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FALTA DE LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. IMPETRAÇÃO GENÉRICA. DECLARAÇÃO DE DIREITO EM TESE. SEGURANÇA NORMATIVA. NÃO CABIMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O rol dos legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo previsto no art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, assim como no art. 21 da Lei nº 12.016/2009, não elenca a Defensoria Pública. 2. Considerando que a impetração se deu em nome próprio, como sustentado pela Defensoria Pública neste recurso, incabível o mandamus porquanto a pretensão consubstancia pedido de declaração, em tese, do direito, finalidade para a qual não se presta o writ. 3. Desse modo, é incabível o writ porque a Defensoria Pública não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo e também porque não se admite mandado de segurança normativo. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 49.257/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015)

O artigo 134 da Constituição Federal redação dada pela EC 80/14 atribuiu a Defensoria Pública a salvaguarda de direitos coletivos. Na ação STF/ADI 3943 (julgada em 2015, com embargos de declaração julgados em 2018) foi questionada inconstitucionalidade da lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85 que inclui a legitimidade da Defensoria Pública).

Persistem ainda, a omissão legislativa que necessita ser sanada, a respeito da legitimidade da Defensoria Pública, para o processo coletivo especial: para a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (artigo 103/CF/88) e para o mandado de segurança coletivo (Lei 12.016/09), objeto da Proposta de Emenda à Constituição 61/19. Algumas Constituições Estaduais trazem a possibilidade de o chefe da Defensoria local instaurar o controle de constitucionalidade local.

Embora não haja menção expressa à Defensoria Pública em lei específica, caso do mandado de segurança coletivo e do Habeas Corpus coletivo, o STF/HCC 143.641 teve curso no qual se discutiu a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o caso envolvesse mulheres gestantes, puérperas ou com filhos sob sua

dependência, à luz dos requisitos da Lei da Primeira Infância.

Dados da Pesquisa Nacional da Defensoria Pública do ano de 2021, revelam que as Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal e da União, no período de 2018 a 2020, ajuizaram 5.421 ações coletivas entre as várias espécies: 1.274 ações em 2018, 1.830 ações em 2019 e 2.317 ações em 2020 (<https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/>. Acesso em 23.05.2021). Dados do Cadastro Nacional de Ações Coletivas (Painel Cacol), do Conselho Nacional de Justiça revelam que, no mesmo período, foram ajuizadas mais de 200 mil ações coletivas no Brasil o que mostra que o volume de ações coletivas é pequena no comparativo, e a importância da coletivização do processo.

4.5. Mandado de segurança coletivo. Legitimidade passiva

Quanto à legitimidade passiva, a matéria é controvertida, porque é a autoridade coatora que presta as informações e cumpre o mandado, mas é a pessoa jurídica de direito público ou a de direito privado, no exercício de atribuições do poder público, quem suporta os efeitos decorrentes do mandado e não a autoridade coatora.

Há quatro posições na doutrina acerca do polo passivo no mandado de segurança: a) a primeira corrente, defendida por Hely Lopes e Alfredo Buzaid, o polo passivo é ocupado pela autoridade coatora eis que contra seu ato é impetrado o mandado de segurança; b) a segunda posição defende que no polo passivo deve constar a pessoa jurídica de direito público a qual pertence a autoridade apontada como coatora, como defende Lucia Valle Figueiredo; c) Aguiar Dias e Oton Sidon defendem que há litisconsórcio passivo entre autoridade coatora e pessoa jurídica de Direito público. d) Pondes de Miranda professa que não há polo passivo no mandado de segurança, eis que o ato questionado é da autoridade coatora, um processo sem réu.

5. Mandado de segurança coletivo. Pedido de suspensão de execução de liminar e/ou de sentença. Restrições a concessão de liminares. Teste de ponderação. Inconstitucionalidades. Teste de ponderação

5.1. Pedido de suspensão de execução de liminar e/ou de sentença. Restrições a concessão de liminares

No regime anterior da Lei do Mandado de Segurança (Lei 1.533/1951), foram

editadas várias normas (Leis 2.770/1956, 4.348/1964, e 5.021/1966) de vedação de concessão de medida liminar, dentre as quais destacam-se (a) proibição de concessão de medida liminar para efeito de reclassificação, equiparação de servidores públicos ou de concessão de aumento ou extensão de vantagens financeiras; (b) as decisões que impliquem impacto financeiro em matéria de servidor público somente seriam executadas após o trânsito em julgado; (c) a apelação e a remessa oficial eram dotadas de efeito suspensivo; (d) o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar do ajuizamento da petição inicial; (e) não se concederia liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias; (f) não seria cabível medida liminar que esgotasse, no todo ou em parte, o objeto da ação; (g) não seria cabível medida liminar que concedesse a compensação de créditos tributários ou previdenciários; (h) exigência de caução para a medida liminar seja cumprida; (h) competia ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do recurso, suspender a execução de medida liminar nas ações contra o poder público ou seus agentes, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas; (i) não cabia medida liminar para liberação alfandegária de bens vindos do exterior.

Na mesma linha, o artigo 7º, § 2º da Lei 12.016/09 comanda que não será concedida medida liminar que tenha por objeto: (a) a compensação de créditos tributários; (b) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; (c) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Ainda forma do artigo 15, da Lei 12.016/09, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença. Dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição. Indeferido o pedido de suspensão da liminar, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário, que poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. As liminares cujo

objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original (art. 15, §§ 1º e 2º, 3º e 4º, 5º)

5.2. Das inconstitucionalidades e constitucionalidades da Lei 12.016/09

A Lei 12.016/2009 que trata do mandado de segurança trouxe inúmeras restrições em violação da liberdade de atividade econômica; o amplo acesso ao Poder Judiciário e desrespeito ao exercício da advocacia. Houve propositura de ação direta de inconstitucionalidade, julgada dia 09/06/21 STF/ADI 4296, pelo Conselho Federal da OAB, em que foram impugnados os artigos 1º, 7º, III e §2º, 22, §2º, 23 e 25, resultou a seguinte conclusão:

(a) é inconstitucional o artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei 12.016/09 que proíbe expressamente a concessão de liminar para compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; e reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. De forma excepcional, o Judiciário admitia a eficácia pecuniária decorrente de decisão proferida em mandado de segurança, em caso de reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Em consonância com o artigo 7º, § 3º, da Lei 12.016/09, "a sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculo (art. 906 a 908 do CPC), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal" (atual art. 100). Com relação a atrasados anteriores ao ajuizamento da ação, devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Súmula STF/271). Doravante, devida ao julgado STF/ADI 42496 não será mais factível a busca de vantagens pecuniárias via mandamental;

(b) é inconstitucional o artigo 22, que prevê que a sentença no mandado de segurança coletivo fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou da categoria, em prestígio a tese fixada no Tema 1119, segundo a qual *"é desnecessária a autorização expressa dos associados, a relação nominal destes, bem como de filiação prévia, para a cobrança de valores pretéritos de título judicial decorrente de mandado de segurança coletivo impetrado por entidade associativa de caráter civil"*.

