

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

Leonardo Jose Diehl

**O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO
DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 48**

Passo Fundo - RS
2024

Leonardo Jose Diehl

**○ CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO
DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 48**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), em sua área de concentração “Novos Paradigmas do Direito”, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Adriana Fasolo Pilati.

Passo Fundo – RS
2024

CIP – Catalogação na Publicação

D559c Diehl, Leonardo Jose
O controle concentrado de constitucionalidade e a ação
direta de constitucionalidade 48 [recurso eletrônico] /
Leonardo Jose Diehl. – 2024.
738 KB : PDF.

Orientadora: Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de
Passo Fundo, 2024.

1. Direito constitucional - Brasil. 2. Controle de
constitucionalidade. 3. Transportes de carga - Direito do
trabalho - Motoristas. I. Pilati, Adriana Fasolo, orientadora.
II. Título.

CDU: 342(81)

Catalogação: Bibliotecária Juliana Langaro Silveira - CRB 10/2427

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“O CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO DIRETA DE
CONSTITUCIONALIDADE 48”**

Elaborada por

LEONARDO JOSÉ DIHEL

Como requisito parcial para a obtenção do grau de “Mestre em Direito”
Área de Concentração – Novos Paradigmas do Direito

APROVADO COM LOUVOR

Pela Comissão Examinadora em: 21/03/2024



Dra. Adriana Fasolo Pilati
Presidente da Comissão Examinadora
Orientadora



Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Coordenador PPGDireito



Dra. Karen Beltrame Becker Fritz
Membro interno



Dra. Cleide Calgare
Membro externo



Dr. Ipojucan Demétrius Vecchi
Membro externo



TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e a orientadora de toda e qualquer responsabilidade acerca desse.

Passo Fundo, 28 de fevereiro de 2024.

LEONARDO JOSÉ DIEHL

Mestrando

AGRADECIMENTOS

Agradeço à vida e aos meus pais, por terem me proporcionado vivências e experiências tão doces diante de um mundo repleto de mazelas e injustiças.

Agradeço a todos os professores e colaboradores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo, pelas experiências trocadas, inspiração e provocações tão pertinentes e esclarecedoras. Em especial, à Professora Doutora Karen Becker Fritz, a quem fiquei devendo uma análise econômica do direito, muito pertinente neste caso.

Agradeço ao Professor Doutor Ipojucam Demétrius Vecchi, por ter feito parte da minha banca e ter sido sempre um norte doutrinário em minha vida profissional, desde as cadeiras da graduação, quando tive o prazer de ser seu aluno.

Agradeço à Professora Doutora Cleide Calgaro, por ter aceitado o convite de participar da minha banca e ter contribuído com sugestões tão pertinentes e valorosas, desde a qualificação.

Agradeço, especialmente, à minha amiga, orientadora, e inspiradora Professora Doutora Adriana Fasolo Pilati, que foi minha professora na graduação; orientadora no estágio docente; inspiração com suas aulas do mestrado, que me levaram à escolha do presente tema de pesquisa; e minha salvadora, como orientadora nesta dissertação. Seu olhar sempre leve e qualificado tornou o processo de escrita deste trabalho muito mais feliz.

Agradeço aos colegas do curso de mestrado, pelas reuniões, pelo “pãozinho”, pelas jantãs, pelas calorosas discussões, mas, acima de tudo, pelas amizades verdadeiras e duradouras que construí.

À Cristiane, minha esposa, e ao Matheus, meu filho,
razões da minha dedicação e do meu esmero.

Parafraseando Lulu Santos, “Deixo assim ficar subentendido...”

RESUMO

O propósito deste estudo é avaliar a decisão tomada pelo STF na Ação Direta de Constitucionalidade de nº 48, que julgou constitucional a Lei 11.442/2007, no que tange à caracterização do contrato do Transportador Autônomo de Cargas (TAC), como relação comercial sem possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício. O objetivo principal do Controle Concentrado de Constitucionalidade é promover a garantia e efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal Brasileira, entre eles, as garantias direcionadas aos trabalhadores. Porém, a decisão citada impede o acesso a estes direitos a uma parcela significativa de trabalhadores do setor de transporte rodoviário de cargas. Pretende-se examinar possíveis resoluções ao problema, analisando a adequação à ADC 48 aos objetivos do Controle Concentrado de Constitucionalidade. Para tanto, faz-se uma análise histórica da importância do Constitucionalismo e dos objetivos do Controle Concentrado de Constitucionalidade, em comparação com a decisão prolatada na referida ADC.

Palavras-chave: Constituição. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Vínculo de Emprego. Subordinação.

RESUMEN

El objetivo de este estudio es evaluar la decisión tomada por el STF en la Acción Directa de Constitucionalidad número 48, que consideró constitucional la Ley 11.442/2007 en lo que respecta a la caracterización del contrato de Transportador de Carga Autónomo (TAC), como relación comercial, sin posibilidad de reconocer la relación laboral. El objetivo principal de la Concentración de Control de Constitucionalidad es promover la garantía y el ejercicio de los derechos previstos en la Constitución Federal, entre ellas, garantías dirigidas a los trabajadores. Sin embargo, la citada decisión impide el acceso a estos derechos a una parte importante de los trabajadores del sector del transporte de mercancías por carretera. Se pretende examinar posibles soluciones al problema, analizando la adecuación de la ADC 48 a los objetivos del Control Concentrado de Constitucionalidad. A partir de esto, se hace un análisis histórico de la importancia del Constitucionalismo y los objetivos del Control Concentrado de Constitucionalidad, en comparación con la decisión tomada en la citada ADC.

Palabras clave: Constitución. Control Concentrado de Constitucionalidad. Bono de Empleo. Subordinación.

LISTA DE ABREVIATURA

TAC – Transportador Autônomo de Cargas

ETC – Empresa de Transporte de Cargas

ANTT – Agência Nacional de Transporte Terrestre

RNTRC – Registro Nacional de Transportador Rodoviário de Cargas

STF – Supremo Tribunal Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO.....	14
1.1 O surgimento das Constituições.....	15
1.2 O Neoconstitucionalismo.....	23
1.3 A proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição.....	29
2 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E O STF.....	33
2.1 O surgimento do controle concentrado de constitucionalidade.....	33
2.2 O ativismo judicial.....	42
2.3 O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.....	43
2.4 O direito do trabalho e o controle concentrado de constitucionalidade.....	47
2.5 As Dimensões De Poder.....	50
3 A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 48.....	60
3.1 Os elementos da relação de emprego.....	61
3.2 O contexto do setor de transporte no Brasil.....	66
3.3 A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade 48.....	72
3.4 Os efeitos da decisão em relação aos direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos.....	77
3.5 ADC 48 e sua adequação aos objetivos do controle de constitucionalidade.....	79
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS.....	90

INTRODUÇÃO

A Constituição se revela importante ferramenta jurídica no campo do Direito, como instrumento de registro e garantia de direitos fundamentais, além de organização do poder. A Ciência Jurídica é resultado de uma evolução histórica, especialmente atrelada ao mundo ocidental, já que foi ganhando relevância no cenário das decisões políticas em diversos estados europeus por volta dos anos 1000.

Todavia, autores de várias partes do mundo, a exemplo de Ferrajoli e Castells, apontam para a crise quase que total da democracia e do próprio constitucionalismo, nas mesmas proporções. Isso serve para alertar, sobretudo, os crescentes desrespeitos às bases constitucionais citados pelos autores concomitantemente traz junto a si o desrespeito a direitos básicos de povos de diversas nações.

Observando a proposta da Linha de Pesquisa 1 (Jurisdição Constitucional e Democracia), a temática de pesquisa desta dissertação se inspirou, justamente, nesta constatação. Muitas vezes, a falta de aplicabilidade dos direitos constitucionais internos dos países não atinge de forma direta e agressiva o seu povo, mas por pequenas fissuras e infiltrações. Aparentemente são imperceptíveis, mas, no longo prazo, minam as estruturas públicas e os sistemas regionais, de lacunas, pois a não efetivação de direitos causa danos de grandes proporções.

O próprio neoconstitucionalismo é uma vertente que se alicerça nas constituições como meio de resposta a um momento de quebra de paradigmas e mudanças significativas no cenário mundial, que vieram para exigir respostas no sentido de promover o bem comum, garantir a dignidade das nações e das pessoas, em sua integralidade e individualidade.

No contexto da Jurisdição Constitucional como ferramenta de promoção da democracia, o Controle Concentrado de Constitucionalidade, desde o emblemático caso “Marbury x Madison”, tem se consolidado como ferramenta de deliberação democrática e instrumento de garantia dos direitos constitucionalmente insculpidos.

No Brasil, não é diferente. Apesar de críticas quanto à legitimidade dos mesmos e acusações pejorativas de “ativismo”, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se tornado protagonista em importantes discussões jurídico-políticas, com repercussões de extrema relevância.

O papel da Corte Constitucional, no seu cerne, tem o escopo de ser um campo de batalha pela efetividade dos direitos constitucionalmente positivados. Ferrajoli relaciona esses direitos ao que chama de “esfera do indecível”, na concepção de serem uma parcela de garantias que estão alheias à disposição dos poderes e da própria maioria. Se tratam de direitos que devem prevalecer e ser efetivados a todos os seus destinatários, sem possibilidade de deliberação, por isso neste estudo lhes é dada atenção.

Porém, o trabalho de interpretação passa por um juízo valorativo e hermenêutico, nem sempre tranquilo ou livre de críticas. A magnitude da repercussão das decisões tomadas pelo STF e a sensibilidade dos temas por ele tratados, não raras vezes, provoca a discussão acerca da sua conveniência, ou não.

Neste viés, o cenário de transporte nacional e o direito trabalhista – a ele afeto –, sofreu profunda e retumbante influência a partir de uma decisão de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, pela qual declarou constitucional uma legislação infraconstitucional, que resultou em afastar uma parcela de trabalhadores da garantia e efetividade de direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos.

A ADC 48 julgou constitucional e pacificou o entendimento de que é válido o texto do artigo 5º da Lei 11.442/2007, que afasta a possibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego na contratação do motorista de veículo rodoviário de cargas, quando cumpridos os requisitos para caracterização do que a lei chama de TAC (Transportador Autônomo de Cargas). Basicamente, as exigências formais são: ter registro junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e ser proprietário ou arrendatário do veículo que dirige e explora.

Para o direito do trabalho, o caso repercute contrariamente à evolução dos conceitos de subordinação estrutural que – em linha diversa da Lei 11.442/2007 – ampliava a proteção aos trabalhadores, estendendo a garantia dos direitos trabalhistas ao motorista “autônomo” quando não caracterizada de forma cabal a autonomia alegada.

Para os motoristas de transporte rodoviário de cargas, a legislação praticamente impede ou dificulta significativamente o acesso aos direitos constitucionalmente garantidos. A repercussão da temática justifica a discussão.

A adequada compreensão dos conceitos e objetivos envolvidos na questão e a análise da pertinência da decisão, em relação a estes conceitos e objetivos, merece acurada dedicação. Afinal, se o objetivo do Controle Concentrado de Constitucionalidade é garantir

a efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos – entre eles, os direitos direcionados aos trabalhadores –, a decisão da ADC 48 não estaria contrariando seus próprios objetivos?

Esta é a discussão que se pretende desenvolver no presente trabalho, passando por um breve apanhado histórico acerca da evolução do constitucionalismo, até o movimento conhecido por neoconstitucionalismo. Neste percurso de estudos, a paulatina inserção do direito do trabalho no âmbito constitucional é uma questão que também será abordada.

Embasando-se no escólio dos ministros Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso, a discussão teórica perpassa a compreensão do surgimento e dos objetivos do Controle Concentrado de Constitucionalidade, com especial atenção aos modelos norte-americano e ao brasileiro de controle.

As críticas à garantia, ao ativismo e à própria legitimidade do Controle Concentrado de Constitucionalidade também merecem ser consideradas, no intuito de compreender alguns fundamentos que lhe embasam, com vistas a uma compreensão mais acurada sobre o próprio tema.

É válido salientar que um breve aparte acabou sendo adicionado ao estudo, após contundentes críticas e reflexões sobre o tema das “dimensões de poder”, que não é bem o tema da Linha de Pesquisa à qual este trabalho se conecta. Todavia, pela sua evidente conexão e importantes conclusões, não poderia deixar de ser mencionada.

Ter uma compreensão acerca do cenário do transporte brasileiro e dos principais conceitos juslaboralistas é importante para acompanhar a análise que aqui será discutida. Se tratam duas temáticas que inter-relacionam os conceitos que serão estudados e que servem de suporte às considerações alcançadas.

Espera-se que, ao final, a temática central proposta neste estudo, relativa à adequação da ADC 48 e aos objetivos do Controle Concentrado de Constitucionalidade, seja capaz de contribuir para a sociedade atual e futura. Espera-se, também, que essa escrita seja de agrado ao leitor que se interessa pelo assunto.

Deseja-se uma boa leitura!

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO

A compreensão de um tema depende da compreensão do contexto do seu surgimento e, ainda que minimamente, das suas principais bases históricas. As constituições surgidas pelo mundo não foram acontecimentos ao acaso. São resultados de uma evolução histórica complexa.

Neste viés, antes de falar do tema central do trabalho, a ADC 48, é primordial compreender o que é o Controle Concentrado de Constitucionalidade. Mas, para entender esta ferramenta, é indispensável uma prévia compreensão sobre o próprio constitucionalismo.

1.1 O surgimento das Constituições

A história mundial traz em seu interior uma incessante busca por sistematizar meios e formas de organizações sociais. Nem sempre os objetivos declarados e os efetivamente pretendidos destas organizações foram coincidentes. Como enfatiza Kelsen (2021, p. 22): “Toda ideologia tem sua raiz no querer, não no conhecimento, e sua origem em certos interesses, mais precisamente, interesses diversos do interesse na verdade”.

Mas, ao menos em direito, pode-se afirmar que talvez seja este um dos principais fins: definir os objetivos da organização social e persegui-los de forma eficiente.

Gilmar Mendes (2020, p. 39), citando palavras de Karl Loewenstein, lembra que a própria Grécia já tinha algumas “normas importantes”, com o intuito de “submeter o exercício do poder à razão”, limitando o poder dos governantes. São palavras de Loewenstein (*apud* Mendes, 2020, p. 39):

[...] pelo amor da racionalização e, com isso, da limitação do poder, idearam certas instituições e técnicas políticas pelas quais o cidadão podia participar na formação da vontade comum e proteger sua esfera de autodeterminação contra o capricho e a arbitrariedade dos governantes [...]. O governo constitucional e, ao mesmo tempo, a democracia constitucional havia sido descobertos.

Segundo Maia (2015, p. 35), na Idade Antiga imperava o feudalismo, no qual o Estado e a Igreja estavam intimamente ligados. Para o senso comum, as decisões do Estado

expressassem uma “vontade divina”, normalmente resultando em formas de manter os privilégios das classes mais altas da sociedade.

A história é repleta de exemplos e variantes acerca destas organizações. Com maior enfoque na história ocidental, pode-se citar que a Grécia, que foi berço de grandes filósofos como Platão e Aristóteles e que era organizada em “polis”, tem exemplos distintos de participações mais democráticas ou mais absolutistas (Romero, 2012). Mas, é inegável que os ideais, dito “helenísticos”, influenciaram sobremaneira os estudos acerca da organização da sociedade (Romero, 2012, p. 84).

