



## PÁGINA 5 FATO EM ANÁLISE

CONSTITUCIONALISMO DOS DIREITOS SOCIAIS RESSALTA PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA EFETIVAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO

## PÁGINA 8 VISÃO

JUSTIÇA DO TRABALHO USA ÍNDICE DE CORREÇÃO DE DÉBITOS TRABALHISTAS DIFERENTE DO QUE CONSTA EM LEI, GERANDO IMPACTOS NEGATIVOS

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

## DIREITO DO TRABALHO À LUZ DA CARTA MAGNA BRASILEIRA

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 ESTABELECEU AINDA MAIS DIREITOS NESTA ÁREA DO QUE A DO ESTADO SOCIAL DE 1934



## BREVE HISTÓRICO

## UM MARCO NO PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO NACIONAL

EM 5 DE OUTUBRO, A ATUAL CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA COMPLETA 30 ANOS E OS RESULTADOS DESSE PERÍODO APONTAM ASPECTOS POSITIVOS DESSE TRAJETO HISTÓRICO. TRATA-SE DE UMA CONSTITUIÇÃO PROMULGADA QUE MARCA A SAÍDA DO BRASIL DO REGIME MILITAR PARA A DEMOCRACIA.

ASSIM, SÍMBOLO DO PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO NACIONAL, É UM TEXTO QUE INOVOU EM MUITOS ASPECTOS, COMO NO EXTENSO ROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE ASSEGURA A TODOS EM TERRITÓRIO BRASILEIRO. ENTRE ESSES DIREITOS, A CONSTITUIÇÃO TRATOU DE FORMA PORMENORIZADA SOBRE AS NORMAS TRABALHISTAS, AO INCORPORAR, POR MEIO DO ARTIGO 7º, UM DETALHAMENTO SOBRE OS DIREITOS VOLTADOS PARA A RELAÇÃO ENTRE EMPREGADOR E TRABALHADOR.

CONVOCADA PELO PRESIDENTE JOSÉ SARNEY, A INSTALAÇÃO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE OCORREU NO DIA 1º DE FEVEREIRO DE 1987. COMANDADA PELO DEPUTADO ULYSSES GUIMARÃES, CONTOU COM A PARTICIPAÇÃO DE 559 PARLAMENTARES (72 SENADORES E 487 DEPUTADOS FEDERAIS), ESCOLHIDOS ENTRE SEUS COLEGAS POR MEIO DO VOTO, ALÉM DA INTENSA PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE.

COM DESTAQUE AO DIREITO DO TRABALHO, ESTA EDIÇÃO DO VEREDICTO HOMENAGEIA ESSAS TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, ANALISANDO ELABORAÇÃO, EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS.

## “CONSTITUIÇÃO CIDADÃ” E AS BASES DO ESTADO SOCIAL

Em 5 de outubro de 1988, no plenário da Câmara dos Deputados, Ulysses Guimarães assinou os exemplares originais da Constituição, ergueu-se de sua cadeira com um deles na mão e disse: “Declaro promulgada. O documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil. Que Deus nos ajude para que isso se cumpra!”. A partir daquele momento, passava a valer a nova Constituição do Brasil.

Hoje, com 99 emendas ao seu texto, a Constituição de 1988 é considerada a mais democrática que o Brasil teve e uma das mais progressistas do mundo. Diferencia-se pelo perfil humanitário e pela garantia de direitos sociais. A grande quantidade de alterações realizadas em seu texto se deve ao seu caráter analítico, o que leva à divergência sobre se seria ou não melhor elaborar uma nova Constituição.

Aqueles que acreditam na necessidade de rever a atual Constituição, fundamentam-se na insuficiência do produto interno bruto (PIB) brasileiro para a extensa previsão de direitos sociais garantidos constitucionalmente. Contudo, tem prevalecido a ideia que de sua preservação. Destaca Carlos Ayres Britto que a Constituição brasileira é “de país de primeiro mundo”. Ele considera o texto ainda atual e, em vez de novas

alterações, sugere reinterpretações pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Disse Engels que onde o poder do Estado, em um determinado país, entra em contradição com o desenvolvimento econômico, a luta termina sempre com a derrocada do poder político. Sobre isso, Paulo Bonavides diz que, no caso específico do Brasil, o axioma do colaborador de Marx – substituída a expressão desenvolvimento econômico por desenvolvimento social – cobrar um sentido de dramaticidade e advertência para definir com toda a clareza o momento histórico que o país atravessa (*Curso de Direito Constitucional*, 2004).