(c) é inconstitucional o artigo 22, parágrafo 2º, da Lei 12.016/09 que exige de oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público como condição para a concessão de liminar porque restringe o poder geral de cautela do magistrado. Há que se dar interpretação conforme à norma e determinar que *“não será concedida liminar sem a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, salvo para evitar o perecimento de direito”*.

(d) é constitucional o artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei 12.016/09 que prevê o cabimento do mandado de segurança contra atos de gestão comercial cometidos pelos administradores de empresas públicas, pois a norma diz respeito a atos de direito privado.

(e) é constitucional o artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/09 que trata da exigência de contracautela de caução, depósito ou fiança para a concessão de liminar, porque é mera faculdade do magistrado que viabiliza o exercício da jurisdição imediata, não havendo limitação ou restrição ao poder geral de cautela para a garantia do direito líquido e certo.

(f) é constitucional o artigo 23, da Lei 12.016/09 que trata do prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandado de segurança, inclusive previsto na Súmula STF/632, porque terminado o prazo previsto para a prestação jurisdicional específica mandamental, permanece a possibilidade de postulação de direitos nas vias ordinárias.

(g) é constitucional o artigo 25, da Lei 12.016/09 que trata não cabimento dos honorários de sucumbência na via mandamental, inclusive previsto na Súmula STF/512, porque não diz respeito aos honorários contratuais e não atenta contra a advocacia.

5.3. Teste de ponderação

Quanto ao juízo de ponderação das restrições legais, em regra à vedação de concessão de liminares contra o Poder Público vem amparadas na premissa de o pagamento de vantagens pecuniárias não poderiam ser deferidas, diante da falta de previsão orçamentária; o regime de precatórios; a responsabilidade fiscal; os sérios danos às finanças públicas com repercussões graves sobre os quadros econômico e social.

No julgamento do STF/ADI 223 (RTJ 132/571-572) houve o teste de ponderação, o controle jurisdicional da razoabilidade das leis restritivas do poder cautelar deferido aos juízes e tribunais fundadas no interesse público, isto porque é mister aferir as proibições legais, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição ao Poder Judiciário.

No julgado STF/ADC4 (24/8/2001) Min. Celso de Mello declarou a constitucionalidade da Lei 9.494/1997 que trouxe as restrições as liminares anteriores existentes na antiga lei do mandado de segurança porque "*justificadas por razões de interesse público.*"²¹²

No julgamento STF/ ADI 4296 houve avanço, na análise da Lei 12.016/09, restou assentada o mero juízo político de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública não serve de fundamento para obstar a concessão medida liminar em mandado de segurança ou suspensão da sua execução. Mister se faz o juízo de ponderação, proporcionalidade e razoabilidade para: assegurar o acesso a ordem jurídica justa e adequada; o exercício tutela jurisdicional cautelar pelo Estado; evitar a aniquilação do próprio direito material e esvaziar a própria utilidade e a eficácia da prestação jurisdicional.

Outra observação é que embora os mesmos motivos que conduziram à decretação de inconstitucionalidade do artigo 7º, §2º estejam presentes nos artigos 15, da Lei 12.016/09 e 12§ 1º, da Lei 7347/85, ambos não foram alvo do julgamento STF/ADI 42.496; logo acham-se em aberto ao juízo de controle da constitucionalidade abstrato e ou concreto.

6. Mandado de segurança coletivo e a coisa julgada secundum eventum litis e coisa julgada secundum eventum probationis. Crime de desobediência à ordem mandamental

O conceito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos vem o art. 81 e parágrafo único, da Lei 8078/90 (Código do Consumidor) aplicável todas as ações de expectro coletivo.

A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; interesses ou direitos individuais

²¹² Na doutrina há divergências: admitindo a restrição de medida liminar diante do interesse público: Celso Ribeiro Bastos Curso de Direito Constitucional. (São Paulo: Saraiva, 1996, p. 197), Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito Constitucional. (São Paulo: Saraiva, 1995, p. 245); José da Afonso Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 410; é inconstitucional quaisquer restrições a tutela liminar: Francisco Barros Dias. "Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares", Revista de Processo 59, p. 125-134.

homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A Lei 8078/90 (Código do Consumidor), em seu artigo 103, estabelece que nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada:

I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe (Art. 103, § 1º, Lei 8078/90. No caso de interesses difusos, na improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (art. 103, § 2º, Lei 8078/90).

O artigo 103, § 3º, Lei 8078/90 (Código Consumidor) estatui que os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da, Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente. Entretanto, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

A coisa julgada nas ações coletivas se dá no aspecto subjetivo, material e territorial. Quanto aos interesses coletivos e difusos os sujeitos são indeterminados ou determinados, que comunguem mesma causa petendi e há efeitos além das partes. Em regra, nas ações coletivas há uma eficácia subjetiva alargada dependente do tipo de tutela se de interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos e do desfecho do processo, a saber: *“coisa julgada secundum eventum litis”* em que a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* depende da procedência ou improcedência dos pedidos, cada qual com sua peculiaridade.

A coisa julgada na ação procedente ou improcedente pelo mérito: será *erga omnes* para os interesses difusos ou individuais homogêneos; será *ultra partes* para os direitos coletivos stricto sensu; será *inter partes* para os direitos individuais homogêneos e fará coisa julgada apenas quanto aos colegitimados, possibilitando a propositura de ações individuais.

Quanto a eficácia da decisão nas ações coletivas na ação for julgada improcedente por falta de provas: não há coisa julgada material, só formal, chamada “*coisa julgada secundum eventum probationis*”, considerando que somente haverá coisa julgada se o contexto probatório for suficiente para demonstrar a improcedência do pedido. Logo, é possível a repositura da ação por qualquer legitimado, valendo-se de prova nova.

Na Lei da Ação Popular (art. 18, Lei nº 4.717/65) e na Lei da Ação Civil Pública (art. 16, Lei nº 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 103, Lei nº 8.078/90) há coisa julgada *erga omnes*, com a ressalva da improcedência por falta de provas, oportunidade em que qualquer cidadão poderá ajuizar nova ação com idêntico fundamento, desde que se valha de prova nova. No mandado de segurança coletivo a coisa julgada é limitada aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante, sendo certo que a lei não contempla a hipótese de *coisa julgada secundum eventum probationem e secundum eventum litis* (art. 22, da Lei nº 12.016/09).