Tanto que os próprios Romanos, conforme leciona José Luis Romero (2012, p.90), que depois acabaram por conquistar a Grécia, abeberaram-se de forma contundente nestes ideais helenísticos. Inclusive, permeiam as ordenações Graconianas, que foram determinantes para a transformação da Roma democrática no Império Romano.

Com o crescimento do prestígio das cidades, desenvolveu-se o comércio e os exércitos, crescendo a importância da monarquia. Surge o período conhecido por Idade Média, onde ganham importância os conceitos de soberania e ganha relevância o poder do rei – absolutista, opressor e esmagador de direitos individuais. A opressão leva a diversos manifestos pela liberdade frente ao absolutismo estatal (Maia, 2015, p.47).

O Império Romano perdurou por vários anos, na Idade Média, até a queda de Constantinopla, diante do exército Otomano.

Passando por arranjos, vinculando a religião e a política, pretendendo alguma participação mais ou menos democrática, ou mais absolutista, as formas de organização social foram sendo superadas, uma a uma.

Gilmar Mendes (2020, p. 39) destaca que, ainda na idade média, haviam as chamadas “Leis Fundamentais”, que eram diferenciadas das próprias leis proferidas pelo rei. Cita-se, como exemplo, a Carta Magna de 1215, pela qual os barões ingleses impuseram ao Rei João Sem Terra uma série de limitações ao seu poder.

Citando Jean Bodin, enfatiza Gilmar Mendes (2020, p. 40) que tal autor foi o responsável pela publicação dos “Seis Livros da República”, que teoriza sobre o poder absoluto do rei, em Paris, no ano de 1576. Nesta obra já haveria o reconhecimento de que até mesmo o poder absoluto do soberano estaria limitado a algumas regras pré-existentes, como a conservação da propriedade da coroa e dos súditos.

Para Gilmar Mendes (2020, p. 41), a história evoluiu com Thomas Hobbes e seu emblemático Leviatã, na busca por fundamentar o poder do Estado não sob um poder divino, mas no que ficou conhecido por “Contrato Social”, distinguindo-o da condição “natural” da sociedade. Os indivíduos para sua autopreservação e preservação de suas propriedades, instituem um poder soberano comum, com a obrigação de protegê-los.

Conta Gilmar Mendes (2020, p. 41) que, com John Locke, o Estado ganhou contornos mais liberais para desfrutar da propriedade de forma segura – desenvolveu-se uma sociedade política, aperfeiçoando normas que preexistiam, em que o Estado era o garantidor da propriedade. Explica Mendes (2020, p. 41) que na teoria de Locke, no que tange à sua principal contribuição para as constituições modernas, destacou-se uma importante distinção entre poder absoluto e poder moderado, já que o Estado criado pela sociedade política tinha obrigação de proteger e garantir alguns direitos que a sociedade natural demandava (em especial o direito à propriedade e à soberania).

Locke se opôs ao Estado Absoluto, advogando por uma moderação que se dava por meio da separação dos poderes Executivo e Legislativo (Mendes, 2020, p. 41). Este último com prevalência sobre o primeiro, mas todos limitados pelos objetivos e limites da sociedade natural que lhe deram origem – não no sentido de que o povo tenha poder, mas no sentido de que o governo não tem ampla liberdade para fazer o que bem entender.

Em 1688, a Revolução Gloriosa marca a história inglesa, por meio da qual o parlamento ganha supremacia em contraposição à coroa – ocasião na qual adota-se o *Bill of Rights*, que restringe os poderes dos reis à autorização parlamentar (Mendes, 2020, p. 41). Por meio desta, o Legislativo ganha “o direito de fazer ou desfazer qualquer lei que seja; e, mais, [significa] que nenhuma pessoa ou entidade goza de reconhecimento legal para superar ou deixar de lado a legislação do parlamento” (Mendes, 2020, p. 41). No século XVIII, difundiu-se que a forma da Constituição Inglesa, com a convivência do poder Legislativo e Executivo, era a configuração política ideal (Mendes, 2020, p. 41).

Em 1748, Montesquieu publica a obra “o Espírito das Leis”, com evidente predileção pela moderação do poder, professada por Locke (Mendes, 2020, p. 41). Montesquieu refina a teoria, dividindo ainda mais o poder: o Legislativo e o Executivo foi dividido entre o “Executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes” (Poder Executivo) e o “Executivo das que dependem do direito civil” (Poder de Julgar).

Montesquieu apura o conceito de liberdade política, estremando-o da acepção de mera faculdade de se fazer o que se quer. Montesquieu define a liberdade como o poder de fazer tudo o que se deve querer, tudo o que as leis permitem e em não ser constringido a fazer o que não se deve desejar fazer. (Mendes, 2020, p. 42)

Como se nota, Montesquieu destaca a tendência do homem em abusar do poder, sendo muito provável que abuse do poder até onde encontrar algum limite. A Constituição, seguindo o modelo inglês, ganha um contorno de organização e separação dos poderes, regulando as relações entre esses poderes. Tem como objetivo claro a limitação do poder, uma forma de evitar a usurpação do mesmo, que é conferido aos responsáveis pelas decisões do Estado.

Com Rousseau, o contrato social ganhou contornos de promoção do bem social e de soberania popular. Já em 1762, quando publica a obra “Contrato Social”, suas ideias geraram comoção e reações adversas (Mendes, 2020, p. 43). Segundo sua teoria, o povo abre mão de sua liberdade natural, forjando a liberdade civil. Em decorrência disso, sendo o titular originário do poder, mesmo com a constituição política, não perde a soberania e a possibilidade de retomar o que foi delegado aos governantes. Conta Gilmar Mendes (2020, p. 43) que, segundo Rousseau, a Constituição serviria apenas para limitar os poderes instituídos, mas não de limitação à vontade do povo.

Para Rousseau, “não existe nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social”. A Constituição não tem função de limite ou de garantia, apenas cuida dos poderes instituídos, não podendo restringir a expressão da vontade do povo soberano. (Mendes, 2020, p. 43)

A Revolução Francesa deflagrou a oposição contra a monarquia absolutista, muito com base nos ideais que Rousseau defendia. Disto sobreveio que a “soberania do povo” deveria ser exercida por seus representantes, e que os poderes do Estado deveriam ser divididos (Mendes, 2020, p. 43). O parlamento, representante do povo, ganhou importância e as Constituições Francesas de 1791 e 1795 vieram consolidando as ideias de separação dos poderes e prevalência do legislativo, inclusive sobre o monarca. Segundo Mendes (2020, p. 44-45), ao fim e ao cabo, o parlamento se tornou absolutista porque tinha prevalência sobre os demais poderes e, na prática, tinha prevalência também sobre os cidadãos que “representavam”.

Sintetizando a ideia de Peces-Barba, o professor Marcos Leite Garcia (2005, p. 421) explica que os direitos fundamentais são criação do mundo moderno, no período que ele chama de “trânsito à modernidade”, entre o fim da Idade Média até o início da Idade Moderna, entre os séculos XIV e XVIII. Segundo Garcia:

Com as mudanças que se darão no trânsito à modernidade, a pessoa reclamará sua liberdade religiosa intelectual, política e econômica, na passagem progressiva desde uma sociedade teocêntrica e estamental a uma sociedade antropocêntrica e individualista. (Garcia, 2005, p. 421)

Os inúmeros acontecimentos deste período consolidaram a ideia de que o homem nasce com direitos inatos (direitos naturais) que devem ser garantidos por meio de leis positivas, dando fundamento ao contrato social. Com base nas lições de Sarlet (2010, p. 38), entre diversos pensadores que fundamentaram esta evolução, sem esgotá-la, pode-se ilustrá-la, pelo pensamento de Santo Tomás de Aquino que, partindo da ideologia cristã, já sustentava a concepção de direitos inatos e a necessidade de um direito escrito capaz de justificar até a oposição da população em face dos seus governantes. Veja-se:

De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população. (Sarlet, 2010, p. 38)

Aliás, mesmo John Locke já professava o direito do cidadão de se opor ao Estado, quando a autoridade do estado excede os limites da lei:

Aquele que exceda com sua autoridade o poder que lhe foi dado pela lei e faça uso da força que possui sob seu comando para fazer, com respeito aos súditos, o que a lei não permite, deixa, por isso, de ser magistrado e, como delibera sem autoridade, justifica a oposição que se lhe faça, assim como nos opomos a qualquer pessoa que viole com a força o direito alheio. (Bittar, 2016, p.157)

A evolução histórica leva à compreensão de que o Estado absoluto deve ser limitado. Surge o império da Lei e o Estado perde a importância, situação na qual se conheceu o “Estado Mínimo”, tendo entre seus objetivos, basicamente, a garantia da segurança e da propriedade (Maia, 2015, p.61). Essa situação reforça o crescimento do capitalismo e do liberalismo.

A eliminação dos privilégios estamentais e o surgimento da empresa capitalista possibilitaram a oposição da razão à “Ética do Príncipe”. O direito como limite ao monarca, ou, ao parlamento. O império da Lei.

O advento dos direitos de primeira geração ocorre neste momento da história, sendo eles: liberdade, igualdade e propriedade. Estes direitos visam o “Estado Mínimo”, que significaria a separação entre Estado e Moral. A partir de então, o Estado apenas deveria garantir a segurança da propriedade e, por sua vez, a moral ficaria relegada à consciência autônoma do indivíduo.

O liberalismo levou ao que se pode resumir pela “mão livre do mercado”, que advém da expressão francesa “*laissez faire, laissez passer*”. O resultado foi que os direitos individuais deixaram de ser oprimidos pelo Estado, para serem oprimidos pelos grandes detentores do capital.

É de considerar que, muito embora sua posição fosse avançada para a época, era uma elegibilidade censitária, somente votando e sendo votado aqueles que possuíam determinada renda e contribuíssem com certa quantia em tributos. Mulheres jamais seriam eleitas, como também estrangeiros e alguns trabalhadores que podiam apenas votar. De qualquer sorte, Sieyès (2001, p. 40) teve importantes contribuições ao constitucionalismo moderno ao distinguir o Poder Legislativo do Poder Constituinte e de estabelecer a constituição como a “Lei Fundamental” e, as demais normas, em leis fundadas, derivadas da primeira.

Nesta questão da representatividade, é de fundamental importância a conceituação de “poder constituído” e “poder constituinte”. Para Sieyès:

[...] a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Desse modo, todas as partes do governo dependem em última análise da nação. (Sieyès, 2001, p. 81)

No apanhado histórico das Constituições, vale destacar a importante contribuição norte-americana. Nos Estados Unidos, ao contrário da Europa, o presidente era eleito pelo voto popular. Logo, para os americanos, o monarca absolutista não era uma ameaça. A ameaça de absolutismo, neste caso, vinha do parlamento (um dos motivos da revolução da

colônia foi o comportamento absolutista do parlamento britânico, com a imposição de tributos elevados).

Foi essa situação que levou à criação de uma Constituição observando um balanço equilibrado dos poderes do Estado. A Constituição estadunidense fundou-se sob a ideia de prevenção contra possíveis arbitrariedades do Congresso. Como explica Mendes (2020, p. 47): “a manutenção da liberdade não somente exige o estabelecimento de garantias para a sociedade em face do Estado, como também a proteção das minorias em face de um eventual abuso democrático”.

Mendes (2020, p. 48) informa que os norte-americanos perceberam, antes dos europeus, que o documento que estabelecia os limites aos poderes constituídos, também necessitava de uma proteção contra as modificações que a maioria poderia fazer em detrimento das minorias protegidas pelas limitações impostas. Destaca que esta ideia de “valor jurídico único” colaborou para o reconhecimento da “supremacia da Constituição sobre as leis”.

Conceituando o termo Constituição, em sentido jurídico normativo, Mendes leciona:

O conceito de Constituição que nos será útil não se desgarra do papel que se entende que esse instrumento deve desempenhar; por isso, o conceito de Constituição não tem como deixar de se ver carregado da ideologia do constitucionalismo. Desse movimento, como visto, a Constituição emerge como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos fundamentais. As liberdades, igualmente, são preservadas mediante a solução institucional da separação de poderes. Tudo isso, afinal, há de estar contido em um documento escrito. Quando esses traços são levados em conta, está sendo estabelecido um sentido substancial de Constituição. (Mendes, 2020, p. 48)

Para Mendes (2020, p. 48), a Constituição possui um sentido substancial, material, relativo ao conteúdo que aborda. Salaria que para além da organização do Estado e da separação dos poderes, com a evolução do Estado Social, a Constituição passou também a trazer comandos positivos de promoção da igualdade e da liberdade social – os direitos fundamentais que o Estado tem o dever de promover em relação a todos os cidadãos. Além disso, a Constituição possui um sentido formal, tendo em vista que decorre de um poder/processo constituinte e de determinados procedimentos mais rígidos de modificação, que constituem o topo da hierarquia das normas.

Canotilho (2003, p. 51) não destoa da ideia de que as Constituições, ou o constitucionalismo, tem o viés de estabelecer barreiras, para ele representa “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. Como explica o mesmo autor (Canotilho, 2003), são muitos movimentos constitucionais espalhados pelo mundo: o constitucionalismo moderno vem de muitas vertentes – da conformação do poder exercido e da garantia de direitos fundamentais, construídos a partir das decisões do *Common Law* britânico, do ideal revolucionário de ruptura francês e da ideia democrática da formação de uma lei pelo próprio povo norte-americano.

A obra de Viciano (2010, p. 96) resume que a constituição está sempre ligada às mudanças de conceitos em relação à democracia e ao governo. Considerando o constitucionalismo europeu, o autor aponta quatro momentos: as constituições liberais das revoluções burguesas; a reação conservadora das coalizões entre aristocracia e burguesia (Revolução Burguesa); a temporária recuperação do constitucionalismo do início do século XX; e a aparição do constitucionalismo social, depois da Segunda Guerra.

A opressão, não poucas vezes, culminou grandes convulsões sociais. Entre tantas, pode-se destacar a Revolução Francesa e a Primeira e Segunda Guerra Mundial.

Passo a passo, as convulsões sociais, a erupção de novas classes ou o seu fortalecimento, as lutas por direitos e os jogos de interesses foram aprimorando a ideia de organização social, como um Estado. Por sua vez, fundado num “pacto” constituinte, com finalidades específicas que se voltavam à promoção do “bem comum”, que depois se convencionou chamar de Direitos Fundamentais (Viciano, 2010, p. 96).

Já Jean Rousseau, um dos principais influenciadores da Revolução Francesa, advogava maiores responsabilidades ao Estado, atribuindo-lhe o dever de promover a igualdade entre os homens. A evolução das formas de organização social levou ao que passou a ser conhecido por “Estado do Bem-Estar Social”. O Estado mínimo passou a ter mais funções, sendo agora incumbido a intermediar relações particulares, estabelecendo limites que garantissem os direitos das minorias, promovendo direitos sociais, numa tentativa de “domar o capitalismo selvagem” (Maia, 2015, p.70).

Os Direitos Humanos ganharam natureza de lei positiva com a Declaração do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa de 1789 (Maia, 2015, p.70). Mas, foi com o fim da 2ª Guerra Mundial, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que os países romano-germânicos viram uma série de direitos fundamentais serem garantidos por novas

Constituições (Maia, 2015, p.73). Os cidadãos viram um modo de obter justiça e o Poder Judiciário ganhou efetiva força e independência.

Nesse sentido, Canotilho refere que:

A constituição em sentido moderno pretendeu, como vimos, radicar duas ideias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades. (Canotilho, 2003, p. 54 -55)

Em toda esta evolução, uma constatação é atuo-evidente e clara: a Constituição tem um papel de organizar, separar e limitar o poder, além de assegurar direitos mínimos aos cidadãos. As Constituições surgiram, em especial no mundo ocidental, como importante ferramenta de organização social. E, deste contexto, deve-se destacar a importância da consagração de diversos direitos fundamentais, bem como ferramentas de proteção e efetivação destes direitos.