Definida por Ulysses Guimarães como “Constituição Cidadã”, em razão da grande quantidade de direitos e garantias fundamentais que assegura e também, em razão da participação efetiva da população na sua elaboração, a Carta Magna de 1988 inovou em diversos aspectos. São exemplos a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), a educação como um dever do Estado e sob o aspecto da inclusão de deficientes e da população indígena, a defesa do consumidor introduzida como um direito fundamental, o reconhecimento da importância da biodiversidade, a possibilidade de os cidadãos apresentarem projetos de lei com a assinatura de 1% dos eleitores do País, entre outras novidades.

Nota-se, nas disposições das normas na Constituição, a importância de terem colocado os direitos e as garantias fundamentais antes das normas sobre a organização e poderes do Estado, indicando, assim, a precedência e supremacia do indivíduo e da sociedade civil. Em muitas de suas dimensões, ela se consagra como uma Constituição do Estado social, voltada a efetivar o valor da igualdade. Assim, desafia sua concretização na medida em que depende dos aspectos econômicos para a implementação da grande maioria desses direitos.

Observa-se que nem todos os países tentaram realizar o Estado social por meio da positivação de direitos sociais pelo poder constituinte. A exemplo da Áustria, “onde a doutrina constitucional, poderosamente representada por uma plêiade de juristas em grande parte vinculados à nova Escola de Viena, (...) tinha por dispensável o emprego da Constituição para introduzir os direitos sociais básicos, preferindo trazê-los ao ordenamento jurídico por via da legislação ordinária” (Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*).

Contudo, esse não foi o caminho brasileiro. A nossa tradição aponta a necessidade de previsão na Constituição desse grupo de direitos (assim como outros), inclusive por querer as-

segurar esses direitos com a rigidez e força normativa das normas constitucionais. A propósito, para Paulo Bonavides, a aplicação do modelo austríaco teria retardado em meio século o advento da legislação social (*Curso de Direito Constitucional*).

Para Daniel Martins Boulos, “a Constituição brasileira deve ser vista dentro de um contexto histórico. Ela espelha o momento em que foi criada após anos de ditadura. Procurou proteger os cidadãos do Estado e, ao mesmo tempo, colocar limites no Estado”.

A respeito, o ministro Luís Roberto Barroso destaca como ponto negativo a constitucionalização excessiva. Para ele, *o que é fora de dúvida é que a Constituição, mais do que analítica, é uma Constituição prolixa, que trata de temas demais e com excessivo grau de detalhamento. (...) Disso resultou que qualquer mudança de alguma relevância na realidade fática ou na conjuntura política exige uma alteração da Constituição* (“O legado de 30 anos de democracia e os desafios pela frente”). Hoje, questiona-se se ainda seria necessário constar o rol extenso de direitos previstos no artigo 7º da Constituição ou entregar à competência legislativa para as normas infraconstitucionais, já que em diversos casos o próprio texto constitucional remete à lei.

Um dos grandes problemas da atualidade é a judicialização do Estado social. Considerado um dos grandes avanços no sentido de concretização dos direitos sociais, a Constituição de 1988 prevê técnicas e institutos processuais como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Assim, o Estado social da Constituição de 1988, não apenas concede direitos sociais básicos, mas os garante.

Para Paulo Bonavides, “até onde irá, contudo, na prática, essa garantia, até onde haverá condições materiais propícias para traduzir em realidade o programa de direitos básicos formalmente postos na Constituição, não se pode dizer com certeza”. O que se pode afirmar é que, passados 30 anos, o balanço é positivo frente à busca pela implementação dos direitos sociais.