No que tange ao aspecto territorial a decisão no mandado de segurança abarca todo território nacional. Aliás, no Tema 1075, o STF/RE 110.1937 declarou a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) alterada pela Lei 9.494/1997, que limitava a eficácia territorial da coisa julgada *erga omnes*, à competência territorial do órgão que a proferir. Ainda, o artigo art. 26 (Lei 12.016/09) estatui que constitui crime de desobediência (art. 330, Decreto-Lei 2.848/1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas (Lei 1.079/1950)

7. Mandado de segurança coletivo. Litispêndência e desistência nas ações individuais

O Código do Consumidor (Lei 8078/90) esclarece que as ações coletivas não induzem litispêndência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes ou ultra partes* não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua *suspensão* no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 81 c/c art. 104, Lei 8078/90). O mandado de segurança coletivo não induz litispêndência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a *desistência* de seu mandado de segurança no prazo de trinta dias, a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva (art. 22, § 1º, da Lei 12.016/09).

Diferente da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor em que o titular do direito deve requerer a suspensão; no mandado de segurança coletivo o titular deve requer a desistência da ação individual para se beneficiar da ação coletiva.

8. Decadência. Prazo para impetração

O artigo 23, da Lei 12.016/09, declarado constitucional (STF/ADI 42.496) mostra que o direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

9. Honorários advocatícios no mandado de segurança

O art. 25, da Lei 12.016/09, declarado constitucional (STF/ADI 42.496) estabelece que não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

10. Mandado de segurança coletivo trabalhista. Competência e Casuísticas

O artigo 114, inciso IV, da Carta Federal estabelece que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição. A competência da Justiça do Trabalho se dá em razão da matéria em não em razão do status da autoridade coatora como soi acontecer nos demais ramos do Judiciário. Na área trabalhista, a competência está adstrita a relação de trabalho e ou vinculada ao contrato de trabalho, considerados atos de gestão. Não cabe mandado de segurança contra o ato do empregador, ainda que seja empregador público, mas mera reclamação trabalhista.

Deste modo, na prática temos mandado de segurança impetrado: contra atos dos órgãos de fiscalização do trabalho; atos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário e atos do Ministério Público nas investigações e inquéritos civis públicos. No julgado TST/RR-514-20.2013.5.04.06610, em 2/10/15, foi reconhecida a competência para julgar mandado de segurança impetrado por Sindicato contra ato do Ministério Público do Trabalho que negou vistas ao inquérito civil público. No julgado, TST/RR-1747-80.2012.5.02.0002, em

22/08/19 restou assente que o Ministério Público não tem o dever de informar nome de denunciante anônimo à empresa denunciada por irregularidades e *que* a manutenção do sigilo do inquérito não foi abusiva. Vejamos, pois, a casuística.

10.1. Mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato. Registro sindical no Ministério do Trabalho

“LEGITIMIDADE – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – SINDICATO – REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. A legitimidade de sindicato para atuar como substituto processual no mandado de segurança coletivo pressupõe tão somente a existência jurídica, ou seja, o registro no cartório próprio, sendo indiferente estarem ou não os estatutos arquivados e registrados no Ministério do Trabalho. REGIME JURÍDICO – DECESSO. Uma vez ocorrido decesso remuneratório com a implantação do novo regime jurídico, mostra-se harmônico com a Constituição Federal o reconhecimento da diferença a título de vantagem pessoal. REGIME JURÍDICO – NOVO CONTEXTO REMUNERATÓRIO – RESSALVA. Se estiver prevista na lei de regência do novo regime jurídico a manutenção de certa parcela, descabe concluir pela transgressão à Carta da Republica no fato de o acórdão proferido revelar o direito do servidor. ” (STF – RE: 370834 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 30/08/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-184 DIVULG 23-09-2011 PUBLIC 26-09-2011 EMENT VOL-02594-01)”.

10.2. Mandado de segurança coletivo preventivo. Manutenção do registro sindical no Ministério do Trabalho

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO. FEDERAÇÃO DE SINDICATOS DE COOPERATIVAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À MANUTENÇÃO DO REGISTRO SINDICAL. INTERFERÊNCIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO OFENSIVA AO ART. 8º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Na dicção da Súmula nº 677 do Exc. STF, interpretando o teor do art. 8º, I, da Constituição Federal, "até que lei venha dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade", não fazendo parte de suas atribuições "analisar ou intervir sobre a conveniência ou oportunidade do desmembramento, desfiliação, dissociação ou situações assemelhadas" (art. 5º da Portaria 343/2000). 2. No caso concreto, assiste à impetrante e às entidades que compõem a sua categoria o direito líquido e certo à manutenção do registro sindical. 3. A controvérsia instaurada no âmbito administrativo, da qual adveio a interpretação de que as cooperativas não podem integrar o sistema

sindical brasileiro, com a ameaça de cancelamento do registro sindical, representa abuso de poder, na medida em que revela interferência na organização sindical, obstada pela ordem constitucional vigente.”(TRT-10 – RXOF: 491200701310005 DF 00491-2007-013-10-00-5 , Relator: Desembargador André R. P. V. Damasceno, Data de Julgamento: 16/04/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 02/05/2008)

10.3. Mandado de segurança impetrado pelo Sindicato contra lei em tese

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ATAQUE À CONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA PORTARIA 1.510/2009. VIA PROCESSUAL IMPRÓPRIA. Na espécie, verifica-se claramente que o intuito do sindicato ao impetrar Mandado de Segurança foi o de atacar a constitucionalidade e a legalidade da Portaria 1510/2009, do Ministério do Trabalho, pois no foram criados obrigações e direitos trabalhistas que somente seriam exigíveis mediante edição de lei federal. Extraí-se ainda da referida portaria a ausência de efeitos concretos de modo a afastar o seu caráter geral, impessoal e abstrato. Aplica-se ao caso em tela, a Súmula 266, do STF no sentido de que não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Não bastasse isto, o "mandamus" perdeu o seu objeto com a edição da Portaria 373 de 25/02/2011 do TEM que possibilitou a adoção pelos empregadores de sistemas alternativos de controle de jornada de trabalho.”(TRT-3 – RO: 01241201001203000 0001241-18.2010.5.03.0012, Relator: Convocado Vicente de Paula M.Junior, Segunda Turma, Data de Publicação: 10/06/2011 09/06/2011. DEJT. Página 137. Boletim: Não).

10.4. Mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato. Extensão de parcela aos servidores inativos

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. As matérias sobre as quais a Embargante alega ter havido omissão foram devidamente analisadas e fundamentadas no acórdão embargado, em consonância com o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), também referido na lei ordinária – arts. 832 da CLT e 489 do CPC/2015. Restaram claros os fundamentos, com base no tratamento normativo voltado especificamente para a Gratificação de Atividade de segurança – GAS, pelos quais não se cogita de direito líquido e certo à extensão da parcela aos servidores inativos, a ser tutelado pelo presente mandado de segurança coletivo; bem como as razões pelas quais não se divisou qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da Presidência do TRT da 18ª Região, ao indeferir a pretensão da Associação Impetrante. Se a argumentação posta nos embargos não

se insere em nenhum dos vícios mencionados nos arts. 897-A da CLT e 1.022 do CPC/2015, deve ser desprovido o recurso. Embargos de declaração desprovidos" (ED-RO-10065-09.2015.5.18.0000, Órgão Especial, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 07/04/2017).