1.2 O Neoconstitucionalismo

O mundo vive um momento de ruptura. Velhos conceitos começam a ser questionados. Na Grécia, os filósofos questionaram a cosmologia; na Idade Moderna, a sociedade ocidental questionou o absolutismo e, depois, o liberalismo; na atualidade, após muitos avanços em relação à democracia e o constitucionalismo, a sociedade em geral põe em xeque a própria democracia e suas instituições tradicionais.

A globalização relativizou distâncias, o casamento deixou de ser uma instituição duradoura, a liberdade de gênero substituiu a antiga dicotomia entre homem e mulher, a família passou a ter arranjos mais variados, a comunicação deixou de ser monopólio das grandes mídias, a verdade se tornou mais relativa, a ciência encontrou diversas vertentes deixando de apresentar respostas únicas, a era da racionalidade se sobreveio – enfim, abriu-se espaço para a incerteza.

É do interior que vem o ataque, como se, tornando-se reflexivo, o projeto científico aprendesse a duvidar de si mesmo. Estudando a “lógica da descoberta científica”, Popper demonstra que uma teoria nunca pode ser provada positivamente, nem definitivamente: do nosso recenseamento dos milhares de cisnes brancos, como poderíamos sustentar com certeza, que não existisse pelo menos um deles que fosse negro? Certamente, a validade das leis científicas é somente provisória: estas

leis e teorias valerão enquanto não tiverem sido falseadas por uma experiência oposta, que vem ilustrar uma teoria rival. “O ideal de um pensamento absolutamente certo e demonstrável revelou-se ser um ídolo, explica Popper: qualquer enunciado científico continua sendo, necessariamente e para sempre, dado a título de tentativa. (Ost, 2005, p. 309-310)

A percepção que ora se sustenta não é nova, já foi percebida e suscitada por diversos cientistas importantes. Cita-se que:

Einstein põe em dúvida o caráter absoluto do tempo e do espaço do universo desenhado por Newton; Heisenberg demonstra que o observador e suas técnicas perturbam o objeto observado; Prigogine constata o “fim das certezas” e engaja a física no estudo das estruturas dissipativas de sua ordem criadora. (Ost, 2005, p. 310)

A ciência, como ferramenta da racionalidade, chegou a ter a pretensão de revelar certezas, negar o empirismo na forma que John Locke já criticava e, com o uso das faculdades da razão, revelar as regras da natureza de forma certa e duradoura (Bittar, 2016, p.157). Quiçá, a ciência seria capaz de revelar o futuro a partir da observação das regras da natureza.

Porém, atualmente, a única verdade que ainda se sustenta é que, ela mesma, a própria verdade, se tornou relativa. O destino voltou a ser obra do acaso, num cenário de caos.

Como bem salienta Ost (2005, p. 311): o tempo das ciências clássicas era imutável por definição, já que leis universais e eternas da natureza podiam ser apreendidas; a ciência contemporânea desmente esta certeza e faz ver, pelo contrário, a historicidade da matéria – a Segunda Lei da Termodinâmica revela a imagem de um universo em expansão, ameaçado pela “entropia crescente”, ao mesmo tempo que por “reação neguentrópica” se reforça a “pirâmide da complexidade”, que das partículas elementares conduz aos organismos vivos.

Resumindo: o universo tem uma história e o tempo é como uma flecha, irreversível como nosso saber e vulnerável como nossos destinos.

A democracia atual, em si, vive uma severa crise. Luigi Ferrajoli (2014) procura demonstrar fatores que têm levado a Itália a crescentes desrespeitos à sua Constituição, que culminam com o fortalecimento do que chama de “poderes selvagens”, com características que acredita serem próprias do fascismo, que tanto foi combatido no passado. Para o autor, a democracia italiana vive uma evidente crise de representatividade política.

Manuel Castels (2018) também entende que existe uma crise de representatividade política na Espanha, citando exemplos dos EUA, do BREXIT e da União Europeia, avaliando os fatores que entende terem colaborado para essa crise.

No Brasil, a exemplo do que destacam Ferrajoli (2014) e Castels (2018), se tem visto uma personificação dos chefes do executivo – Lula / Bolsonaro – como representantes do macro sujeito, “o povo”. Um embate no cenário político cada vez menos culto e mais vulgar. A grande mídia e a própria internet acabam prestando verdadeiros desserviços à informação. A educação sofre cada vez menos estímulo. A eleição de representantes, com base em promessas que representam o anseio de cidadãos temerosos¹, demonstra a crise de representatividade. Um estado de constante “urgência” – que tem vivenciado regularmente sob medidas contra corrupção, crise econômica, reformas em busca de credibilidade internacional, pandemia, etc. Um estado que está sempre a justificar uma série de retrocessos sociais.

Parece por demais evidente que, no Brasil, a democracia – se é que ela existiu – vive a mesma crise descrita por Castels e Ferrajoli.

Como diz Bittar:

Não se trata de uma mera crise econômica por desestabilidade monetária ou especulativa, mas sim de algo estrutural para a sociedade, capaz de afetar as economias mais estáveis do planeta, projetando-se da seguinte para Habermas: tendo como ponto de origem o sistema econômico, uma crise econômica de caráter sistêmico; tendo como ponto de origem o sistema político, uma crise de racionalidade de caráter sistêmico e uma crise de legitimação (identidade); tendo como ponto de origem o sistema sócio-cultural, uma crise de motivação. (Bittar, 2008, p. 143)

É inegável que as ditas “promessas da modernidade” não chegaram a se efetivar, da forma como se esperava. A quebra de paradigmas, o olhar para o futuro, sob novas perspectivas, é o mote do que se tem convencido chamar de “pós-modernidade. Ela, “é o estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus actuandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade” (Bittar, 2008, p. 137).

São impactantes as advertências que faz Bittar (2008, p. 146):

¹ Que se pode chamar de “política do medo”.

Enquanto se fala em princípio da legalidade, em respeito aos direitos fundamentais etc., detentos são espancados sob a custódia carcerária do Estado, pessoas são violentadas em número crescente nas ruas dos grandes centros urbanos, mulheres são estupradas em ruas ausentes de fiscalização e policiamento, taxas insuportáveis de crianças morrem de fome e, inexplicavelmente, doentes morrem em filas de hospitais... Em lugar das certezas modernas (verdade, ciência, ordem, regra, poder central, norma, código, capital, produção, propriedade, sistema etc.), outro quadro se instaura em seu lugar, com indícios e características da mudança paradigmática, identificáveis a partir de algumas palavras: desmantelamento; desagregação; banalização; abalo; desordem; ilegalidade; contracultura; ineficácia.

Bittar (2008, p. 131), na sua interessante reflexão sobre o que chama de “pós-modernidade”, a considera como um momento de transição em que a história da humanidade se debate com questionamentos acerca das tais “promessas da modernidade” que não se cumpriram. Para o Autor, a “ordem e progresso” foram o mote da modernidade que culminaram com uma exaustão ambiental que “ameaça colocar a humanidade toda sob uma catastrófica e irreversível barbarização”. Citando Adorno e Horkheimer, ele adverte: “A maldição do progresso irrefreável é a irrefreável regressão”. Bittar advoga por uma quebra de paradigmas, semelhante ao que se verifica no fenômeno conhecido por neoconstitucionalismo, por uma releitura do papel do Estado, que questiona no que consiste o progresso.

São suas palavras:

Se não há liberdade fora da história, é na história que ela pode se realizar, motivo que deve animar o espírito de ação coletiva em direção a conquistas e alternativas ao que está posto, e uma delas está na releitura do sentido do termo “progresso”. Com Adorno: “Pode-se imaginar um estado no qual a categoria perca seu sentido que, no entanto, não seja este estado de regressão universal que hoje se associa com o progresso”. O progresso deve ser lido e medido não mais por critérios materiais e econômicos simplesmente, mas por outros fatores ligados à realização da dignidade humana. (Bittar, 2008, p. 141)

Para Ramiro Santamaría (2016, p. 24), o neoconstitucionalismo é uma teoria em construção, mas representa uma série de temas comuns que passaram a ser abordados nas diversas constituições latinas a partir da Constituição brasileira de 1988. Leia-se uma passagem por ele descrita:

Uprimny e Sánches sustentam que desde a década de 90 existem Constituições com novas características e estabelecem alguns eixos comuns: o fortalecimento da independência judicial, o reconhecimento dos direitos sociais, a inclusão de novas

formas de participação popular, a criação de órgãos de controle e o combate à corrupção, o reequilíbrio entre os poderes do Executivo e do Legislativo, a abertura ao reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas e do direito internacional dos direitos humanos; Da mesma forma, são adotadas regras eleitorais mais inclusivas, mais poderes presidenciais, o reconhecimento da diversidade em múltiplos domínios, juntamente com um forte compromisso com a igualdade; a superação de certas características de alfaiataria, a adoção da fórmula do estado social de direito; adesão aos princípios da Integração Latino-Americana; a adoção de uma organização eleitoral autônoma e especializada e o fortalecimento dos processos de descentralização. (Santamaría, 2016, p. 24, tradução nossa²)

Para Santamaría (2016, p. 25), além dos avanços alguns retrocessos acabam se observando com o movimento neoconstitucionalista. Em muitos casos, as constituições deste período ainda aparecem com ideias neoliberais, tais como: “disciplina orçamental, liberalização financeira e comercial, privatização dos serviços públicos, flexibilidade laboral, protecção da propriedade privada” (Santamaría, 2016, p. 25, tradução nossa³). Além da positivação de ideais neoliberais, ainda cita como retrocesso o hiperpresidencialismo – embora reconheça que há mais de uma perspectiva – e o que conta que Gargarella chama de falta de cuidado com “*el cuarto de máquinas*”, referindo-se à funcionalidade e governabilidade confusa das constituições (Santamaría, 2016, p. 25).

Viciano (2010), também afirma que a partir de 1990 a América-latina dedicou-se a tornar efetivos os direitos formalizados, o que restou conhecido como novo constitucionalismo latino-americano. Neste movimento, as constituições começam a ganhar, além da organização do Estado, regras de caráter substantivo e objetivos fundamentais do Estado, que se traduzem em obrigações efetivas. A preocupação passa a ser com a legitimidade e efetividade.

Viciano (2010) cita os exemplos de Colômbia, Peru, Equador e Venezuela como processos constitucionais que, embora não tenham sido completamente democráticos, já se

² Texto original: “Uprimny y Sánchez sostienen que a partir de los años 90 hay Constituciones que tienen características nuevas, y enuncian algunos ejes comunes: el fortalecimiento de la independencia judicial, el reconocimiento de derechos Sociales, la inclusión de nuevas formas de participación popular, la creación de órganos de control e lucha contra la corrupción, el reequilibrio entre los poderes de lo Ejecutivo y el Legislativo, la apertura al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y al derecho internacional de los derechos humanos; de igual modo, se adoptan reglas electorales más incluyentes, más facultades presidenciales, el reconocimiento de la diversidad en múltiples campos, unido a un fuerte compromiso con la igualdad; la superación de ciertos rasgos confeccionales, la adopción de la fórmula del estado social del derecho; la adhesión a los principios de Integración latino-americana; la adopción de una organización electoral autónoma y especializada, y el fortalecimiento de los procesos de descentralización”.

³ Texto original: “disciplina presupuestaria, liberalización financiera y del comercio, privatizaciones de servicios públicos, flexibilización laboral, protección a la propiedad privada”.

preocuparam com a legitimidade através do uso de referendos populares. Embora com resultados desiguais, todas as experiências têm em comum a união entre teoria e prática, o que caracteriza o novo constitucionalismo latino-americano.

Este novo constitucionalismo tem como assente, segundo Viciano (2010): I) a inovação, com criação de novas figuras jurídicas na busca de uma ruptura com o antigo modelo; II) a adoção de textos complexos, que não chegam a ser códigos, mas são prolixos; III) a busca por normas com linguagem mais simples e detalhadas, para tentar expressar com clareza a intenção do poder constituinte; e IV) a rigidez, por meio de mecanismos que visam dificultar a mudança no texto da constituição.

Neste sentido, Viciano (2010) também destaca algumas características materiais das constituições: I) a busca por meios de recomposição da relação entre soberania popular e governo; II) a profusa carta de direitos das novas constituições, em muitos casos buscando sintonia com os tratados internacionais; III) o reconhecimento de direitos de classes marginalizadas, lembrando o exemplo Boliviano, que se reconhece como estado plurinacional, reconhecendo a autonomia indígena, inclusive, de seu tribunal); IV) a implantação do controle concentrado de constitucionalidade; e V) a necessidade de superar desigualdades econômicas, com medidas de proteção à iniciativa privada e também regras de redistribuição de renda.

O mesmo autor (Viciano, 2010) apresenta a posição de Carlos Gaviria Díaz sobre o constitucionalismo Colombiano, que reconhece que a Constituição da Colômbia (1990) decorre de um movimento de grande pressão popular. Mas, na esteira do neoconstitucionalismo, buscou ampliar a democracia representativa para uma participativa, além dos direitos fundamentais, com a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais. Reflete que na Colômbia a constituinte de 1991 resultou em uma boa Constituição, uma vez que vincula o direito à paz, que se reflete em menos exclusão e mais igualdade; o reconhecimento do multiculturalismo, com o tratamento adequado aos indígenas que antes era tido como secundário; e a criação de ferramentas com objetivo de garantir a efetivação dos direitos escritos, com a intenção de torná-los reais.

Para Mendes (2020, p. 52), o paulatino crescimento da importância das Constituições na evolução da extensa história – como elemento de regulação e limitação aos poderes constituídos, e manutenção da soberania popular – foi o que tornou possível o momento atual, o qual muitos chamam de “neoconstitucionalismo”. Isso porque se trata de um período

marcado pela superação da supremacia do parlamento, frente à limitação imposta pela Constituição, e pela inclusão de direitos fundamentais autoaplicáveis. Mendes (2020, p. 52) frisa que a Constituição se tornou aplicável pelo que posteriormente esta pesquisa analisará e convencionou-se chamar de “ferramentas de controle de constitucionalidade”.

Mendes (2020, p. 52) destaca que é “intuitivo” que a limitação imposta aos poderes pelo texto constitucional e o controle concentrado de constitucionalidade gerem uma tensão entre constitucionalismo e democracia. A deliberação política aberta à maioria encontra limitação última pelo juízo de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional, o que nem sempre se dá de forma livre de conflitos.

Como se nota, são vários autores que destacam um estado atual de “crise”, em que o direito precisa necessariamente rever seus paradigmas. E tal reação à crise, entre tantos efeitos, se revela através do fenômeno do neoconstitucionalismo. Ou seja, a Constituição é que vem ganhando um papel de protagonismo na redefinição dos objetivos e na regulação da sociedade. Disto vem a importância da vigilância e garantia quanto aos seus preceitos – aqui ganha destaque o papel do controle de constitucionalidade.

1.3 A proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição

Conforme aponta Vecchi (2014, p. 23), a sociedade evoluiu de uma divisão primitiva do trabalho sem subordinação para a escravidão. E depois, foi encontrando arranjos para exploração agrícola, como o servilismo, bem como as companhias dos artesãos. Porém, com o crescimento e desenvolvimento do comércio, surge a supremacia do capital que, paulatinamente, vai tomando para si as rédeas da organização do trabalho. Culmina com o surgimento das fábricas, com a revolução industrial e com o formato de “venda do trabalho”, precursor da atual relação de emprego.