Em específico quanto às normas trabalhistas, a Constituição de 1988 estabeleceu ainda mais direitos nessa área do que a Constituição do Estado social de 1934. O trabalho tem posição de destaque, já que entre os fundamentos da república brasileira estão os valores sociais do trabalho, ao lado da livre-iniciativa, da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a Constituição dá especial tratamento ao trabalho, colocando-o logo em seu primeiro artigo, e depois o declara: como direito e garantia fundamental, ao assegurar a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; direito social; direito dos trabalhadores; objeto de uma justiça própria (a Justiça do Trabalho); princípio geral da atividade econômica, esta fundada na valorização do trabalho humano e visando à busca do pleno emprego; requisito necessário para o cumprimento da função social da propriedade rural, que deve observar as disposições que regulam as relações de trabalho, bem como realizar exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores; elemento indispensável para aquisição de imóvel urbano ou rural por meio de usucapião pró-labore ou especial rural;

objetivo da assistência social, por meio da integração no mercado de trabalho; finalidade da educação, que visa à qualificação para o trabalho; procedimento de recuperação judicial para as empresas prestes a falir com o objetivo de evitar a despedida em massa; e objeto de proteção contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa.

Nos artigos 6º e 7º, declina os direitos sociais, especificamente, em favor dos trabalhadores como: o seguro-desemprego; o fundo de garantia do tempo de serviço; o salário mínimo; o piso salarial; o décimo terceiro salário; a participação nos lucros; a jornada semanal de 44 horas de trabalho; o repouso semanal remunerado, a licença à gestante, a licença-paternidade e o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Como conquistas realizadas ao longo desses 30 anos, considera-se o reconhecimento da flexibilização das negociações trabalhistas, a garantia de direitos às trabalhadoras domésticas iguais aos dos demais trabalhadores, a lei de terceirização para atividades-fim e a Reforma Trabalhista implementada em 2017, que, entre outras medidas, regulamentou o fracionamento das férias em até três períodos, o trabalho intermitente, o trabalho remoto e o trabalho parcial.

Para finalizar, Ulysses Guimarães, em seu discurso, afirma que “no que tange à Constituição, a Nação mudou. A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes, mudou restaurando a federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa”. [8]



## PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

O CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO SOCIAL RESSALTA A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS

Ensina Lafayette Josué Petter que “valorizar o trabalho, então, equivale a valorizar a pessoa humana, e o exercício de uma profissão pode e deve conduzir à realização de uma vocação do homem” (*Princípios constitucionais da ordem econômica – o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal*, 2008).

Não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Constituição de 1988 sem entender a teoria dos direitos sociais fundamentais, o princípio da igualdade, os instrumentos processuais que os asseguram e o papel que doravante o Supremo Tribunal Federal (STF) assume na guarda da Constituição.

Decorrente de um movimento que buscou a constitucionalização dos direitos fundamentais, a

sua proteção passou a caber ao Poder Judiciário. O que se verifica, ao longo dessas últimas décadas é um agigantamento desse poder a partir de decisões que buscam dar efetividade aos dispositivos constitucionais.