10.5 Mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato. Ato praticado pelo Presidente do Tribunal de retirada de projeto de lei, sem pedido de referendo posterior ao Órgão Especial. Usurpação de competência

I – PEDIDO DO SINDICATO DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL NO ESTADO DE SÃO PAULO – SINTRAJUD PARA INGRESSO NO FEITO COMO AMICUS CURIAE. (...) III – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ATO PRATICADO PELO PRESIDENTE DESTA CORTE SEM PEDIDO DE REFERENDO POSTERIOR AO ÓRGÃO ESPECIAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. 1 – Mandado de segurança coletivo impetrado contra o ato administrativo de que resultaram os Ofícios CSJT.GP.SG.ASSPAR nºs 281/2016 a 311/2016 e 315/2016, expedidos pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, nos quais solicitou ao Presidente da Câmara dos Deputados, com fulcro no art. 104, caput e § 5º, do Regimento Interno daquela Casa, a retirada dos projetos de lei correlatos de iniciativa deste Tribunal Superior do Trabalho. 2 – Falece competência à autoridade apontada como coatora para deliberar, unilateralmente, sobre a retirada de projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados, até porque detém autorização somente para o ato de encaminhamento ao Congresso Nacional, após a aprovação do Órgão Especial, os projetos de lei de interesse da Justiça do Trabalho e do próprio Tribunal Superior do Trabalho. 3 – Na verdade, a própria autoridade confirma o fato, em suas informações prestadas. Justifica a sua realização, nomeadamente, invocando a existência de precedentes no mesmo sentido e pelo impacto orçamentário, agravado pelos cortes a serem impingidos à Justiça do Trabalho. 4 – Convém destacar que os atos indicados como precedentes foram praticados pelo então Ministro Presidente desta Corte ad referendum do Órgão Especial, como noticiado em certidão constante dos autos, premissa que não se constata nos ofícios questionados. E, mesmo que nem todos tenham sido referendados, essa particularidade não está afeta à controvérsia em debate. Além disso, os atos citados como precedentes contavam com pareceres de mérito do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Conselho Nacional de Justiça, indicativos da legalidade dos atos praticados, o que não ocorreu em relação aos atos questionados. A urgência para exarar-los se justificou para viabilizar a inclusão em leis orçamentárias do exercício de 2016, com destaque para o fato de existirem diversos pareceres das áreas técnicas e aprovação pelos Conselhos. 5 – Já quanto à alusão ao impacto orçamentário, tem-se

que também não justifica a adoção pelo Presidente desta Corte de ação sponte sua, de forma unilateral e sem qualquer respaldo do Colegiado. Medidas de ordem de política-administrativa e afetas ao planejamento estratégico de toda a Justiça do Trabalho devem ser melhor avaliadas pelos órgãos encarregados de dar efetivo cumprimento, em primeiro plano o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho. Aliás, o Presidente recebe da Corte a incumbência maior de representar os interesses de toda a instituição, não lhe sendo atribuído agir, ainda quando clama a urgência, sem sequer solicitar posterior referendo do Colegiado. 6 – Por esse motivo os atos e ações de tamanha envergadura não poderiam ser fruto de um gesto isolado, até mesmo para dividir as graves responsabilidades decorrentes da interlocução que mantém com os demais Poderes da República e com a sociedade em geral, especialmente em momento tão singular da vida nacional em que esta Justiça e os seus integrantes são alvo de frequentes manifestações preconceituosas e desrespeitosas, que passam ao largo de toda uma história construída ao longo de setenta anos . Segurança concedida " (MSCol-21202-52.2016.5.00.0000, Órgão Especial, Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT 03/02/2017).

10.6. Mandado de segurança coletivo impetrado por Sindicato patronal. Coibição de Fiscalização. Coisa julgada e litispendência. Eficácia das sentenças proferidas em mandado de segurança e ação civil pública

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. 1 – Trata-se, no caso, de alegação de coisa julgada, em razão de decisão proferida em Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região, e aquela transitada em julgado proferida no Mandado de Segurança Coletivo nº 96.00.24901-6, do TRF da 1ª Região, que isentou a empresa, ora agravante, de cumprir normas destinadas a proteger e resguardar a saúde e segurança dos trabalhadores, notadamente aquelas reguladas pelas NR's 7, 9 e 18 da Portaria 3.214/78 do MTE, impetrado pelo Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado de Minas Gerais – SICEPOT/MG, ao qual é filiada, contra o ato do Delegado Regional do Trabalho. A Ação Civil Pública objetivava compelir a empresa ao cumprimento de obrigações de fazer, concernentes às normas de segurança e medicina do trabalho em relação às aludidas normas regulamentares, além da condenação em danos morais; 2 – Deve ser mantida a decisão regional que rejeitou a alegação de coisa julgada. Com efeito, como bem demonstrado no acórdão regional, sequer existia identidade de partes e de causa de pedir entre as ações. O Mandado de Segurança, impetrado pelo Sindicato patronal, tinha como causa de pedir "coibir a fiscalização pelo MTE-SRTE em relação a alguns itens relativos à higiene e

segurança do trabalho" (fl. 3439), enquanto que na Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, a causa de pedir referia-se "a obrigações de fazer e reparação de danos morais" (fl. 3439), obrigações estas que consistiam em 16 (dezesesseis) pontos (vide fls. 21-25 e 3344-3351). Da mesma forma, também não se divisa violação à coisa julgada, tendo em vista que o objeto do Mandado de Segurança Coletivo em comento diz respeito à cassação de ato emanado por autoridade tida por coatora, a saber, o Delegado Regional do Trabalho, que ordenou o cumprimento de normas relativas à saúde e segurança do trabalho, lavrando autos de infração, ao passo que o escopo da Ação Civil Pública era compelir a empresa às obrigações de fazer (no caso, às 16 elencadas no corpo da presente decisão), mais danos morais; 3 – Ademais, a natureza das demandas é diversa, bem assim os efeitos das duas decisões proferidas. Enquanto que a sentença proferida no Mandado de Segurança Coletivo possui, obviamente, natureza mandamental, a decisão prolatada no presente caso (ACP) detém nítida feição condenatória, sendo certo, ainda, que, enquanto a decisão proferida em Ação Civil Pública produz efeitos erga omnes, nos termos do artigo 16 da Lei 7.347/85, a decisão objeto de Mandado de Segurança Coletivo produz efeitos tão somente inter partes, na dicção do artigo 22 da Lei 12.016/2009. Aliás, nessa linha é a Orientação Jurisprudencial 144 da SBDI-2/TST, que preconiza: "O mandado de segurança não se presta à obtenção de uma sentença genérica, aplicável a eventos futuros, cuja ocorrência é incerta"; 4 – Não se vislumbra, portanto, violação dos artigos 5º, XXXVI e LXX, "b", da CF, 6º do CCB e 3º e 467 do CPC. CARÊNCIA DE AÇÃO. INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Assim como ressaltado pela Corte Regional, "não há que se falar em ausência de interesse, pois restou demonstrada a necessidade da interveniência do Estado-juiz para tutelar o direito trazido a exame, mediante a entrega da tutela jurisdicional como formulada pelo MPT" (fl. 3440). Da mesma forma, também inviável o apelo quanto à pretensa ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho, porquanto, nos termos do artigo 83, IV, da Lei Complementar nº 75/93, não há dúvida de que o objeto da ação civil pública diz respeito a direito individual que, por ostentar origem comum, qualifica-se como direito individual homogêneo, subespécie de interesses coletivos, atraindo a legitimidade do MPT. Precedentes da SBDI-1. Assim, não se há falar em violação do artigo 267, VI, do CPC. Incidência da Súmula 333/TST e do artigo 896, § 4º, da CLT (Lei 9.756/98). DANO MORAL COLETIVO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A empresa, em seu recurso de revista (fls. 3468-3480), não apresenta violação de qualquer dispositivo constitucional ou legal, tampouco traz dissenso interpretativo ou divergência de arestos paradigmas, restando, assim, desfundamentado o apelo no tocante a tais matérias, pois não observadas as exigências do artigo 896 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido" (AIRR-160200-61.2008.5.03.0108, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 19/02/2016).