O cenário criado a partir disto, sob a batuta do liberalismo, foi de desigualdades fáticas. Além disso, a reunião de inúmeros trabalhadores em volta das fábricas tanto fortaleceu o capitalismo, como permitiu a reunião de trabalhadores em prol de interesses comuns. Isso estimulou que organizações sindicais (através da disseminação de ferramentas, como a greve) protestassem por melhores condições de trabalho. Foram muitos os protestos e irrupções revolucionárias que, a duras penas, forjou a intervenção estatal impondo limites à autonomia da vontade no campo da relação de trabalho.

Fato que marcou a história mundial sobre a luta pela jornada de 8h ocorreu em Chicago nos EUA. Houve uma greve na indústria desta cidade, em cujo panfleto se proclamava a reivindicação principal: “A partir de hoje, nenhum operário deve trabalhar mais de 8 horas por dia: 8 horas de trabalho, 8 horas de repouso e 8 horas de educação”. A repressão policial foi intensa. No terceiro dia de greve seis trabalhadores foram mortos. No quinto dia da greve, ao final de um comício mais de cem trabalhadores foram mortos pela polícia, mais de mil foram presos, e os líderes foram presos e condenados: cinco à pena de morte, dois à prisão perpétua e um a 15 anos de prisão. Esse dia, ficou marcado e mais tarde foi proclamado, menos nos EUA, como o “Dia do Trabalho”. (Vecchi, 2014, p. 57)

Com muito suor e esforço, as regulamentações no campo do Direito do Trabalho foram surgindo pelo mundo.

Merecem destaque dos estudos de Vecchi (2014, p. 60) algumas informações: a primeira Constituição de caráter social foi a Constituição Mexicana de 1917; a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a partir de 1919, após o fim da 1ª Guerra Mundial; o advento da Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, com o fim da 2ª Guerra Mundial; entre outras elencadas.

No Brasil, como Vecchi (2014, p. 202-203) destaca, vários direitos dos trabalhadores foram alçados à categoria de direitos fundamentais⁴ (conforme reconhecido na Constituição Federal de 1988) exigindo uma hermenêutica jurídica com foco na eficácia destes direitos e vedando o retrocesso social. Esses direitos foram protegidos na atribuição de “cláusulas pétreas”, sendo, portanto, restringida qualquer limitação a eles.

Em sua essência, o Direito do Trabalho é resultado de uma série de lutas e movimentos sociais. Essas reivindicações populares culminaram no reconhecimento internacional (por meio de diversas normas e organismos) não de um direito do trabalho como “um mal necessário”, mas como um meio de realização pessoal, promoção da dignidade humana e bem-estar social.

Como explica Canotilho (2018, p. 585), especialmente com o crescimento da importância do Estado Social, após as grandes guerras mundiais, a proteção da relação “capital x trabalho” ganhou mais expressão, ganhando reconhecimento em constituições de muitos Estados, assim como no Brasil. Reconhece o autor:

⁴ Mister destacar que Ipojucam defende uma aproximação dos conceitos de direitos fundamentais (positivados na Constituição) com os conceitos de Direitos Humanos (no que tange à defesa da dignidade em sentido amplo, ainda que não positivada) e, na esteira do escólio de Ferrajoli, uma maior efetividade da proteção a nível internacional destes direitos, que se justifica pela própria globalização e transnacionalidade das organizações.

Essa expansão no plano normativo internacional, levou à incorporação reiterada do direito ao trabalho nos tratados internacionais e regionais de direitos humanos, com seus órgãos e sistemas de controle e, há poucos anos, também do Conselho de Direitos Humanos da ONU. No plano nacional não foi diferente, com um substancial reconhecimento do direito ao trabalho e a condições justas e favoráveis de trabalho nas Constituições de muitos Estados, o que se continua a observar em constituições recentes. (Canotilho, 2018, p.233)

Apenas ilustrativamente, oportuno destacar que o STF já se posicionou pela extrema proteção dos direitos trabalhistas garantidos constitucionalmente, conforme recente decisão no ARE 1121633, consignada no Tema 1046, que, embora tenha dado proteção à negociação coletiva, estabeleceu como limite os direitos indisponíveis, entre estes, os previstos na Constituição. Vale citar:

São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis. (STF, ARE 1121633, 2022)

A Constituição Federal do Brasil de 1988, no seu artigo 7º, elenca uma série de garantias aos direitos dos trabalhadores, elevados a direitos fundamentais sociais.

São os seguintes:

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a 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;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

a) (Revogada).

b) (Revogada).

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Fez-se questão de citar o artigo na sua íntegra para demonstrar claramente que não são poucos os direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos. Nota-se que desde

restrições de jornada, limites e proteções à remuneração, como direitos adicionados, como férias, décimo terceiro salário, seguro desemprego FGTS, entre outros benefícios estão presentes. Há uma série de limites e direitos ao trabalhador, insculpidos na Constituição Federal Brasileira, aos quais tanto o legislador como o intérprete e aplicador do direito está vinculado. Ao menos, em teoria, os direitos acima citados não poderiam, em hipótese alguma, ser negados ou minorados em relação a qualquer trabalhador.

2 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E O STF

As constituições, como abordado no capítulo anterior, são resultado de importantes dinâmicas evolutivas na organização social de países por toda parte mundo. Porém, a simples existência do texto legal, dos direitos fundamentais positivados, não significam que eles sejam efetivamente respeitados na prática.

A partir do reconhecimento da importância das constituições, são as ferramentas de sua efetivação, guarda e proteção, que passam a necessitar de compreensão. Entre estas ferramentas, o Controle Concentrado de Constitucionalidade é, sem dúvida, de expressiva relevância.

2.1 O surgimento do controle concentrado de constitucionalidade

Como vimos, para garantir uma ordem democrática, respeito às minorias e evitar o desvio e o abuso de poder, algumas sociedades desenvolveram a Constituição. Ferrajoli (2014, p.68) lembra que: “É um dado da experiência eterna, segundo Montesquieu, que os poderes, diante da ausência de limites e controles, tendem a concentrar-se e acumular-se em formas absolutas: a transmutar-se, na ausência de regras, em poderes selvagens”. Porém, de nada adiantaria a existência de uma Constituição sem alguma forma de “fiscalização e controle”. O sistema precisa de algum instrumento que seja capaz de garantir que as leis e as ações sejam “conforme a Constituição”. Além disso, os conceitos trazidos pelas Constituições precisam ser interpretados.

O Ministro Gilmar Mendes (2020, p. 1180) pontua que a Constituição é formada por conceitos abertos, regras gerais que não esmiúçam a casuística da vida social. Em razão

desta amplitude, frequentemente permite interpretações que, ainda que mantenham a rigidez da ordem constitucional, não perdem sua atualidade dinâmica.

Viciano (2010) afirma em seus estudos que as constituições surgem da crise, na necessidade de renovação; que o planeta é dado em usufruto aos seres vivos e não aos mortos. Logo, não há como conceber uma constituição eterna, porque mortos os seus criadores, os novos usufrutuários naturalmente vão querer fazer valer as suas regras. Uma constituição é feita a muitas mãos e alguma contradição é normal que exista. Porém, há que se esforçar para dar o máximo de rendimento normativo aos textos constitucionais. Daí a importância da “vigilância do povo” e do controle jurisdicional de constitucionalidade.

A compreensão da evolução do controle de constitucionalidade deve levar em conta o cenário, que Gilmar Mendes (2020, p. 45) exemplifica por meio da história francesa, em que a evolução do parlamento, a lei como a “voz do povo”, passou a se opor à jurisdição. O parlamento tinha supremacia sobre o judiciário, pois as decisões “do povo”, tomadas por meio dos seus representantes, deveria ser respeitada. Porém, como já se destacou anteriormente, diversos conflitos sociais surgidos na época levaram a uma intensa discussão sobre o controle de constitucionalidade, em especial por Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Ocorre que estas discussões foram interrompidas pela 2ª Guerra Mundial. Os horrores deste conflito evidenciaram a fragilidade da supremacia do parlamento e, na esteira das discussões de Kelsen e Schmitt, a alternativa que ganhou força – como ferramenta destinada a evitar novos abusos totalitaristas – foi, exatamente, o controle de constitucionalidade, por meio das cortes constitucionais.

Possuindo como embasamento a teoria do austríaco Hans Kelsen (2021, p. 60), as Cortes Constitucionais passaram a ter como finalidade precípua a efetiva garantia dos direitos previstos nas respectivas Constituições, atuando como verdadeiro “órgão de controle” sobre os demais poderes do Estado.

Entre suas funções, estaria, inclusive, o combate a leis que viessem a desrespeitar o texto constitucional. Ou seja, regras para controlar o respeito às regras.

Acerca do Controle de Constitucionalidade, Barroso assim disserta:

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. (Barroso, 2019, p. 23)

O conceito de Barroso não se destoa da Teoria Pura do Direito, inaugurada por Hans Kelsen. Leia-se:

Uma pluralidade de normas constitui uma unidade, um sistema, uma ordem, quando sua validade pode ser reconduzida a uma única norma como fundamento último dessa validade. Essa norma fundamental constitui-se como a fonte comum da unidade na pluralidade de todas as normas que constituem uma ordem. (Kelsen, 2021, p. 60)

Aliás, Kelsen (2021, p. 60) já advogava pela adequação das normas gerais a uma Norma Fundamental, cuja adequação das demais deve resultar de um esforço mental dedutivo.

A teoria de Kelsen, concebida sob o contexto de guerras mundiais e atrocidades, em que pese sua constante preocupação em distinguir o direito da moral, não deixava de professar a necessidade de adequação das normas ditas inferiores, com as normas superiores:

A relação entre a norma que determina a criação de outra norma e a norma criada em conformidade com essa determinação pode ser representada na figura espacial da ordenação superior e inferior. A norma que determina a criação é a norma superior, a norma criada em conformidade com a determinação é a norma inferior. Assim, a ordem jurídica não é um sistema de normas coordenadas, que se encontram umas ao lado das outras, mas antes uma ordem escalonada com diferentes camadas de normas jurídicas. (Kelsen, 2021, p. 69)

Lenio Streck (2019, p.257) comenta que, por mais que se tenha notícias de outras decisões estaduais e na Europa anteriores, o emblemático caso que marca o controle de constitucionalidade foi o caso “Madison x Marbury”, no qual a Suprema Corte julgou inconstitucional a Lei que atribuía a ela a competência de julgar o mesmo, uma vez que tal competência não encontrava previsão constitucional.

Gilmar Mendes (2020, p. 48-52) resume o caso de forma objetiva: tratou-se de uma disputa entre federalistas e republicanos norte-americanos. O republicano Thomas Jefferson ganhou a eleição de 1800, porém o presidente federalista Adams deveria permanecer no poder até março de 1801. Neste intervalo de tempo, criaram uma manobra para garantir sua influência no Poder Judiciário, criando dezesseis tribunais federais com cargos vitalícios espalhados pelos Estados Unidos. Para os cargos criados, nomearam juízes da linha federalista, os quais tiveram que ser empossados às pressas, em razão do final do mandato de Adams.

Continua (Mendes, 2020, p. 48-52) a contar que o tumulto fez com que um desses juízes, Willian Marbury, não recebesse o diploma a tempo. Marbury, então, solicitou o diploma já ao governo de Thomas Jefferson e, diante de sua negativa, impetrou o recém criado “*writ of mandamu*”, uma ação de competência originária da Suprema Corte. A tensão que se criou entre o Executivo e o Judiciário foi grande. Coube ao juiz John Marshal proferir a decisão, que acabou por ser, até então, a mais emblemática decisão de controle de constitucionalidade.

Barroso (2019, pp. 30-32) resume os argumentos de Juiz John Marshal, no caso que se tornou o “precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas”:

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em se-gundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legisla-tivo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controverti-do de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legisla-tivo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam. (Barroso, 2019, p.31)

Da experiência de “Marbury x Madison”, suscitaram-se uma série de críticas. Dworking, ao tratar sobre suas teorias sobre a interpretação com base nos princípios, argumenta uma aparente contradição entre a “democracia e o antigo, fundamental e impreciso direito (Dworking, 2001, p. 42)”. Para Dworking (2001, p.42), o “*judicial review*” é um exercício de interpretação, que leva em conta não um positivismo puro, mas reconhece a impossibilidade do legislador de prever toda a casuística, exige uma avaliação moral e política de adequação. Seja por uma interpretação semiótica, psicológica ou histórica contrafactual, as frases da legislação precisam ser “melhoradas”.

Dworking (2001, p. 72-73) critica que a avaliação do texto constitucional necessita de uma adequação de princípio político, contrariamente à corrente positivista. Não há como descobrir “a vontade do legislador” – e sequer esta foi a vontade do legislador (senão teria registrado suas vontades), ou mesmo uma vontade “majoritária” ou “intenções dominantes”.

O próprio texto constitucional norteamericano foi construído com comandos genéricos, indicando uma necessária interpretação futura.

É extremamente implausível que as pessoas que acreditam que suas opiniões sobre o que vale como igualdade ou justiça deviam ser seguidas, teriam usado apenas a linguagem geral de igualdade e justiça ao idealizar suas determinações (Dworking, 2001, p. 72-73).

Lenio Streck (2019), abeberando-se em Locke e sua teoria sobre o Contrato Social, argumenta que o parlamento encontra limites no que é naturalmente impossível e também no próprio contrato que lhe constituiu, dando assim a base teórica para a distinção entre normas constitucionais e derivadas.

O Ministro Barroso (2019) explica que o controle de constitucionalidade se exerce em normas existentes no mundo jurídico e atua como meio de reconhecer um vício na sua validade, de forma a lhe retirar a eficácia. Portanto, a norma declarada inconstitucional continua existente, mas por sua invalidade não produz eficácia – é declarada nula (natureza declaratória), com efeitos retroativos (*ex tunc*). Para esta interpretação, Barroso (2019, pp. 34-38) lembra palavras de Ruy Barbosa: “toda medida legislativa, ou executiva, que desprezitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula”.

Na mesma linha de raciocínio, o juiz e professor italiano Luigi Ferrajoli é um dos expoentes que produziu ampla literatura e decisões com objetivo de garantir os direitos fundamentais protegidos pela Constituição. Ferrajoli, inclusive, eleva esses direitos fundamentais a uma “esfera do indecidível” que, segundo o autor, não pode ser objeto de qualquer flexibilização por qualquer um dos Poderes do Estado.

Ferrajoli (2014) explica que sua teoria trata de uma redefinição do cidadão como titular dos direitos constitucionais e não apenas destinatário. Assim, as garantias constitucionais devem ser subtraídas da disponibilidade das maiorias, porque estas não podem dispor do que não lhes pertence. As regras da constituição servem para expressar a razão social das instituições políticas.

O mesmo autor (Ferrajoli, 2014, p.217) defende que a “esfera do indecidível” rompe a ideia clássica de autonomia negocial identificada com os direitos de liberdade, se revela em direitos/poderes. Sustenta a concepção de que os negócios feitos por particulares exercem influência perante terceiros. Sob esta ideia, como não há direito “absoluto”, deve-se observar a limitação através dos direitos fundamentais.

Dworking (2001, p. 101) também advoga pela necessária revisão do sistema jurídico, com base nos princípios:

Se queremos revisão judicial – se não queremos anular *Marbury x Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas tem sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (Dworking, 2001, p. 101).