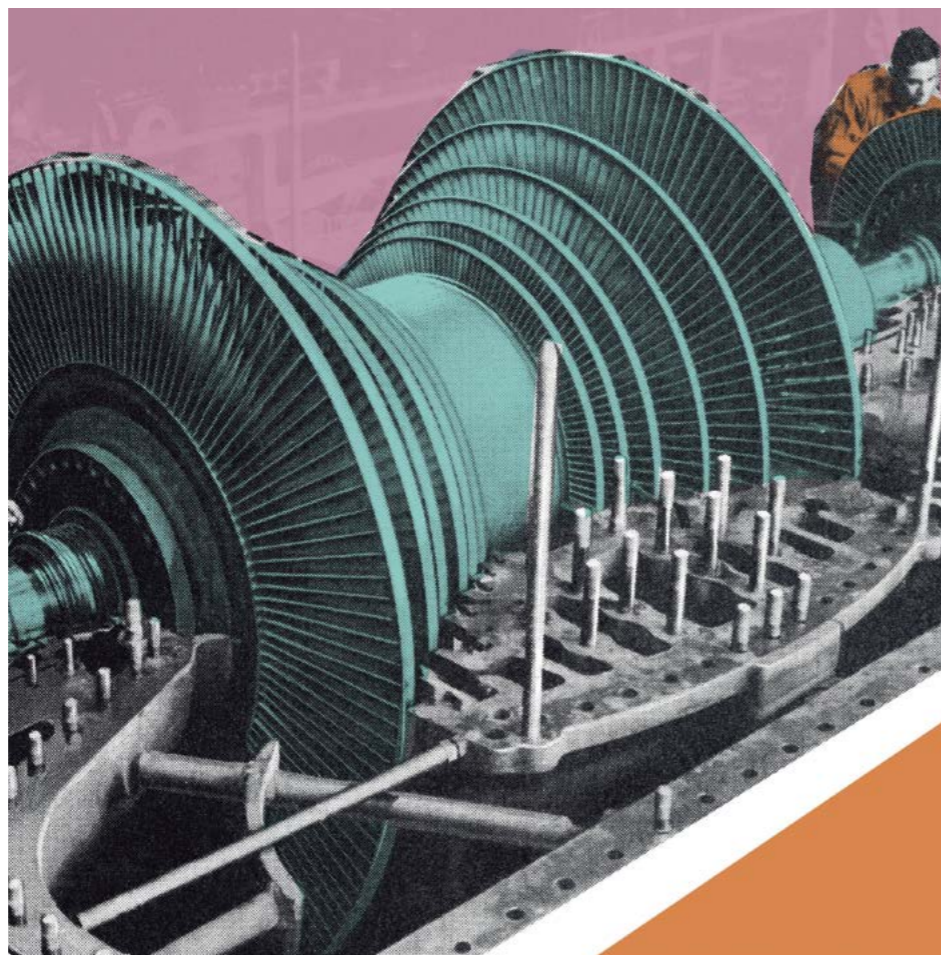
Explica Ingo Wolfgang Sarlet que “é preciso reconhecer que na esfera dos direitos dos trabalhadores situam-se exemplos extremamente controversos e que, nos últimos anos, passaram a receber atenção cada vez maior por parte da doutrina e jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Cuidado, em geral, de situações nas quais a Constituição remete expressamente ao legislador infraconstitucional e onde o reconhecimento de uma aplicabilidade imediata, em especial para atribuição de posições subjetivas não previstas em leis e que ultrapassem eventuais patamares mínimos expressamente estabelecidos no plano constitucional, encontra forte resistência, inclusive pelos riscos em termos de segurança jurídica e trata-

mento isonômico, além dos impactos sobre as economias pública e privada. Dentre tais situações, destacam-se o direito de greve dos servidores públicos, o aviso prévio proporcional e a proteção contra a despedida arbitrária, em que a contumaz omissão legislativa durante anos foi tida como obstáculo à fruição plena dos direitos constitucionalmente assegurados” (*Curso de Direito Constitucional*).

Uma primeira situação que foi objeto de análise pelo STF corresponde ao salário mínimo. Nos termos da Constituição, artigo 7º, inciso IV, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Considerando a ampla proteção que o salário mínimo deve garantir, tendo em vista a dignidade do ser humano, o STF já se manifestou no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade por omissão parcial desse dispositivo, em razão da insuficiência do valor para atender às necessidades constitucionalmente indicadas.

Nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence, “a insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República” (ADI 1.458-7). Ele ex-



plica que “as situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado, qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário” (ADI 1.458-7).

Ocorre que a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do reajuste periódico do salário mínimo traria

consequências piores do que a sua manutenção. Para o STF, se não fosse assim, as opções seriam o vácuo legislativo ou a restauração da lei anterior, com valor ainda mais baixo de salário mínimo. Situações consideradas mais prejudiciais do que a manutenção da atual.

Uma segunda situação, já analisada pelo STF, envolve o direito de greve, previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição. Diz ele que o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Trata-se de direito fundamental do trabalhador em que a falta de norma regulamentadora para o seu exercício no

setor público levou a grandes discussões sobre a eficácia desse dispositivo.