10.7. Mandado de segurança coletivo. Desconto de contribuição previdenciária. Ação de pedido de devolução do desconto realizado pelo empregador de 11% sobre a complementação de aposentadoria paga diretamente pelo empregador

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CAUSA DE PEDIR E PEDIDOS. DECORRENTES DO CONTRATO DE EMPREGO. DEMANDA CONTRA A EMPREGADORA. NÃO APLICAÇÃO DA DECISÃO DA CORTE SUPREMA NA ADI Nº 3395-6. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INESPECÍFICA. (...) SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EMPREGADO CELETISTA. APOSENTADO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. DESCONTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE 11%. ILEGALIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 333 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. A discussão cinge-se se é legal, ou não, o desconto da contribuição previdenciária no percentual de 11% da aposentadoria do obreiro, nos moldes do quanto previsto na Emenda Constitucional nº 41/2003. Essa Emenda Constitucional modificou o conteúdo do artigo 40 da Constituição da República, norma constitucional essa que se aplica tão somente aos servidores ocupantes de cargo efetivo, assim entendidos como os ingressos por meio de concurso público e vinculados à Administração Pública por meio de Regime Jurídico Administrativo e que lhe confere estabilidade do cargo. Não é esse o caso do autor que, conforme registrado no acórdão, é empregado celetista de sociedade de economia mista desde o início de sua relação laboral, bem como se aposentou pelo regime geral de previdência social, para o qual contribuiu durante o liame laboral. Desse modo, a regra não incide no seu contrato de emprego, pelo que é ilegítimo o desconto. Jurisprudência notória e reiterada desta Corte Trabalhista. Óbice da Súmula 333 do TST. Agravo de instrumento improvido" (TST, AIRR-609-04.2011.5.02.0038, 1ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Luiza Aparecida Oliveira Lomba, DEJT 24/04/2015).

10.8. Mandado de segurança coletivo impetrado por Sindicato patronal. Critério para contratação de aprendiz

RECURSO DE REVISTA. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, COM PEDIDO DE LIMINAR. SEGURANÇA DENEGADA. CONTRATO DE APRENDIZ. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA COTA DE APRENDIZES A SEREM CONTRATADOS POR ESTABELECIMENTO. DECRETO Nº 5.598/2005, CLASSIFICAÇÃO BRASILEIRA DE OCUPAÇÕES E ARTS. 428 E 429 DA CLT. INCLUSÃO DAS FUNÇÕES DE MOTORISTA E DE COBRADOR DE ÔNIBUS NA BASE DE CÁLCULO, EM FACE DE

INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL. LIMITAÇÃO DA PERMISSÃO PARA O CARGO DE MOTORISTA, CONSIDERANDO-SE OS APRENDIZES COM IDADE ENTRE 21 A 24 ANOS, E, PARA O CARGO DE COBRADOR, OS APRENDIZES COM IDADE ENTRE 18 A 24 ANOS. (TST/RR-779-73.2011.5.04.0020, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 28/08/2015).

10.9. Mandado de segurança coletivo. Portarias do MTE declaradas nulas por Tribunal Regional Federal. Nulidade de auto de infração

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PORTARIAS DO MTE DECLARADAS NULAS POR TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – TRF. COISA JULGADA. EFEITOS. (...) a empresa agravada é beneficiária da decisão proferida pelo TRF da 1ª Região nos autos do Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado de Minas Gerais – SICEPOT, que, em grau de apelação, concedeu a segurança e determinou que a autoridade coatora (Delegado Regional do Trabalho) se abstinhasse de exigir das empresas associadas à entidade sindical, dentre as quais a agravada, o cumprimento das disposições constantes das normas regulamentares estabelecidas pelas Portarias nºs 24/94, 25/94 e 04/95 do Ministério do Trabalho e Emprego, consideradas nulas. 3. Nesse contexto, considerando que a decisão proferida pelo TRF transitou em julgado, a matéria debatida foi alcançada pelos limites subjetivos da coisa julgada, não se podendo exigir da agravada a apresentação de PCMAT (Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho), na forma prevista na NR 18 da Portaria nº 0 4/95 do MTE, o que resulta na nulidade do auto de infração e do processo administrativo iniciado a partir dele, na forma da decisão proferida na Corte Regional. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (TST/AIRR-125540-75.2007.5.03.0108, 1ª Turma, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, DEJT 08/06/2015).

10.10. Pedido de suspensão de liminar em Mandado de segurança coletivo impetrado por Sindicato patronal contra ato do Executivo de restrições de funcionamento do comércio na pandemia COVID 19 – STF/5456 MC / SP

“MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA 5.456 SÃO PAULO. SINDICATO DE HOTEIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DE SAO JOSE DOS CAMPOS E REGIAO MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. DECISÃO DE ORIGEM QUE SUSPENDE DECRETO ESTADUAL QUE IMPÕE RESTRIÇÕES RELATIVAS À FASE VERMELHA DO PROGRAMA ESTADUAL DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19.

JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATO NORMATIVO EDITADO EM CONFORMIDADE COM AS COMPETÊNCIAS DO ESTADO MEMBRO E EMBASADO EM EVIDÊNCIAS TÉCNICO-CIENTÍFICAS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Ex posits, defiro o pedido liminar para suspender os efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 2303182-86.2020.8.26.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto Estadual nº 65.415/2020, expedido pelo Governador do Estado de São Paulo. Comuniquem-se com urgência. Após, notifiquem-se os interessados para manifestação. Na sequência, abra-se vista dos autos à d. Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Int. (STF/5456 MC / SP. 30/12/2020 Ministro. LUIZ FUX Presidente).