Seguindo o raciocínio de Barroso (2019), o papel contramajoritário justifica a própria legitimidade do Poder Judiciário, que tem assumido novo (mas importante) papel na separação dos poderes, servindo de cenário de discussão jurídica das decisões políticas, como ferramenta de necessária discussão acerca da conformidade sem natureza religiosa, ideológica, filosófica, moral ou econômica. Se trata de um cenário de diálogo racional, com participação ampla e equilibrada, inclusive das minorias, acerca das decisões políticas – não no objetivo de suplantar a deliberação política democrática clássica, mas com foco em oportunizar uma discussão racional acerca de opções políticas que nem sempre são adequadamente deliberadas na esfera política.

Na mesma linha, Dworking (2001, p. 27) já defendia que “os juízes têm menos pressão da opinião pública para decidir”. Exemplifica usando o tema do racismo, justificando que por que esta não seja uma pauta de interesse da maioria, existe uma minoria que deve ser tratada, e os juízes tem menos vínculos com a maioria e, portanto, mais liberdade para tratar do tema. E conclui:

Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos tem poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. (Dworking, 2001, p. 31)

Barroso (2019, p. 26) argumenta que as instâncias de decisões judiciais devem se subsidiar de “argumentos que possam ser reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco e aberto, ainda que venham a discordar dos resultados obtidos em concreto”.

Para Barroso (2019), vive-se uma era de *democracia deliberativa*. Estimula-se o amplo debate sobre as decisões políticas, com viés racional e pautado pela defesa de direitos fundamentais mínimos, admitindo-se que a democracia “não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes”, em que a “legitimidade de uma decisão judicial, como a do poder em geral, situa-se na confluência entre o consentimento e o respeito (Barroso, 2019, p. 26).

Chegamos a um equilíbrio em que o Tribunal desempenha um papel no governo mas não, mesmo exagerando, o papel principal. Os juristas acadêmicos não prestam nenhum serviço ao tentar disfarçar as decisões políticas que esse equilíbrio atribui aos juízes. O governo por sacerdotes acadêmicos guardando o mito de alguma intenção original canônica não é melhor que o governo por guardiões platônicos em roupagens diferentes. O melhor que fazemos é trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento de nossa parte. (Dworking, 2001, p. 103)

John Rawls e Jürgen Habermas (*apud* Kozicki, 2004), ao articularem seus pensamentos para justificar uma teoria da democracia deliberativa, argumentam pela retomada de características e conceitos da antiguidade. Afinal, os gregos, em Atenas, já exercitavam uma liberdade positiva, na qual a participação dos cidadãos na tomada de decisões públicas não só era um direito como também um dever (Kozicki, 2004).

Não é necessário dizer que, na atualidade, em sociedades tão grandes e complexa, é inimaginável e provavelmente impossível a participação de todos em uma grande deliberação comunitária. Basta considerar que o Brasil tem mais de duzentos milhões de habitantes (IBGE, 2022). Se cada um utilizasse dois segundo para dizer “sim” ou “não”, estaria-se falando de 400 milhões de segundos (sem considerar interrupções), ou seja, seriam necessários por volta de 13 anos para aguardar que todos se manifestem – o que torna absolutamente impossível qualquer perspectiva Ateniense de deliberação democrática integral.

No entanto, o espírito da democracia deliberativa, em que pese a divergência entre Habermas e Rawls quanto às perspectivas procedimentais ou substantivas, não perde sua importância conceitual.

A democracia representativa, considerando os números acima apontados, resulta em expressiva vantagem, uma vez que reduz o número de participantes da deliberação, tornando-a mais objetiva e factível. Porém, tem-se acompanhado que nem sempre resultam

nas melhores escolhas, ou nas escolhas das maiorias. Algumas vezes, nem racionalmente justificáveis, são os resultados da democracia representativa.

É justificada a coexistência. A democracia representativa continua a vigor e os representantes eleitos continuam a exercer as escolhas democráticas. No entanto, aqueles que considerados iguais perante a lei e livres quanto ao exercício da democracia deliberativa, têm legitimidade e direito de postular a revisão ou a discussão a respeito das escolhas dos representantes eleitos – assim, mesclando a democracia representativa (leis) e a democracia deliberativa (revisão).

Analisando por esta perspectiva, a atividade jurisdicional e, em especial, o exemplo do controle de constitucionalidade concentrado exercido pelas Cortes Constitucionais, são exatamente como sustenta Barroso (Barroso, 2019, p.42): “um campo de exercício da democracia deliberativa”. Não pela totalidade da população, mas que todos que se sintam lesados, podem e devem questionar as decisões tomadas pelos representantes de democracia representativa. Com isso, o juiz se torna apenas o árbitro do jogo, mas não o jogador. Quem efetivamente joga neste campo, é o povo – que se sente lesado ou pretende revisão.

É importante destacar que não é inteligente exigir a participação de toda a grande massa da população quando uma parte desta está satisfeita com a escolha feita pelos representantes. Apenas os que se sentem lesados, pela lógica, é que necessitam discutir tais opções, o que reduz bastante a quantidade de participantes e otimiza a deliberação.

No Brasil, a exemplos das ADCs e ADINs, a participação da sociedade, como um todo, ainda se dá por meio de entidades que atuam como *Amicus Curiae* que ampliam o aspecto deliberativo da participação. Como se percebe, todos, de alguma forma, se quiserem, podem participar da discussão da decisão política.

Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito. (Dworking, 2001, p. 103)

Ora, se o ator principal deste jogo é o povo, e se o povo aqui considerado personifica qualquer pessoa de forma livre e igualitária, é inegável que o exercício da atividade jurisdicional, neste caso, não sofre de ilegitimidade. Pelo contrário, é a ferramenta para que

o povo, na sua totalidade, participe da deliberação democrática das decisões políticas tomadas na seara da democracia representativa.

Montesquieu (2017, p. 258) já defendia a necessidade da manutenção dos princípios de uma sociedade para os julgamentos, quando dizia: “só se pode remediar alguns de seus males nascentes, suprimindo a corrupção e estimulando os princípios: qualquer outra correção é inútil ou um novo mal”. Exemplifica historicamente com Roma, afirmando que os julgamentos dos senadores somente foram realizados sem abusos enquanto conservou seus princípios, mas quando se corrompeu, de nada adiantou transferir os julgamentos do Senado aos cavaleiros, aos tesoureiros do erário ou a julgamentos conjuntos (Montesquieu, 2017, p. 185-186).

[...] num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constringido a fazer o que não se deve desejar”. E é interessantemente atual quando afirma: “deve-se ter sempre em mente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder. (Montesquieu, 2017, p. 185-186)

A obra de Viciano (2010, p. 67-80) também destaca a importância do Poder Judiciário encabeçado pelo Tribunal Constitucional que, apesar de muitas críticas, passou a dar tutela efetiva aos direitos postos na Constituição. O Autor Viciano (2010, p. 67-80) exemplifica com o caso do direito à saúde, e a concessão de tutelas para que o Estado forneça tratamentos médicos, que se tornou possível a partir da aplicação da constituição e dos exercícios da ponderação entre os direitos constitucionalmente previstos.

Trazendo como exemplo o Equador, a obra (Viciano, 2010, p. 57-66) traz uma importante reflexão sobre o controle de constitucionalidade e conclui que, por mais difícil que seja o caminho do Estado Constitucional Democrático, é um bom caminho e as dificuldades não devem impedir que se siga nele.

Alexandre de Moraes (2014), ao conceituar o próprio Estado Constitucional, cita o caso *Marbury x Madison* e lembra:

Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entre em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pela que não são fundamentais. (Moraes, 2014, p. 5)

Enfim, o controle concentrado de constitucionalidade consagra – com o objetivo de garantir os preceitos constitucionais – o poder das Cortes Constitucionais de revisar e anular os atos do Poder Legislativo e Executivo, inclusive, do próprio Poder Judiciário. A sua importância tem uma ligação umbilical com a própria Constituição e com todo o arcabouço de evoluções históricas duramente perpassadas (nela estão representadas). Face à sua importância e seus efeitos, todavia, suscita críticas.

2.2 O ativismo judicial

Sob esta perspectiva, obtempera-se que ao falar de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado), boa parte da crítica doutrinária se volta ao que se tem denominado de “ativismo judicial”. O ganho de importância, especialmente das Cortes Constitucionais, e seu papel de guardião da Constituição tem levado a decisões que interferem na vida da sociedade em geral e, também, nas decisões políticas do Poder Executivo e Legislativo.

Carlos Campos (2012), ao tratar das dimensões do ativismo no Supremo Tribunal Federal, argumenta que esta interferência, no Brasil, decorre especialmente das mudanças de paradigma da Constituição Federal de 1988, que amplia a abrangência de temas tratados pela Corte e orienta o ordenamento jurídico para uma visão menos positivista e mais valorativa do texto normativo. Em função destas nuances, Campos (2012) explica que as decisões passam a ter maior repercussão, ao passo que os próprios Ministros passam a defender a relevância e o valor das suas funções.

No cenário mundial, Campos (2012) ainda cita o exemplo dos Estados Unidos, contrapondo algumas características das correntes mais ativistas e mais autorrestritivas. Na primeira, com base em Hugo Black e Willian Douglas, destaca Campos (2012, p.31) o argumento da defesa da Constituição contra os desvios políticos do Executivo e Legislativo e a construção de resultados segundo as convicções atuais da Constituição, assegurando a sua supremacia. Já na segunda corrente, citando Felix Frankfurter e Robert Jackson, Campos (2012, p.32) destaca a defesa das liberdades do Judiciário e também do Executivo e Legislativo e a garantia de resultados segundo a vontade do legislador, assegurando o poder do povo (por sua vez representado pelos Poderes Executivo e Legislativo).

Citando o próprio caso emblemático, *Marbury x Madison*, Campos (2012, p.35) explica que a decisão foi autorrestritiva, pois limitou o alcance da decisão da Corte Constitucional e deixou de interferir na discricionariedade das altas autoridades do Governo. Porém, ao mesmo tempo, foi ativista ao reconhecer o direito da Corte Constitucional de interferir nos atos do Congresso Nacional, ao declarar nula a lei que autorizava o uso do “*write mandamus*” (Campos, 2012, p.38).

Rememorando os casos *Dred Scott x Sandford* e *Lochner x New York*, Campos (2012, p.41) reconhece tamanha relevância e retumbância das decisões da Corte Constitucional nas decisões políticas do Governo, que acaba por tornar pauta dos próprios Governos a nomeação de Ministros (com objetivo de angariar apoio às pautas do partido).

Campos (2012, p. 136) critica que, em que pese a aparente discussão sobre “ativismo x autorrestrrição”, ambas as correntes, na verdade, travaram uma disputa entre “ativismo x ativismo”, apenas com ideologias diferentes. Campos (2012, p. 136-137) cita Kermit Roosevelt III, trazendo as seguintes palavras: “na prática, ‘ativista’ revela ser pouco mais do que uma forma abreviada, carregada de retórica, para decisões com as quais o crítico discorda”.

Como conclusão, diz Campos (2012):

[...] que o ativismo judicial se revela por diferentes dimensões (interpretação constitucional e legal criativa, auto expansão de poder decisório, avanço de direitos indeterminados, falta de deferência aos outros poderes, etc.); e que ele não pode ser considerado pura e simplesmente uma atitude deliberada dos juizes, mas sim, que responde a diferentes fatores exógenos e endógenos, mais destacadamente elementos políticos que podem tanto constrangê-lo como utilizá-lo como instrumento de preservação ou mesmo ampliação de poder. Ficou claro também poderem decisões ativistas ser politicamente muito impactantes e que isso mostra como ativismo judicial e política praticam, na realidade, um jogo complexo de implicações recíprocas. (Campos, 2012, p. 85)

A obra de Campos analisa de forma aprofundada as dimensões do ativismo judicial e da autorrestrrição. Porém, para o trabalho que ora se apresenta, importante mesmo é destacar que o autor reconhece e evidencia de forma muito contundente o aumento de importância do Controle Concentrado de Constitucionalidade e da sua influência no cenário político, o que parece ser livre de dúvidas. Ainda que se possa discutir se é certo ou errado, se é bom ou ruim, se é legítimo ou ilegítimo, se é um avanço ou um retrocesso, dispensa maiores digressões o fato que as Cortes Constitucionais e o Controle Concentrado de

Constitucionalidade se inseriram profundamente e com importância ímpar no ambiente jurídico e na definição dos seus rumos.

2.3 O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil

Luis Roberto Barroso (2015) esclarece que no Brasil o STF foi historicamente conquistando a importância e status de Tribunal Constitucional, com objetivos gerais semelhantes às demais Cortes Constitucionais do mundo. O fim da ditadura, marcado pela distância entre as promessas da constituição e a realidade, bem como pelo positivismo que se mantinha apático, diante do silêncio forçado das ruas, cedeu lugar a uma nova possibilidade de interpretação alinhada à efetiva garantia dos direitos individuais.

O Controle de Constitucionalidade, no Brasil exercido pelo STF de forma concentrada, como se nota, tem como papel primordial a proteção dos direitos constantes na “esfera do indecível”, citada por Ferrajoli (2014). Está no escopo e no objeto desta ferramenta a manutenção, a proteção e a efetivação dos direitos nela garantidos.

No Brasil, surgiu com a Constituição Republicana de 1891, sob forte influência de Ruy Barbosa e do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano (Mendes; Martins, 2005, p. 35). A lei 221/1894, explicitou ainda mais o controle de constitucionalidade brasileiro, consagrando o controle difuso, que foi substancialmente mantido pela Constituição de 1926. Foram diversas alterações na Constituição de 1934, que seguiu com profundo retrocesso na Constituição de 1937, que permitia que o chefe do Executivo trouxesse à discussão do parlamento eventual lei declarada inconstitucional, tendo inclusive, o poder de tornar insubsistente a decisão do Tribunal. A Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle judicial brasileiro, e atribuiu ao Procurador-Geral da República a titularidade de representação de inconstitucionalidade, para efeitos de intervenção.

Segundo o escólio de Mendes e Martins (2005, p. 46-50), foi a partir da figura do Procurador-Geral da República, por meio de representação, que o instituto da representação de inconstitucionalidade tomou maior proporção, no cenário brasileiro. A celeuma era apresentada ao Procurador, que por sua vez promovia a representação, em regra, para discutir atos dos Estados contrários aos dispositivos constitucionais da União. Com a prática, adotou-

se que mesmo que o parecer do Procurador-Geral da República fosse contrário, ele deveria submeter ao Tribunal o conflito suscitado.

A evolução levou à concentração dos atos junto ao Supremo Tribunal, que passou a exercer um controle com efeitos *erga omnes* nas legislações estaduais, com o condão de fazer com que o Estado adequasse a norma declarada inconstitucional (Mendes; Martins, 2005, p. 46-50).

Foi um voto emblemático, deste momento histórico, o proferido pelo Ministro Castro Nunes, na RP 94:

Atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado.

Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu aresto.

Trata-se, aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição.

Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei.

Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada até que, como, entre nós, estabelece a Constituição, o Senado exercite a atribuição do art. 64.

Na declaração em tese, a suspensão redundaria na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cessada para todos os efeitos. (Nunes, *apud* Mendes; Martins, 2005, p. 48)

A colocação foi o vetor do controle abstrato de normas, que posteriormente foi introduzido pela Emenda nº 16, de 1965. O mesmo ministro defendia que a aplicação do instituto era medida excepcional, e a autorização constitucional deveria ser interpretada de forma restritiva (Mendes; Martins, 2005).