Contudo, nesses 30 anos de Constituição, considera-se a atuação do STF um avanço no sentido de sua efetivação, já que o Supremo assumiu, no Mandado de Injução n.º 670, a posição concretista geral, em que propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação analógica, no que couber, da Lei n.º 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. A mudança em relação à posição anterior deveu-se à aplicação a todos os servidores que estivessem na hipótese de incidência da norma e, dessa forma, afastou os efeitos da omissão legislativa em caráter geral.

Uma terceira situação corresponde à flexibilização nas negociações coletivas que, por meio da atuação das entidades sindicais, oferece maiores oportunidades de empregos na medida em que implica adaptações e modificações necessárias para a criação de novas formas de contratação, com o objetivo de trazer de volta ao mercado o vasto contingente de trabalhadores desempregados ou na economia informal, além de possibilitar às empresas condições para o saneamento de suas estruturas com o intuito da própria preservação.

Verifica-se que, durante muito tempo, a flexibilização da legislação trabalhista nas relações de trabalho encontrou por parte dos Tribunais Trabalhistas grande resistência. Hoje, o que a fundamenta é a crise econômica vivenciada pelo País, que encontrou na flexibilização das normas trabalhistas uma saída para evitar cortes de pessoal e, assim, a expansão do desemprego.

Nesse sentido, considerada como uma conquista pelos empresários, a Reforma Trabalhista de 2017 procurou renovar a legislação nessa área, já considerada como defasada. Um dos pontos de destaque foi permitir, em algumas situações (artigos 611-A e 611-B), a prevalência do negociado sobre o legislado no âmbito do acordo individual, que tem como condição a observância dos direitos garantidos constitucionalmente. São exemplos de situações em que prevalecerá o negociado sobre o legislado: a redução do intervalo intrajornada para até 30 minutos, compensação de jornada, horários para descanso e amamentação para a empregada mulher, entre outros.

Uma quarta situação: em decisão recente provocada por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 324 e do Recurso Extraordinário n.º 958252, o STF considerou lícita a terceirização entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas. Assim, autorizou a terceirização da atividade-fim.

O ministro Luís Roberto Barroso considerou lícita a terceirização, desde que não seja abusiva, por entender que as empresas procuram se especializar em suas atividades principais para se adaptarem ao mercado, garantir sua sobrevivência e gerar empregos. Ele coloca que a proibição da terceirização viola os princípios constitucionais da livre-iniciativa e livre concorrência na economia.

Para o ministro Celso de Mello, o movimento na Justiça Trabalhista, sobretudo com a proliferação de demandas coletivas para discutir a legalidade

da terceirização, implica redução das condições de competitividade das empresas. Ele observa: “O custo da estruturação de sua atividade empresarial aumenta e, por consequência, o preço praticado no mercado de consumo também é majorado, disso resultando prejuízo para sociedade como um todo, inclusive do ponto de vista de qualidade dos produtos e serviços disponibilizados”.

Além disso, a ministra Cármen Lúcia observa que a terceirização não é causa da precarização do trabalho nem viola, por si só, a dignidade do trabalho. Coloca ela que, se isso acontecer, há o Poder Judiciário para impedir os abusos. Para a ministra, trata-se de uma nova forma de pensar em ofertar mais postos de trabalho com maior especialização, garantindo a igualdade entre aqueles que prestam o serviço.

Dessa forma, verifica-se que, aos 30 anos da Constituição brasileira, apesar de algumas conquistas, o País ainda enfrenta desafios de ordens econômica, social e política. Uma Constituição criada para reduzir as desigualdades sociais, busca por um desenvolvimento econômico firmado no compromisso de maior justiça social e de proteção ao trabalhador. Considerando a excessiva constitucionalização, enfrenta a judicialização de direitos como forma de efetivá-los.