10.11. Mandado de segurança impetrado por Associação de motoristas por aplicativos Contra Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju. Equipamentos de Proteção e COVID 19. TRT/SE MSCiv 0000213-28.2020.5.20.0000

Resumo do pedido na ação principal: Seja determinada a disponibilização, a título gratuito de Equipamentos de Proteção Individual, nos termos recomendados pela Organização Mundial da Saúde, para os motoristas que estejam ativos e mantenham-se logados para a prestação dos respectivos serviços, sendo eles: máscaras cirúrgicas e preparação alcoólica a 70% para uso tópico de acordo com as recomendações da OMS; Seja efetuado o adimplemento de remuneração mínima, como ajuda compensatória, a todos os motoristas vinculados às empresas requeridas, que estejam impossibilitados de trabalhar em razão de efetivo diagnóstico ou de suspeita de contaminação pelo vírus COVID-19 atestados por laudo médico oficial, bem como aqueles que pertençam ao grupo de risco, a serem identificados, igualmente, por relatório médico, devendo ser observada a renda dos últimos 12 (doze) meses ou em fração inferior, proporcional aos meses trabalhados, para motoristas vinculados às reclamadas há menos de um ano. Seja Garantido o adimplemento de remuneração, a título de ajuda compensatória, a todos os motoristas vinculados às empresas reclamadas, caso sejam estabelecidas restrições gerais de circulação de automóveis pelo Poder Estatal em razão da pandemia de COVID-19. Recomenda-se que a renda mínima a ser utilizada como parâmetro seja a média das remunerações mensais obtidas pelos trabalhadores nos últimos 12 (doze) meses ou em fração inferior de número de meses para os obreiros efetivamente vinculados às reclamadas há menos de um ano; Seja garantida a isenção da taxa fixa que é custeada pelos motoristas para permanência da

vinculação à plataforma sobre corridas realizadas, ou, em não sendo entendido desta forma, que a respectiva taxa seja reduzida, em virtude das atuais circunstâncias enfrentadas pelos trabalhadores vinculados às empresas requeridas. Fica excluído destas garantias o motorista que, apesar de estabelecer conexão com o aplicativo, apresente conduta incompatível com a de quem está em busca de trabalho, devendo ser adotado o critério de 3 (três) rejeições de viagens seguidas, a fim de que o tempo à disposição das empresas, quando completada a terceira negativa seguida, seja interrompido levando-se em consideração a primeira rejeição e volte a ser computado do zero somente a partir da aceitação e efetiva execução do serviço seguinte para o qual foi designado. Requer, ainda, o arbitramento, por Vossa Excelência, de multa diária, compatível, pelo eventual descumprimento da medida liminar.

Decisão: Assim, em sede de cognição incompleta, CONCEDE-SE PARCIALMENTE a liminar para determinar que a Litisconsorte UBER TECNOLOGIA LTDA. acresça o valor de reembolso para R\$100,00 e que a 99 TECNOLOGIA LTDA. fixe tal quantia para as medidas de proteção a seus motoristas, aos passageiros e à higienização dos veículos, devendo-se observar a comprovação, pelos motoristas ativos, dos gastos despendidos para contenção da disseminação do coronavírus. Essa medida deve ser cumprida pelas Litisconsortes, no prazo de 5(cinco) dias da intimação da presente decisão, sob pena de pagamento de multa diária de R\$5.000,00, para cada empresa. Indefere-se o benefício da Justiça Gratuita, pleiteado pela Associação. Defere-se a inclusão do Ministério Público do Trabalho no polo ativo da presente demanda. Proceda-se à retificação da autuação. Notifique-se a Impetrante da presente decisão. Oficie-se o Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju para, querendo, prestar as informações que achar necessárias, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009, bem como para tomar ciência da presente decisão. Citem-se os Litisconsortes Passivos Necessários, conforme termos da inicial para, querendo, oferecer resposta à presente demanda, no prazo de 10 (dez) dias. TRT/SE MSCiv 0000213-28.2020.5.20.0000. ARACAJU/SE, 20 de julho de 2020. VILMA LEITE MACHADO AMORIM. Desembargador Federal do Trabalho”

10.11. Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela Ordem dos Advogados contra o Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Guarulhos. Proibição de participação de advogados e clientes no mesmo espaço físico nas audiências telepresenciais

Trata-se de Mandado de Segurança Coletivo impetrado por ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECÇÃO DE SÃO PAULO em face de decisões proferidas pelo Juízo da 03ª Vara do Trabalho de São Paulo em diversas reclamações trabalhistas, proibindo a participação de advogados e clientes no mesmo espaço físico nas audiências telepresenciais, inclusive, determinando expedição de ofícios à OAB e Vigilância Sanitária para coibir tal prática. Defende que tais determinações não estão pautadas em questões processuais e não encontram respaldo legal, ferindo o livre exercício da advocacia. Aduz que o Juízo impetrado está cerceando o direito à ampla defesa e contraditório das partes com tais práticas, arvorando-se em atribuições de fiscalização sanitária, que não lhe competem. Pleiteia, liminarmente e como provimento final, que seja determinado à autoridade coatora que se abstenha de realizar atos de fiscalização de escritórios de advocacia. Liminar deferida porque inexistente qualquer legislação que embase a proibição de reunião presencial do advogado com seu cliente para participação em audiência telepresencial. Pelo contrário, o Decreto nº 10.282/20, em seu artigo 3º, inciso XXXVIII, estabelece como essenciais as atividades de representação judicial extrajudicial, não se inserindo os escritórios de advocacia nas determinações de total fechamento decorrentes dos atos normativos proferidos para contenção da Pandemia de COVID-19. Assim, não compete ao Juízo trabalhista interferir na relação entre os patronos e seus clientes, sob pena de violação do direito à ampla defesa, consagrado no art. 5º, inciso LV, da CF, bem como do livre exercício da advocacia. DEFIRO, PARCIALMENTE, a liminar pretendida, para determinar que o Juízo impetrado se abstenha de proibir a reunião presencial entre advogados e partes para participação em audiência telepresencial. Destaco, contudo, que a expedição de ofícios aos órgãos competentes em razão da observância de possíveis irregularidades está nos limites da competência do magistrado e não pode ser obstada. Intime-se. Expeça-se ofício ao Juízo impetrado, para cumprimento da liminar e para apresentar informações no prazo legal (Mandado de Segurança Coletivo 1002882-04.2021.5.02.0000. SAO PAULO/SP, 07 de julho de 2021. ALCINA MARIA FONSECA BERES Juiz do Trabalho Convocado)

11. Referências

- CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 4ª edição. Campinas: Bookseller. 2005.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 2.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. edição. São Paulo: Malheiros, Forense.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, 10. edição, 2020: Malheiros editores, São Paulo.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo:

Malheiros, 2017. v. 3.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24. edição. São Paulo: Atlas. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**, 27. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 38. edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. edição. Salvador. JusPodivm. 2019.