Mendes e Ives Gandra (2005, p. 49) ainda enumeram que a evolução fez surgir a Lei nº 2.271, de 1954, que determinou o uso do procedimento do mandado de segurança para a arguição de inconstitucionalidade. A Lei nº 4.337, de 1964, modificou o procedimento, estipulando que o relator ouvisse as razões da arguição, inclusive autorizando medidas urgentes – a já citada Emenda nº 16, de 1965, que instituiu a representação de

inconstitucionalidade de lei federal, em tese, e a prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada em qualquer processo em curso perante qualquer juízo.

Seguiu-se a Constituição de 1967/69 que, com poucas alterações, não trouxe grandes novidades ao papel do STF e o controle concentrado de constitucionalidade. Porém, nesta época houve intenso debate acerca da discricionariedade do Procurador-Geral da República, se este poderia deixar de promover a representação. O Regulamento Interno do STF, em seu artigo 174, na versão de 1970, consagrou que o Procurador-Geral poderia promover a representação, inclusive com parecer contrário ao pedido de inconstitucionalidade.

Tal alternativa gerava uma ação declaratória de constitucionalidade. Em 1980, o Regimento Interno foi modificado para não admitir desistência da ação, ainda que o Procurador-Geral da República se manifestasse contrariamente. A celeuma nublou a definição mais criteriosa acerca da distinção real que se fazia necessária, acerca das separação das ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade.

Todavia, a Corte continuou a admitir as representações e, mesmo após o advento da Constituição de 1988, as ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Procurador-Geral se limitava a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, a final, pela sua improcedência.

Em substância, era indiferente, tal como percebido por Victor Nunes, que o Procurador-Geral sustentasse, desde logo, a constitucionalidade da norma, ou que encaminhasse o pedido, para, posteriormente, manifestar-se pela sua improcedência.

Essa análise demonstra claramente que, a despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de natureza *dúplice ou ambivalente*.

Se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade. Se, ao revés, estivesse convicto da legitimidade da norma, então poderia instaurar o controle abstrato com a finalidade de ver confirmada a orientação questionada. (Mendes; Martins, 2005, p. 70-71)

Segundo Mendes e Martins (2005, p. 75), o modelo adotado no Brasil, até esta época de 1969/67, concentrava decisões de pouca relevância jurídica e tinha uma “função supletiva e uma função corretiva do modelo incidente ou difuso”. As maiores contribuições, destacam os autores, neste período, foi a natureza objetiva do processo e o reconhecimento da sua eficácia “*erga omnes*” (Mendes; Martins, 2005, p. 75).

O escólio de Mendes e Martins (2005, p. 76-85) ainda revela que foi com a Constituição de 1988 que, embora assegurando o direito do Procurador-Geral da República, se ampliou para diversos outros órgãos ou entes o direito de propor a ação direta de

inconstitucionalidade, conforme seu artigo 103. Esta ampliação do rol de legitimados a promover ação de controle abstrato de inconstitucionalidade acaba por limitar e restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade, na mesma medida que amplifica o controle concentrado.

Mendes e Martins trazem em seu texto (2005, p. 76-85) um comparativo, demonstrando que mais de 82% das normas declaradas inconstitucionais, no período de 1988 a 2004, foram declaradas por meio do controle concentrado. Ressaltam, ainda, que outro significativo efeito da ampliação da utilização do controle de constitucionalidade concentrado, foi a concretização da “ideia de defesa das minorias, uma vez que assegura, até às frações parlamentares menos representativas, a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade da lei” (Mendes; Martins, 2005, p. 80).

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, finalmente trouxe de forma explícita a disciplina do instituto da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

A Emenda Constitucional n.3 firmou a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. (Mendes; Martins, 2005, p. 82)

Mendes e Martins (2005, p. 89-107) explicam em suas reflexões que, a partir de 1987, uma série de fatores fez o número de ações perante o STF aumentar vertiginosamente e, em consequência, levou a uma série de contramedidas para permitir uma racionalização e otimização do trabalho da Corte Suprema. Entre essas, a suspensão de recursos repetitivos, a concentração de recursos de uma mesma matéria e a medida cautelar em ações de controle concentrado de constitucionalidade (Mendes; Martins, 2005, p. 90).

Tais medidas culminaram processos e discussões representativas, que acabaram consolidando maior participação nas ações e evidenciando a figura do *amicus curiae* (Mendes; Martins, 2005, p. 90). O modelo previsto nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 se traduziu em avanço para o papel da Corte Constitucional, como instrumento de controle objetivo da ordem constitucional. O controle difuso, ainda existente de forma residual, assume papel supletivo do reforçado controle concentrado objetivo de constitucionalidade.

Enfim, atualmente o controle concentrado de constitucionalidade é de legitimidade do STF, conforme o artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal. E suas regras básicas são definidas nos artigos 103 e 103-A da própria Constituição.

Em suma importância, a Lei 9.868/1999 dispõe e regulamenta o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade.

2.4 O direito do trabalho e o controle concentrado de constitucionalidade

No âmbito do direito do trabalho, o controle concentrado de constitucionalidade tem exercido especial influência. São diversas decisões que, sob o argumento de avaliar a constitucionalidade ou não de alguma legislação, acabam por trazer impactos significativos para a hermenêutica jurídica trabalhista. Como consequência última, traz os mesmos impactos no exercício e efetividade de direitos aos trabalhadores.

Sem ingressar no mérito para não estender demasiadamente o tema, mas além da própria ADC 48, objeto deste trabalho, outras diversas decisões do STF trouxeram impactos desta magnitude ao direito do trabalho. Exemplificativamente, pode-se citar a recente ADI 5322, que julgou inconstitucional algumas flexibilizações aos direitos trabalhistas dos motoristas profissionais; a ADC 58, que modificou os critérios de correção e encargos de mora nas execuções trabalhistas; o Tema 1046, que deu expressiva validade às negociações coletivas de trabalho; a ADI 5766, que julgou inconstitucional as previsões da Reforma Trabalhista quanto ao pagamento de honorários de sucumbência e periciais por trabalhadores beneficiários da assistência judiciária gratuita. Enfim, são muitos os exemplos – ora mais benéficos, ora mais prejudiciais – aos trabalhadores, nos quais o STF tem interferido nas relações trabalhistas por meio do controle concentrado.

Como vimos, o controle de concentrado de constitucionalidade é exercido pela instância máxima da organização hierárquica do Poder Judiciário brasileiro. Isso equivale dizer que as decisões tomadas pelo STF, nesse contexto, acabam por ter o condão de prevalecer sobre as decisões dos demais juízes e tribunais.

Não é incomum, na prática, observar a tentativa de juízes e até de Tribunais em argumentar e decidir de forma contrária a estas decisões, com base em diversos argumentos. Situações que postergam a decisão do processo até um eventual Recurso Extraordinário, ou que atualmente vem sendo “atalhadas” por meio de Reclamações Constitucionais, na forma

prevista no artigo 102, I, inciso “I” da Constituição Federal, assim como no artigo 988 do Código de Processo Civil Brasileiro.

No contexto da ADC 48, os Juízes do Trabalho têm entendido, por exemplo, que a competência para julgamento das questões que envolvem pedido de reconhecimento de vínculo empregatício dos Transportadores Autônomos de Cargas (TAC), devem ser processados e julgados na Justiça Especializada do Trabalho.

Mas, como efeito reflexo da ADC 48, o STF, por meio dessas Reclamações Constitucionais, tem entendido que o julgamento das ações deve ser feito pela Justiça Comum, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual, por entender que a decisão destes julgadores trabalhistas acabaria por “esvaziar a decisão proferida na ADC 48”. Exemplo disto é a Reclamação Constitucional 43.544:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. VIOLAÇÃO AO QUE DECIDIDO NA ADC 48. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR CAUSA ENVOLVENDO RELAÇÃO JURÍDICA COMERCIAL. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. No julgamento da ADC 48, o Ministro Relator Roberto Barroso consignou em seu voto que a Lei 11.442/2007, disciplina, entre outras questões, a relação comercial, de natureza civil, existente entre os agentes do setor, permitindo a contratação de autônomos para a realização do Transporte Rodoviário de Cargas (TRC) sem a configuração de vínculo de emprego. 2. As relações envolvendo a incidência da Lei 11.442/2007 possuem natureza jurídica comercial, motivo pelo qual devem ser analisadas pela justiça comum, e não pela justiça do trabalho, ainda que em discussão alegação de fraude à legislação trabalhista, consubstanciada no teor dos arts. 2º e 3º da CLT. 3. Agravo Interno provido. (STF, 2021)

Não é exaustivo frisar que o próprio STJ já se posicionou nesta mesma linha, recentemente:

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA - TRANSPORTE DE CARGAS - MOTORISTA - RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO - ADC N.º 48/DF - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL - JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DA SEGUNDA SEÇÃO - DELIBERAÇÃO UNIPESSOAL QUE CONHECEU DO CONFLITO E DECLAROU A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 8.ª VARA CÍVEL DE SANTO ANDRÉ/SP - INSURGÊNCIA DO AGRAVANTE.

1. Destaca-se a competência deste Superior Tribunal de Justiça para o exame do presente incidente, uma vez que envolve juízos vinculados a Tribunais diversos, nos termos do que dispõe o artigo 105, inciso I, alínea "d", da Constituição Federal. 2. No âmbito da ADC n.º 48/DF, na qual foi reconhecida a constitucionalidade da Lei n.º 11.447/2007, que por sua vez dispõe sobre transporte rodoviário de cargas por terceiros, mediante remuneração, a Corte Suprema tem decidido que a discussão a respeito da presença ou não dos requisitos legais para configuração da

contratação nos termos da mencionada lei, deve se iniciar na Justiça Comum, e que, constatada a ausência dos mesmo, só então, a competência passa a ser da Justiça do Trabalho. Precedentes da Segunda Seção do STJ.

3. Agravo interno desprovido. (AgInt no CC 191.676/SP, Segunda Seção, DJe 13/3/2023)

O STF, inclusive, tem demonstrado inclinação por unificar este entendimento, conforme voto da Ministra Rosa Weber (que divergia deste entendimento), na Reclamação Constitucional 50.008:

13. A Primeira Turma desta Casa, todavia, que integro, tem adotado posicionamento diverso. Assim, vencida esta Relatora, o colegiado a que pertencço, repiso, tem assentado que [a]s relações envolvendo a incidência da Lei 11.442/2007 possuem natureza jurídica comercial, motivo pelo qual devem ser analisadas pela Justiça Comum, e não pela Justiça do Trabalho, ainda que em discussão alegação de fraude à legislação trabalhista, consubstanciada no teor dos arts. 2º e 3º da CLT (Rcl 49.101-AgR/MG, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 03.3.2021, v.g.).

14. Na Sessão Virtual de 11.3.2022 a 18.3.2022, a Primeira Turma desta Casa, ao exame do agravo interno deduzido na Rcl 51.726/RS, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, mais uma vez, vencida esta Relatora, ratificou tal entendimento, mantendo o juízo de procedência do pedido, e cassou os atos decisórios proferidos pela Justiça do Trabalho, com comando de remessa dos autos à Justiça comum.

15. Nesse contexto, em atenção aos princípios da colegialidade e da uniformidade das decisões judiciais, merece provimento o agravo interno manejado, aplicando a compreensão majoritária da Primeira Turma, para reconhecer, no caso, a incompetência da Justiça do Trabalho, ressalvado, reitero, meu entendimento pessoal em sentido contrário. (STF, Ministra Rosa Weber, RCl 50.008, 02/05/2022)

A crescente interposição das Reclamações Constitucionais, inclusive levou a PGR, por meio do Procurador Geral da República, Augusto Aras, a promover a interposição de Incidente de Assunção de Competência (artigo 947, caput e §4º do CPC), nos autos da Reclamação Constitucional 60.620, proposta contra a decisão que reconheceu fraude no contrato civil e reconheceu o vínculo trabalhista, justamente postulando uniformização do entendimento (se cabe ou não a Reclamação Constitucional).

Enfim, o resultado em última análise, quanto ao tema da ADC 48, é significativo para o Trabalhador Autônomo de Cargas, pois dificulta e, em alguns casos, impede o reconhecimento do vínculo trabalhista. Isso, na prática, é o mesmo que dizer que são afastados deste trabalhador os direitos previstos no artigo 7º da Constituição Federal, bem como todos os demais direitos trabalhistas previstos em diversas legislações aplicáveis.

Vale dizer que as decisões do STF no sistema de controle concentrado de constitucionalidade são as que exercem influência de maior relevância na esfera dos direitos trabalhistas.

2.5 As dimensões do poder

Antes de avançar ao tema foco do trabalho, uma reflexão ganhou importância a partir das leituras e discussões provocadas durante o desenvolvimento das aulas do mestrado. Em especial, digno de referência, a provocante retórica do professor Gabriel Divan, quanto ao tema das “dimensões de poder”.

Pode parecer tentadora a técnica de estreitar a visão às soluções e ferramentas disponíveis na lei e nas demais fontes do direito, como solução exclusiva para os problemas da sociedade. Mesmo o controle de constitucionalidade permite uma defesa teórica atrativa, inspiradora, até. Mas, que pode tornar míope a visão quando a questão é a efetividade dos direitos fundamentais e a complexa rede de fatores que interferem nos resultados.

Porém, um breve passeio pelos diversos cenários da vida permitem a percepção de que “há mais coisas entre o céu e a terra do que pode imaginar sua vã filosofia” (Shakespeare, 2022, p.30). Horácio, personagem da história do jovem Hamlet, se defendesse o direito como ferramenta de regulação social, certamente cederia à sentença de seu amigo príncipe.

A análise histórica poderia levar a uma compreensão da superação da justificativa do exercício do poder como atribuição de entidades divinas. O contrato social, o império da lei, e todos os avanços desde a idade média, permitiram que o mundo ocidental chegasse à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Duas grandes guerras mundiais, o fascismo e outras atrocidades levaram ao desenvolvimento do constitucionalismo.

A esteira de Kelsen – a norma fundamental – ganhou hierarquia superior, a ordenar o direito infraconstitucional. Com as garantias fundamentais petrificadas nesta norma, as promessas da modernidade seriam cumpridas (Bittar, 2008, p. 144).

Porém, a dura realidade mostra um cenário de amplo descumprimento das garantias fundamentais, na maior parte do mundo. “Poderes Selvagens” atuam contra as garantias, em esferas que transcendem a mera compreensão jurídica, atraindo o estudo para outras “dimensões de poder” que interferem nos resultados sociais e, muitas vezes, (pode-se supor) ditam o próprio direito (Ferrajoli, 2013).

A crítica de Han (2014) ao neoliberalismo, ao avanço das tecnologias de comunicação e redes sociais utilizadas como ferramenta de psicopolítica, evidencia de forma simples, mas contundente, uma dimensão de poder que tem ganhado cada vez mais relevância. São palavras de Han (2014):

O poder, sem dúvida, pode ser externalizado como violência ou repressão. Mas ele não descansa nisso. Não é necessariamente exclusivo, proibitivo ou censor. E não se opõe à liberdade. Você pode até fazer uso disso. Somente na sua forma negativa o poder se manifesta como negação da violência que quebra a vontade e nega a liberdade. Hoje o poder assume cada vez mais uma forma permissiva. Na sua permissividade, mesmo na sua bondade, ele abandona a sua negatividade e oferece-se como liberdade. (Han, 2014, p. 28, tradução nossa⁵)

O “poder inteligente” não transforma os homens em submissos, mas em dependentes. Não mais um controle pela violência, mas um inteligente controle através da dependência do status padrão.