Em termos de perspectivas, em matéria econômica, é preciso superar o preconceito contra a livre-iniciativa e o empreendedorismo. A Constituição coloca em diversos momentos a valorização do trabalho ao lado da livre-iniciativa. Assim, aplicar a Constituição significa permitir um capitalismo pautado na proteção ao trabalhador. [8]



## QUANDO A JUSTIÇA CRIA DESPESAS

Um grave caso de ativismo judicial foi divulgado pela grande imprensa recentemente. Trata-se da decisão da Justiça do Trabalho em utilizar um índice de correção dos débitos trabalhistas diferente do que consta em lei. O que é o débito trabalhista? Toda vez que uma parte recorre de uma sentença judicial, ela fica sujeita a pagar o que deve mais à frente com o valor corrigido pela inflação. Nada mais justo. Afinal, o reclamante não pode ser prejudicado pela decisão do reclamado.

Isso sempre foi assim: os juízes corrigiam o débito aplicando a Taxa Referencial Diária (TRD), com acréscimo de 1% ao mês ou 12% ao ano. Entretanto, muitos juízes passaram a aplicar o Índice de Preços ao Consumidor Amplo-Especial (IPCA-E) também acrescido de 1% ao mês de juros ou 12% ao ano. Para evitar que isso ocorresse, a Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) reafirmou que os débitos trabalhistas devem ser corrigidos pela Taxa Referencial (TR), com acréscimo de 1% ao mês ou 12% ao ano por causa dos juros de mora. Mas muitos juízes continuam aplicando o IPCA-E.

**NÃO TEM CABIMENTO QUE UMA LEI DEFINA UM INDEXADOR E A JUSTIÇA DO TRABALHO APLIQUE OUTRO. A DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS DE CORREÇÃO É DA COMPETÊNCIA DOS LEGISLADORES, NÃO DOS MAGISTRADOS**

Esse tipo de indexação, além de arbitrário, coloca o valor dos débitos trabalhistas na estratosfera. Por exemplo, uma condenação no valor de R\$ 30 mil na primeira instância, depois de o recurso tramitar seis anos nos três níveis do Poder Judiciário, passa a ter um valor de R\$ 74.575,44, quando corrigidos pelo IPCA-E mais 12% de juros ao ano. Se aplicada a nova lei com o devido rigor, o referido valor seria de R\$ 54.470,44.

A referida oneração tem impactos importantes. As empresas serão obrigadas a fazer provisão de valores altíssimos na sua contabilidade, o que comprometerá o seu balanço, afetará a sua imagem e o seu valor na Bolsa de Valores. Em decor-

rência disso, perdem os trabalhadores, porque as empresas terão reduzida a sua capacidade de investir, expandir e criar postos de trabalho.

Pela magnitude da oneração, fica claro concluir não haver aplicação financeira no Brasil que renda em seis anos o montante indicado. É claro que os reclamantes precisam que os valores em disputa sejam protegidos contra a inflação. Entretanto, justifica transformar essa correção no investimento mais lucrativo do País. Sim, porque muitos credores e seus advogados procurariam postergar a solução dos conflitos, agravando ainda mais o crônico congestionamento de processos na Justiça do Trabalho. Não tem o menor cabimento que uma lei defina um indexador e a Justiça do Trabalho aplique outro. Ademais, a definição de critérios de correção monetária é da competência dos legisladores, não dos magistrados. A estes compete aplicar as leis. [ & ]

*José Pastore é presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da FecomercioSP*

**F&CSP**

**Senac**

**Sesc**

AQUI TEM A FORÇA DO COMÉRCIO

&

PUBLICAÇÃO DA FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PRESIDENTE ABRAM SZAJMAN • SUPERINTENDENTE ANTONIO CARLOS BORGES • COLABORAÇÃO ASSESSORIA TÉCNICA • COORDENAÇÃO EDITORIAL E PRODUÇÃO TUTU • DIRETOR DE CONTEÚDO ANDRÉ ROCHA • EDITORA IRACY PAULINA • FALE COM A GENTE PUBLICACOES@FECOMERCIO.COM.BR RUA DOUTOR PLÍNIO BARRETO, 285 • BELA VISTA • 01313-020 • SÃO PAULO – SP • [www.fecomercio.com.br](http://www.fecomercio.com.br)

Todos os direitos patrimoniais relativos ao conteúdo desta obra são de propriedade exclusiva da FecomercioSP, nos termos da Lei n.º 9.610/98 e demais disposições legais aplicáveis à espécie. A reprodução total ou parcial é proibida sem autorização