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIONAL CLAIM

Vitor Salino de Moura Eça²¹³

Resumo: A reclamação constitucional é um meio de se impugnar uma decisão judicial por intermédio de ação autônoma, visando garantir o exato cumprimento da decisão originária, quando uma Corte infere, deixa de observar a competência da hierarquicamente superior ou viola de algum modo a autoridade da decisão.

Palavras-chave: Reclamação constitucional. Preservação de competência judicial. Violação de autoridade da decisão.

Abstract: A constitutional claim is a means of challenging a judicial decision through autonomous action, aiming to ensure the exact fulfillment of the original decision, when a Court infers fails to observe the competence of the hierarchically superior or in some way violates the authority of the decision.

Keywords: Constitutional claim. Preservation of judicial competence. Violation of decision authority.

Sumário: 1. Introdução; 2. Natureza jurídica; 3. Procedimentalidade; 4. Petição inicial e supostos estruturais; 5. Possibilidades recursais; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

Nossa matriz constitucional preceitua que é missão do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, a teor da alínea I, do inciso I, do artigo 102/CF, sendo ainda reservada igual possibilidade ao Superior Tribunal de Justiça, quanto às suas deliberações, face ao disposto na alínea f, do inciso I, do artigo 105/CF.

²¹³ Pós-doutor em Direito Processual Comparado pela Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha. Pós-doutor em Direito Processual Internacional na Universidad de Talca – Chile. Professor Adjunto IV da PUC-Minas (CAPES 6), lecionando nos cursos de mestrado e doutorado em Direito, na área de Direito Processual, onde é Líder do Grupo de Pesquisa *Processual Constitucionalizado* – CNPq. Professor visitante em diversas universidades nacionais e estrangeiras. Professor conferencista na ENFAM e na ENAMAT. Pesquisador no Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social – CELDS – España e ao Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – CENTRASS – Chile. Membro efetivo, dentre outras, das seguintes sociedades: Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social – ABDSS; Academia Brasileira de Direito do Trabalho – ABDT; Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro; Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – AIDTSS, e da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.

A positivação da norma consagra remansosa jurisprudência da própria Corte estruturada na teoria dos poderes implícitos, porquanto é dever de cada tribunal zelar pela autoridade e cumprimento de suas decisões, assim como de sua respectiva competência.

No campo constitucional, a norma emerge cristalina, servindo não só para determinar o cumprimento de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, mas também para assegurar a aplicação de Súmulas Vinculantes do STF, situações que ensejam acirrados debates em torno de sua natureza jurídica em seara processual²¹⁴.

A regulamentação da matéria no plano infraconstitucional é feita pelo artigo 988/CPC, de forma bem elucidativa²¹⁵, pois aglutina o conjunto de possibilidades constitucionalmente asseguradas com as opções pertinentes criadas pelo direito processual para decisões de cumprimento obrigatório, visando ao melhor aproveitamento das possibilidades garantistas, alinhando quatro institutos processuais, a saber: descumprimento de decisões em incidentes de resolução de demandas repetitivas – IRDR; de assunção de competência – IAC; observância de acórdão de recurso ordinário com repercussão geral admitida, bem como em acórdãos que julgaram recursos especiais ou extraordinários repetitivos, formatando as chances processualmente asseguradas²¹⁶.

Dessa forma, cabe Reclamação além dos limites do STF e do STJ, passando pelos demais tribunais superiores, e ainda chegando aos Tribunais Regionais Federais, aos

²¹⁴ Art. 103-A, § 3º/CF – Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

²¹⁵ Art. 988/CPC. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I – preservar a competência do tribunal; II – garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; § 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. § 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal. § 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível. § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação: I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. § 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

²¹⁶ Acerca do cabimento de Reclamação, em hipóteses pontuais, convém se observar os Enunciados 168, 207, 208, 209, 210, 349, 350, 558, 661, 685, 703 e 704, todos de Fórum Permanente de Processualistas Civis, organismo magistral que tem contado, merecidamente, com grande prestígio na compreensão e aplicação do direito processual.

Tribunais Regionais do Trabalho, aos Tribunais de Justiça²¹⁷, por inteligência do disposto no § 1º, do artigo 988/CPC. A esse respeito, anote-se, por oportuno, que a competência do TST para tanto é textual na Carta Magna, conforme o § 3º, do artigo 111/CF, segundo o qual compete ao TST processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Em sentido contrário, não cabe Reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega que tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme o verbete 734/STF.

2. Natureza jurídica

A natureza jurídica da Reclamação é de ação, visto que se trata de pedido autônomo e não formulado em outro processo, que gera decisão específica, exequível por seus próprios meios. Não se cogitando de efeito substitutivo da decisão originária, como seria apropriado para um recurso, emerge cristalina a sua compreensão como ação autônoma para impugnação de ato judicial.

A doutrina de Didier Jr. e Carneiro da Cunha assevera que a Reclamação é uma ação de competência originária de tribunal, prevista na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e no CPC, que tem por objetivo preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos tribunais, bem como garantir a observância de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (DIDIER Jr; CUNHA, 2016, p. 533).

No mesmo eixo, Daniel Neves elabora respeitável rol de motivos a justificar a natureza de ação. São eles: necessidade de provocação do interessado, respeitando-se, portanto, princípio da inércia; capacidade de se cassar a decisão que porventura contrarie a autoridade de decisão proferida por tribunal; possibilidade de avocação de autos, de forma a garantir a competência do tribunal e, por consequência, o princípio do juízo natural; cabimento de medidas cautelares que busquem garantir a eficácia de seu resultado final; geração de coisa julgada quando o trânsito em julgado de sua decisão de mérito; exigência de capacidade postulatória, sendo indispensável a presença de advogado ou de promotor de

²¹⁷ E. 207/FPPC – Cabe reclamação, por usurpação da competência de tribunal de justiça ou tribunal regional federal, contra decisão de juiz de primeiro grau que inadmitir recurso de apelação.

E. 208/FPPC – Cabe reclamação, por usurpação de competência do STJ, contra decisão de juiz de 1º grau que inadmitir recurso ordinário, no caso do art. 1.027, II, “b”.

justiça no exercício de suas funções institucionais (NEVES, 2020, p. 263-264).

Interessante e didático, por fim, o magistério de Pedro Miranda de Oliveira, que, após, igualmente filiar-se ao entendimento da regência do instituto como ação, elucida dizendo que os meios de impugnação das decisões judiciais dividem-se em três classes: recursos, sucedâneos de recursais e ações impugnativas autônomas, rol em que está a Reclamação, assim como a ação rescisória, a anulatória, a *querela nullitatis* e o mandado de segurança (OLIVEIRA, 2020, p. 253).

3. Procedimentalidade

A própria parte interessada pode formular a Reclamação diretamente à Presidência do tribunal, bem como dirigi-la ao Presidente de Turma ou Câmara – órgão fracionado cuja competência se queira preservar, naturalmente observando-se o respectivo Regimento Interno. Ao ser recebida a Reclamação é distribuída ao Relator sorteado, ficando prevento o relator do processo principal, sempre que possível. É ainda dever da parte instruir a manifestação com a prova documental pertinente, sendo também prerrogativa do Ministério Público o fazer, no caso do STF sendo atribuição do Procurador-Geral da República. Lado outro, demais interessados podem impugnar o pleito, na medida de seu proveito, devendo se reafirmar a disposição da matéria no artigo 988/CPC, c/c os artigos 156 a 162/RI-STF.