Han (2014) destaca o quanto as pessoas estão sendo opressoras de si mesmas, ao se lançarem aos objetivos abnegados de ostentar um status padrão nas redes sociais. Com o neoliberalismo, as pessoas deixaram de ser oprimidas por terceiros, detentores do capital, para abrir mão voluntariamente de sua liberdade, em prol de um “sucesso standartizado”. Detalhe: isso por meio de postagens padrão, através das quais buscam provar que conseguiram viajar para determinado lugar, que vestem determinadas marcas de roupas, que comem em determinados restaurantes, etc. As pessoas não se dão conta que, para atender a estes padrões, abrem mão de sua liberdade.

Assim como os chamados TAC, o autor Han destaca (2014) que as pessoas deixaram de ser exploradas por grandes empresas, para se tornarem “empresárias de si mesmas”, explorando a si mesmas e culpando a si mesmos pelos fracassos e amarguras que a vida impõe. Porém, Han (2014) questiona em sua obra se tais padrões são aleatórios, ou são direcionados pelo interesse do capital. Sua crítica ao capitalismo fica clara, ao relacionar o poder de direcionar os padrões perseguidos pela maioria das pessoas, por meio das redes sociais, com os interesses dos detentores do poder econômico.

⁵ Texto original: “*El poder, sin duda, puede exteriorizarse como violencia o represión. Pero no descansa en ella. No es necesariamente excluyente, prohibitorio o censor. Y no se opone a la libertad. Incluso puede hacer uso de ella. Solo en su forma negativa, el poder se manifiesta como violencia negadora que quiebra la voluntad y niega la libertad. Hoy el poder adquiere cada vez más una forma permisiva. En su permisividad, incluso en su amabilidad, depones su negatividad y se ofrece como libertad.*”.

É bastante perspicaz a relação feita por Han (2014). Afinal, ao se buscar ostentar o uso de determinada marca, sem sombra de dúvidas, há um benefício econômico direto ao proprietário daquela marca. Não seria ilógico dizer que o próprio beneficiário da marca (seja uma pessoa ou um grupo) orquestrou de alguma forma o padrão definido e almejado pelas pessoas. Dito desta forma, o poder de ditar padrões (*standarts*) nas redes sociais e pelos demais meios de comunicação, não se pode negar, é um poder de influenciar o comportamento das pessoas.

Ao observar que uma determinada marca de roupa vestida por um “ídolo” gera mais mudança de comportamento do que uma determinada lei aprovada por um “expoente” político, tem-se a real noção de que a humanidade está frente a uma dimensão de poder de expressiva relevância na regulação social.

Não são poucas as semelhanças da perspectiva de Han ao Panóptico de Bentham, analisado por Foucault, com uma diferença fundamental: Bentham tinha foco no controle compulsório do corpo (biopolítica) e a psicopolítica foca na submissão voluntária da mente. O que Han (2014) chama de “*Big Data*” reúne, processa e direciona o fluxo de informações, sem regulação expressiva, e está sujeito à vontade dos seus titulares e dos interesses econômicos capazes de manipular o sistema. Para Shoshana Zuboff (2018), um “*Big Other*” capaz de implantar um Panóptico de Bentham sem fronteiras, administrado e gerido por particulares, livre de regras e focado no lucro.

Mark Fisher (2020) também critica o resultado do sistema ocidental hodierno. Alinhado com as percepções de Han (2014), Fisher compara o capitalismo atual a uma “Coisa” – fazendo referência ao filme “A Coisa”, de Larry Cohen, no qual uma criatura indefinida engolia tudo que tocava –, que sob a bandeira da liberdade se apropria e monetiza todas as bandeiras de luta social, gerando uma apatia generalizada. A própria expressão artística relata o conformismo e a impossibilidade de revolução ou resistência. Como diria Humberto Gessinger: “Somos o que há de melhor, somos o que dá pra fazer, que não dá pra evitar e não se pode escolher”.

O título da obra de Fisher (2020), por si só é bastante significativo: “É mais fácil imaginar o fim do mundo do que o fim do capitalismo?”.

Fisher (2020) critica que no sistema capitalista atual a liberdade de reivindicação parece ampla. Mas, uma luta contra o racismo logo é “encapada” como uma luta do capitalismo que a promove, promove políticos defensores, vende livros sobre o tema, roupas

temáticas, shows temáticos, etc. No final, tudo vira mais motivo de exploração comercial e política, do que efetivamente seus anseios originais.

Ao se analisar as teorias de Fisher (2020), pode-se perceber que o capitalismo se alia a possíveis “inimigos”, e impede que suas estruturas básicas sejam atacadas. Ao encampar uma determinada reivindicação, desvia o foco daquilo que pode atacar suas reais bases, seus reais titulares, que permanecem ocultos e inatingíveis. Se promove lutas contra o racismo, se elegem representantes negros para apresentar programas de elite, se produzem livros e músicas contra o racismo que movimentam a engrenagem econômica. Tudo promovido por um sistema que tudo apoia, mas desvia qualquer olhar mais acurado às reais causas do problema.

Ninguém ousa falar em devolver propriedades produtivas a esta parcela da sociedade. Ninguém fala em suporte efetivo às famílias negras. Ninguém consegue fazer funcionar um sistema educacional que efetivamente permita uma equiparação das condições historicamente defasadas. Provavelmente, porque ações deste tipo contrariam os interesses dos “ocultos diretores do capitalismo”. No final, nada muda. O que prevalece são “os interesses”.

A situação do racismo, compatível com a lógica de Fisher (2020), pode muito bem ser percebida na obra de Jessé Souza (2021, p. 17), que sentencia: “A tese inicial deste livro é, portanto, a de que o neoliberalismo, ou seja, a própria legitimação simbólica do capitalismo financeiro global, vai se utilizar precisamente da linguagem do antirracismo para se legitimar.”.

Ainda se pode visualizar a mesma lógica nas lutas pelo feminismo, bem explorada por Judith Butler (2019). A autora, referindo-se ao ensaio de Chandra Mohanty, destaca que o feminismo para uma mulher norte-americana não é a mesma coisa que para uma mulher árabe.

Nesse ensaio, ela argumenta que o quadro comparativo em que as feministas do Primeiro Mundo desenvolvem a crítica sobre as condições de opressão das mulheres do Terceiro Mundo, baseadas em alegações universais, não apenas interpreta erroneamente a agência das feministas do Terceiro Mundo, como também produz uma falsa concepção homogênea de quem elas são e do que querem. Em sua opinião, esse enquadramento também reproduz o Primeiro Mundo como sendo o local da agência feminista autêntica, criando um Terceiro Mundo mono-lítico contra o qual ele mesmo deve se entender. (Butler, 2019, p. 48)

As mulheres querem e precisam de coisas diferentes, em culturas diferentes. Porém, a bandeira da emancipação das mulheres é levantada de forma universal, mais no intuito de favorecer uma universalização de comportamentos (do próprio capitalismo) do que uma efetiva emancipação das mulheres em suas realidades distintas. No final, favorece mais o sistema dominante e universalizante, do que as próprias mulheres.

Os exemplos permitem contextualizar. Há uma manipulação de massas, de reivindicações, de resultados sociais em prol de uma elite dominante, ao arrepio da lei, sem que lei ou garantia constitucional alguma possa interferir de maneira significativa. Não é só na esfera individual que estas dimensões de poder atuam. Em escala global e pública, também é possível identificar essa “mão invisível (do mercado?)” atuando ao arrepio da lei e do direito.

A própria Judith Butler (2019, pp. 51-91) exemplifica um “Estado de Exceção”, que justifica uma “detenção indefinida”, no caso do combate dos Estados Unidos da América contra aqueles que “acredita” serem responsáveis pelo “Talibã”. Na situação, em meados do ano de 2002, mais de 650 prisioneiros de guerra ficaram detidos na Baía de Guantánamo, sendo que após um ano de detenção, foi anunciado que seis deles, teriam direito ao julgamento (Butler (2019, p81).

A detenção dos prisioneiros, em nome de uma suposta guerra ao Talibã, se deu de forma absolutamente arbitrária. Não foi oportunizada defesa no julgamento quanto à autoria dos fatos. Simplesmente foram jogados mais de seiscentos prisioneiros numa “fogueira” a partir de meros “boatos” (sem julgamento, sem provas, sem direito de defesa), destinados a “queimar” numa detenção indefinida. Prática que se assemelha à velha Caça às Bruxas, da era medieval, em que mulheres eram simplesmente acusadas de heresia, bruxaria e queimadas na fogueira sem qualquer direito de defesa ou contraditório (Federici, 2017).

Um Estado de Exceção permanente, onde tudo pode, segundo os interesses de “não se sabe quem” (os ocultos detentores do poder). Uma “Brecha”, fazendo referência à Gabriel Divan (2020, p.106), que relaciona o Estado de Exceção como forma de crítica ao garantismo que, ao buscar fazer prevalecer a constituição, busca que se proteja o próprio Estado de Exceção que é, faz e conduz a “brecha”.

Diante destas constatações, é cirúrgica a descrição de governamentalidade de Butler (2019, p. 52), como um “conjunto difuso de estratégias”, onde a lei e o direito são apenas uma pequena peça da complexa engrenagem de controle de corpos, pessoas e bens. Leia-se:

A governamentalidade é amplamente entendida como um modo de poder que se ocupa da manutenção e do controle de corpos e pessoas, da produção e da regulação de pessoas e populações, e da circulação de bens na medida em que sustentam e restringem a vida da população. A governamentalidade opera por meio de políticas e departamentos, por meio de instituições gerenciais e burocráticas, por meio da lei, quando a lei é entendida como "um conjunto de táticas", e por meio das formas de poder do Estado, embora não exclusivamente. Assim, a governamentalidade opera por instituições estatais e não estatais e por discursos que não são legitimados nem por eleições diretas e nem pela autoridade estabelecida. Marcada por um conjunto difuso de estratégias e táticas, a governamentalidade não obtém seu significado e propósito a partir de uma fonte única, de um sujeito soberano unificado. (Butler, 2019, p. 52)

Chega a ser assustadora a conclusão, mas, de fato, é bastante consistente a constatação de que a sociedade está sujeita a diversas dimensões de poder, cenário no qual o direito tem sua parcela de importância – mas, em absoluto, não tem protagonismo algum. Ao fim e ao cabo, ainda se vive uma espécie de Caça às Bruxas medieval e, a qualquer momento, pode-se ser vítima da “fogueira do Estado de Exceção”.

Indo mais além, se interpretarmos o Estado de Exceção não apenas como restrição de direito de defesa, mas como própria limitação de direitos, é possível concluir que cada um que não está no círculo elitizado do poder queima aos poucos, dia a dia, pela falta de gozo dos direitos fundamentais mais básicos. Isso seja por práticas de racismo, de homofobia, exclusão do mercado de trabalho, deficiência de serviços de saúde, deficiência de serviços de educação, insegurança, invasão da privacidade por meios virtuais, ou exclusões da proteção jurídica e constitucional, como é o caso dos Transportadores Autônomos de Cargas e outros tantos exemplos.

Sim, a sociedade queima dia a dia e sequer consegue identificar quem está alimentando as labaredas.

Outros autores reconhecem uma crise na democracia, a partir de comportamentos orquestrados que, embora pareçam casuais, reforçam a existência e perenidade do *status quo* da elite detentora do poder. Bauman e Bordoni (2016), a exemplo, comentam:

A antipolítica – como bem reconhece Balibar – também dá origem ao populismo e ao nacionalismo, ambos fenômenos perigosos e susceptíveis aos desvios mais devastadores. Geralmente é o prelúdio de regimes tirânicos e autoritários, como a história recente nos tem mostrado. Começa pela rejeição da política (a política é uma coisa suja) e, através da exaltação de figuras carismáticas, capazes de atrair a atenção e o carinho das massas, acaba por justificar a ditadura do homem forte, o único que pode assumir o poder. tarefa hercúlea de corrigir as coisas. Há sempre um homem providencial disposto a intervir quando a relação entre o Estado e os

cidadãos está suficientemente deteriorada. (Bauman; Bordoni, 2016, p. 23, tradução nossa⁶)

Ferrajoli também já descreveu inúmeros ataques sofridos pela democracia, segundo se pode compreender de sua obra “Poderes Selvagens” (2014), na qual relata o distanciamento da representação política dos seus representados. Para ele (Ferrajoli, 2014), são diversos processos desconstituintes vindos de cima e de baixo. Ferrajoli (2014) destaca a verticalização e personificação da representação política, a concentração do poder político e do poder econômico, bem como o domínio e privatização dos meios de comunicação.

Se dão por ataques, como na exaltação de líderes messiânicos, detentores da verdade sobre o macrosujeito coletivo, que resultam em desqualificação das regras e dos limites constitucionais, sempre sob a justificativa da exceção e da emergência perene, da contestação da separação dos poderes, controle da magistratura e, até mesmo, do debate parlamentar. Se tratam de condutas que são um ataque direto à separação dos poderes e às garantias constitucionais, que nada mais, nada menos, são do que direitos dos cidadãos – justamente os dois princípios da DUDH que o fascismo negava.

A obra “Poderes Selvagens” (Ferrajoli, 2014, p. 53), ainda aponta para práticas de homologação de opiniões favoráveis ao poder dominantes e desqualificação sistemática de opiniões dissidentes; o uso de discursos constantes disseminando o medo, que colaboram para a justificção de medidas “de exceção”; e o estímulo à deseducação e mediocridade do debate político, que gera apatia, descrédito e desinteresse pelo debate popular no cenário político. Para Ferrajoli (2014, p. 53), uma perda do senso coletivo e um estímulo ao individualismo, que resume na ideia de despotismo, de Alexis de Toqueville: “O egoísmo é o vício mais apreciado do despotismo (autoritarismo), o isolamento dos homens é a garantia de sua duração”.

Manuel Castels (2018), na mesma linha, cita um cenário semelhante que se desenha na democracia espanhola. O cenário atual brasileiro, por sua vez, também permite traçar

⁶ Texto original: “*La antipolítica – como bien reconoce Balibar – da pie también al populismo y al nacionalismo, peligrosos fenómenos ambos y susceptibles de las más devastadoras desviaciones. Suele ser el preludio de regímenes tiránicos y autoritarios, como la historia reciente nos ha demostrado. Comienza con un rechazo de la política (la política es algo sucio) y, a través de la exaltación de figuras carismáticas, capaces de atraer la atención y el cariño de las masas, termina justificando la dictadura del hombre fuerte, el único que puede asumir la hercúlea labor de corregir las cosas. Siempre hay un hombre providencial dispuesto a intervenir cuando la relación entre el Estado y los ciudadanos está suficientemente deteriorada.*”

diversas semelhanças. As coincidências destas situações, a não ser que se trabalhe com a hipótese ingênua de uma simples coincidência, permitem identificar um *modus operandi*, uma coordenação orquestrada que, embora tenham a superficial aparência de um resultado casual próprio das “coisas como elas são”, são na verdade o resultado cirurgicamente conduzido pelo “conjunto difuso de estratégias”, segundo o conceito de governamentabilidade, citado por Butler (2019, p. 52).

Essas evidências demonstram de forma clara que não é apenas o direito que prevalece nos resultados sociais que se evidenciam no dia a dia. Acreditar do direito como panaceia universal é atribuir ao jurista uma papel “filisteísta”, que foge à realidade e se aprisiona num mundo de “doçura e luz”, que não se coaduna com a dura realidade (Arendt, 2022, p. 151). Há muito mais dimensões de poder entre o céu e a terra, do que nossa vã disciplina jurídica pode perceber.

A legislação e o direito têm a necessidade de evoluir, de adaptarem-se ao acelerado movimento da sociedade.