O detalhamento da petição inicial *sui generis* está tratado no item seguinte.

A lei não regula um prazo para o ajuizamento da Reclamação, no entanto, ela tem lugar para a desconstituição de uma decisão interlocutória, razão pela qual é de se entender que dispõe do mesmo interregno do agravo de instrumento. Destarte, tem a parte o prazo de quinze dias para o seu aforamento. Lado outro, reprise-se, como o STF a tem entendido como *direito de petição*, esta construção doutrinária tem, a esta altura, ainda exigibilidade mitigada, mas cujo lapso se mostra altamente conveniente ser observado como medida de prudência.

Segundo a regra do Regimento Interno do STF, que baliza vários outros tribunais, recebida a Reclamação, cabe ao Relator requisitar informações à autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, sendo seu dever prestá-las em dez dias, a teor do inciso I, do artigo 988/CPC, podendo ser determinada o sobrestamento da tramitação do processo em que se tenha verificado o ato reclamado ou a avocação dos autos ao tribunal. Pontue-se que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, ainda que dele não seja a

iniciativa da Reclamação.

Ao despachar a Reclamação, o Relator determina a citação do beneficiário da decisão impugnada, que tem o prazo de quinze dias para apresentar a sua contestação, quando este tem a oportunidade de exercer o contraditório.

A esse respeito é conveniente se pôr em relevo a vocação democrática da Res. 12/09-STJ (que se entende revogada pelo CPC/15), onde se lia que admitida a Reclamação, é dever do Relator determinar a publicação de edital no Diário da Justiça, com destaque no noticiário do STJ na internet, para dar ciência aos interessados sobre a apresentação da medida em comento, a fim de que se manifestem, em linha como o que veio a ser posteriormente cancelado no artigo 990/CPC.

O julgamento da Reclamação é, em princípio, do Plenário ou de Turma, mas o Relator pode também processá-la monocraticamente, quando a matéria da mesma for objeto de jurisprudência consolidada do tribunal, e, sendo procedente, poderá avocar o conhecimento do processo em que se verificou a usurpação de sua competência, ordenar que lhe sejam remetidos os autos do recurso interposto, bem como cassar imediatamente a decisão exorbitante de seu julgado, e ainda determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

Convém anotar que após o trânsito em julgado desaparece a chance processual de se obstar à decisão que eventualmente descumpra decisão dos tribunais, por inteligência do disposto na Súmula 734/STF, porquanto ponderados os interesses o Excelso Pretório, guardião da Constituição, valoriza a coisa julgada que se operou no caso, visando à segurança jurídica. No mesmo diapasão, o § 4º, do artigo 988/CPC veda o ajuizamento de Reclamação depois de transitada em julgado a decisão vergastada.

Julgando procedente a Reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado e determinará medida adequada à solução da controvérsia.

Essa decisão é de cumprimento imediato, não havendo necessidade nem mesmo de se aguardar a lavratura do respectivo acórdão.

Em outro giro, em caso de descumprimento de Súmula Vinculante, esta pode se dar por gestores administrativos, cabendo ao tribunal cientificar a autoridade encarregada de seu cumprimento, bem assim a Corte que tiver o papel institucional de fazer cumprir o julgado.

4. Petição inicial e supostos estruturais

Convindo tratar-se de ação, devem os interessados observar a estrutura de uma petição inicial para veicular o respectivo pedido, na forma do artigo 319/CPC, porém com as exceções que este peculiar meio de impugnação de decisões judiciais suscita, por ser um procedimento especial não está jungido às exigências do padrão geral.

A capacidade postulatória e a apresentação de farto acervo probatório previamente constituído são elementos essenciais, vez que inexistente espaço procedimental para dilação probatória.

O pagamento de custas, assim como a geração de honorários advocatícios deveriam, face à sua natureza jurídica, serem de indispensável cogitação, entretanto, o STF tem entendido tratar-se de exercício regular do direito de petição, não exigindo custas e nem deferindo honorários, ampliando a controvérsia doutrinária em torno do instituto, torna-a ainda mais *sui generis*.

5. Possibilidades recursais

Efetivamente inexistente possibilidade recursal para a insurgência direta contra a decisão que julga a Reclamação, entretanto, tampouco é acertado se dizer que não cabe recurso. Isso porque, sendo monocrática a decisão, há espaço para a interposição de agravo interno para a revisão pelo colegiado, enquanto, ao final, inexoravelmente, há chance para o manejo de embargos de declaração, nos moldes do artigo 1.022/CPC.

6. Conclusão

A Reclamação é uma ação autônoma, de competência originária dos tribunais, positivada na Constituição Federal para os casos de matérias decididas pelos tribunais superiores, mas que não se limita a esses, diante da ampliação do conjunto de possibilidades levado a efeito pela norma infraconstitucional – Código de Processo Civil, que acabou por autorizar o seu manejo nas demais Cortes, com idêntico desiderato.

Há de se observar a estrutura *sui generis* de sua petição inicial, mas jamais se pode olvidar de lapso de apresentação, do respeito ao contraditório, se observar com prudência a restrição peculiar de restrição probatória, porquanto definitivamente inexistente dilação probatória, mas a petição inicial pode e deve ser exuberando a evidenciação do direito

alegado, em especial, porque a decisão que vier a ser proferida produzirá inexoravelmente coisa julgada.

Conclui-se que a intervenção do Ministério Público, quando ele não for o requerente, é indispensável para a validação do procedimento, e ainda que apesar de inexistir recurso direto contra a decisão que julgou a Reclamação, é forçoso se admitir que há espaço para a interposição de agravo interno, sendo monocrática a decisão e de embargos de declaração em quaisquer casos.

7. Referências

- DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneira. **Curso de direito processual civil**. V. 3. 13. ed. Salvador. JusPodivm. 2016.
- EÇA, Vitor Salino de Moura. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo. LTr. 2019.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 5. ed. Salvador. JusPodivm. 2020.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal**. 4. ed. São Paulo. Tirant lo Branch. 2020.



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ações constitucionais trabalhistas [livro eletrônico] / organização Felipe Penteado Balera, Roberta Soares da Silva. -- 1. ed. -- São Paulo : Auger Editora, 2023.
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-981572-0-3

1. Direito do trabalho - Brasil 2. Direito trabalhista 3. Justiça do trabalho - Brasil
I. Balera, Felipe Penteado. II. Silva, Roberta Soares da.

23-175934

CDU-34:331(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito do trabalho 34:331(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

ISBN: 978-65-981572-0-3

CRB



9 786598 157203





AUGER

EDITORIA