Sem dúvida, o mundo é mais complexo que no século 19, e não mais conceberíamos que o legislador se embalasse com o sonho da perenidade das leis. Adaptar o texto às circunstâncias cambiantes, submetê-lo regularmente à avaliação, enriquecê-lo com precisões jurisprudenciais e doutrinárias, todas estas formas de “questionamento” são perfeitamente legítimas. Não estamos seguros, contudo, de que a mutabilidade contemporânea da lei derive sempre desse cuidado de harmonizar as promessas. (Ost, 2005, p. 301)

É insofismável a constante necessidade de evolução do direito. No entanto, neste contexto de verdades relativas, será que todas as mudanças que a legislação sofre encontram respaldo das suas verdadeiras finalidades? Pertinente o questionamento suscitado por François Ost (2005, p. 302), ressaltando-se: “em casos demasiadamente numerosos, ela é, antes, explicada pela ação desinstituinte dos interesses particulares e a dificuldade de decidir nos regimes assediados pelas forças centrífugas dos lobbies”.

Ao apreciar o tema, Ost (2005) suscita o exemplo da legislação belga que proibiu a propaganda vinculada ao tabaco, medida tomada pelo legislativo, com vistas à saúde pública. Na situação, a região de Valão, na Bélgica, que recebia uma das etapas do Campeonato Mundial de Fórmula I, recebeu um “ultimato”, no sentido de que tal região seria excluída das etapas do referido campeonato. O motivo era óbvio: entre as mais importantes patrocinadoras do evento, estavam as grandes companhias do tabaco. A exclusão levaria a

região a um grande prejuízo, pois a realização do evento gerava grande movimento da economia local.

No exemplo citado por Ost (2005, p. 304), a Bélgica enfrentou intensa discussão no judiciário e no legislativo, chegando à mobilização de uma “rebelião aberta”. Ironicamente, a imprensa da época pontuou: “o direito se desfaz como fumaça” (Ost, 2005, p. 304). O caso traz importante tema a ser considerado: os lobbies das grandes corporações econômicas e os reais motivos e fundamentos das legislações aprovadas. Nas palavras de Ost (2005, p. 304): “O que resta deste imbróglia jurídico, cujo exemplo não é isolado, é singularmente revelador do que motiva às vezes a aceleração da produção jurídica: a incapacidade de se ater a uma decisão tomada, quando desencadeiam as forças centrífugas de interesses setoriais”.

A metáfora que Ost (2005) cita, parafraseando Karl Popper, resume o pensamento:

[...] poderemos dizer que passamos dos “relógios” para as “nuvens”: do tempo que é ao tempo que ele faz, de algum modo. Os “relógios”, ou o modelo mecânico, linear e previsível de uma legislação piramidal; “as nuvens”, ou o modelo interativo, recursivo e incerto de uma regulação em rede (Popper, *apud* Ost, 2005, p. 304).

Para Ost (2005, p. 305), “esta normatividade suavizada, a de um direito “mole, fluido, em estado gasoso”, reflete a incerteza da própria lei. E, quando esta fluidez se deixa afetar pelas forças desconstituíntes, leva à exclusão, à “sociedade de risco”, que torna o “cidadão” uma “vítima”.

O próprio caso “Madison x Marbury” (Mendes, 2020, p. 51), foi uma forma de o judiciário deixar de lado o direito material vindicado (o direito de Marbury ao cargo para o qual foi nomeado), inaugurando uma tese de “*judicial review*”, para evitar um conflito com o executivo, baseando em normas processuais.

A situação da volatilidade do direito também pode ser verificada na decisão comentada neste trabalho. A ADC 48 foi decidida e publicada em maio de 2020, justamente durante o mandato de um presidente notadamente de extrema direita, logo após a publicação de uma “Reforma Trabalhista” – a Lei 13.467/2017 – que também teve visível intenção de flexibilizar direitos trabalhistas.

O mesmo STF, alguns meses depois, em junho de 2023, já sob o mandato de um presidente de esquerda, em sentido oposto, decide pela inconstitucionalidade de diversos

dispositivos da chamada “Lei dos Motoristas” – a Lei 13.103/2015 –, por meio da ADI 5322, em que demonstra de forma inversa, uma maior proteção aos trabalhadores.

A antinomia do próprio STF, em decisões antagônicas, revela que não é apenas “o direito” ou “os fundamentos jurídicos” que importam para as decisões tomadas pela Corte Suprema.

Como já destacado no capítulo sobre o ativismo judicial, Campos (2012) reconhece a tamanha relevância e retumbância das decisões da Corte Constitucional nas decisões políticas do Governo, que acaba por tornar pauta dos próprios Governos a nomeação de Ministros com objetivo de angariar apoio às pautas do partido.

Neste sentido, não é demais destacar que, no Brasil, o Ex-Presidente Jair Bolsonaro nomeou durante o seu mandato o Ministro André Mendonça, pastor presbiteriano, com claro posicionamento mais conservador. Já o atual presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, nomeou como Ministro seu ex-advogado, Cristiano Zanin, o qual, a menos que se acredite numa imparcialidade pura, terá tendência em decidir conforme o posicionamento político do partido do presidente. A situação não diverge do cenário norte-americano, citado por Campos (2012).

Importante a constatação – talvez triste, mas realista – de que o estudo jurídico do tema em voga neste trabalho é importante sim, mas não pode ter a pretensão, vã, de acreditar que é a única “dimensão de poder” envolvida e influente nas decisões da Corte Suprema e nos destinos da sociedade. Ramiro Santamaría (2016), já advertia:

O direito tem a ver com teorias, leis, práticas e culturas jurídicas. O que fazemos ou não fazemos como advogados tem impacto na vida das pessoas e na estrutura social. A grande maioria dos juristas, graças ao formalismo jurídico que prevalece na nossa sociedade, são declaradamente neutros e limitamo-nos a aplicar as leis, sem questionar o seu impacto social e sem nos preocuparmos com as suas consequências. Isso é um problema, muito sério. Adiados à suposta neutralidade dos juristas e à objetividade das leis, os juristas não percebem as teorias que fundamentam as leis, os interesses ocultos numa norma ou na sua aplicação, e, em suma, não somos críticos e acabamos por reproduzir um sistema jurídico e sistema social que produz dor [...]. (Santamaría, 2016, p. 13, tradução nossa⁷).

⁷ Texto original: “*El derecho tiene que ver con teorías, con leyes, con prácticas y con culturas jurídicas. Lo que hacemos, o lo que dejamos de hacer los abogados y abogadas, tiene impacto en la vida de las personas y en la estructura social. La gran mayoría de juristas, gracias al formalismo jurídico que impera en nuestra sociedad, somos declaradamente neutros y nos limitamos a aplicar las leyes, sin cuestionarnos por su impacto social y sin importarnos sus consecuencias. Este es un problema, muy grave. Grajas a la pretendida neutralidad de los juristas y objetividad de las leyes, los juristas no nos damos cuenta de las teorías que*

Enfim, “a vida não é um problema para ser resolvido, mas uma realidade a ser experimentada”, como diria o filósofo dinamarquês Søren Kierkegaard (1986, p. 70).

3 A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 48

A garantia dos direitos fundamentais, a sua positivação nas constituições e a preocupação com a sua efetivação demonstra que o Controle Concentrado de Constitucionalidade tem relevante papel no cenário jurídico e político no Brasil.

Neste contexto, no ano de 2020 o STF, no exercício desta ferramenta, decidiu o processo que ficou conhecido por ADC 48. Um controle concentrado positivo de declaração da constitucionalidade da Lei 11.442/2007 que, no seu cerne, reconheceu ser constitucional o artigo 5º da referida Lei, afastando a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício quando o contrato do transportador rodoviário de cargas for feito na modalidade de TAC. Isso afasta os direitos constitucionalmente previstos no artigo 7º dessa categoria de trabalhadores.

A decisão gera aparente antinomia em relação ao objetivo da ferramenta de Controle Concentrado de Constitucionalidade, que merece ser analisada de forma mais detalhada, sob a perspectiva do direito do trabalho e à proteção às relações com vínculo empregatício.

3.1 Os elementos da relação de emprego

É matéria usual e corriqueira na Justiça do Trabalho brasileiro a discussão acerca das diversas relações de trabalho, se são ou não relações com vínculo empregatício. No ano de 2022, a justiça do trabalho brasileira tinha 1.073.283 casos pendentes de solução (Coordenadoria de Estatística do TST, 2023). Só neste ano foram distribuídos mais de um milhão e seiscentos mil processos (Coordenadoria de Estatística do TST, 2023).

Segundo o Procurador Geral da República, Antonio Aras, nos autos da Rcl 60.620/SP, “O tema ocupa a 22ª posição no ranking de assuntos mais recorrentes no

subyacen en las leyes, de los intereses que esconde una norma o su aplicación, y, en suma, no somos críticos y acabamos reproduciendo un sistema jurídico y social que produce dolor.”

Judiciário Trabalhista”. Segundo o Procurador, desde o ano de 2019 até junho de 2023, eram 786.375 casos envolvendo pedidos de reconhecimento do vínculo de emprego.

Pudera a Constituição Federal de 1988 registrar diversos direitos dos trabalhadores, alçados à categoria dos direitos fundamentais, de modo amplo. Porém, sua aplicação se dá no contexto do que o Direito de Trabalho costumou denominar de “relações de trabalho com vínculo empregatício”.

Camino (2004, p. 87) define que o objeto do direito do trabalho: “é aquele resultante da energia do homem, na busca da sua subsistência, prestado livremente em favor do empreendedor da atividade econômica, destinatário dos respectivos frutos, ao qual se subordina, mediante remuneração de caráter contraprestativo.”.

A mesma autora (Camino, 2004, pp. 185-200) complementa que a sua própria autonomia do Direito do Trabalho está posta em razão de se voltar de forma exclusiva a uma “relação de trabalho peculiar, incompatível com as demais espécies”. Logo, nos termos do que definem os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, as regras, normas e proteções juslaboralistas se aplicam exclusivamente aos trabalhadores e empregadores, no âmbito do contrato de trabalho com vínculo empregatício, conforme estritamente definido na legislação infraconstitucional.

É bastante difundida a definição da relação de emprego e dos próprios artigos iniciais da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) supracitados se extrai a existência de um empregador, que explora e assume o risco de uma atividade econômica. Neste âmbito, o empregador contrata, remunera e dirige o trabalho pessoal e regular de uma outra pessoa física. É de onde se extraem os jargões “continuidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade”.

Pela clareza e objetividade, oportuno citar as definições de Martins (2014), sobre o que chama de “requisitos” da relação de emprego:

Continuidade

O trabalho deve ser prestado com continuidade. Aquele que presta serviços eventualmente não é empregado. Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1990:134) afirmam, com propriedade, que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, de duração. Certos contratos exaurem-se com uma única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que, entregue a coisa e pago o preço, há o término da relação obrigacional. No contrato de trabalho, não é isso que ocorre, pois há um trato sucessivo na relação entre as partes, que perdura no tempo. A continuidade é da relação jurídica, da prestação de serviços.

Subordinação

O obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. O trabalhador autônomo não é empregado justamente por não ser subordinado a ninguém, exercendo com autonomia suas atividades e assumindo os riscos do seu negócio.

Onerosidade

Não é gratuito o contrato de trabalho, mas oneroso. O empregado recebe salário pelos serviços prestados ao empregador. O empregado tem o dever de prestar os serviços e o empregador, em contrapartida, deve pagar salários pelo serviços prestados. Aqueles religiosos que levam seu lenitivo ao paciente de um hospital não são empregados da Igreja, porque os serviços por eles prestados são gratuitos. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.608, de 18-2-98, estabelece que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim. O art. 1º dispõe que serviço voluntário é a atividade não remunerada. O contrato de trabalho é oneroso. Se não há remuneração, inexistente vínculo de emprego.

Pessoalidade

O contrato de trabalho é *intuitu personae*, ou seja, realizado com certa e determinada pessoa. O contrato de trabalho em relação ao trabalhador é infungível. Não pode o empregado fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última. O empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica, podendo ocorrer, no caso, prestação de serviços, empreitada, etc.

Alteridade

O empregado presta serviço por conta alheia (alteridade). Alteridade vem de *alteritas*, de *alter*, outro. É um trabalho sem assunção de qualquer risco pelo trabalhador. O empregado pode participar dos lucros da empresa, não dos prejuízos. Quando está prestando um serviço para si ou por conta própria, não será empregado, podendo ocorrer apenas a realização de um trabalho, ou a configuração do trabalho autônomo. É requisito do contrato de trabalho o empregado prestar serviços por conta alheia e não por conta própria. (Martins, 2014, p. 107-108).

Em linhas gerais, é possível dizer que nem toda relação de trabalho é destinatária da proteção do arcabouço normativo da lei trabalhista, mas, sim, as relações de trabalho que estejam caracterizadas pela existência destes elementos essenciais – os requisitos acima descritos. É nesta linha que, por exemplo, um trabalhador eventual, ou autônomo, não está protegido pelas mesmas normas do trabalhador empregado, por não existir o requisito “subordinação”.

Desde já, é oportuno frisar que esta distinção é o cerne da discussão travada no âmbito da ADC 48. Por sua vez, pode ser, de forma muito simples, resumida:

O motorista TAC é um trabalhador com vínculo de emprego? Se sim, ele é destinatário da proteção das normas juslaboralistas, entre elas as previstas no artigo 7º da Constituição Federal. Senão, apesar da relação de trabalho, está excluído das regras específicas que se destinam aos trabalhadores com vínculo empregatício.

Como é auto evidente, a discussão está justamente focada na existência da “subordinação”, ou não.

Por um lado, está a Lei 11.442/2007 afirmando que o transportador é “autônomo” em contraposição ao conceito de subordinação. De outro lado, as reclamações trabalhistas defendendo que, na casuística, em alguns casos esses trabalhadores são, de fato, “subordinados”, em contraposição ao conceito de autonomia.

Para compreender a questão, mister o aprofundamento quanto ao tema da subordinação/autonomia. A CLT (Senado Federal, 2017) assim define:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

No artigo segundo, a Lei refere-se ao empregador, como aquele que “dirige” a prestação de serviço do empregado. Já no artigo terceiro, a Lei refere-se ao empregado como aquele que atua “sob a dependência” do empregador.

Ou seja, a Lei não se refere ao termo específico “subordinação”, mas “direção” e “sob dependência”. Carmen Camino (2004, p. 88) evidencia esta dificuldade conceitual, e explica uma evolução do conceito histórico de trabalho que antes era degradante e agora tenta ser fator edificante de “realização e afirmação do homem e de progresso dos povos”. Para esta autora, a subordinação é a liberdade que o trabalhador tem de colocar sua força de trabalho à disposição do empreendedor, às suas ordens. É o que se pode extrair do seu conceito:

[...] o trabalho objeto do direito do trabalho é aquele resultante da energia do homem, na busca a sua subsistência, prestado livremente em favor do empreendedor da atividade econômica, destinatário dos respectivos frutos, ao qual se subordina, mediante remuneração de caráter contraprestativo. (Camino, 2004, p. 88)

Vecchi cita uma passagem de Karl Marx, em sua obra “O Capital”, para contextualizar o cenário a partir do qual a relação de emprego se desenvolve:

Para transformar dinheiro em capital, tem o possuidor do dinheiro de encontrar o trabalhador livre no mercado de mercadorias, livre nos dois sentidos, o de dispor, como pessoa livre, de sua força de trabalho como sua mercadoria, e o de estar

livre, inteiramente despojado de todas as coisas necessárias à materialização de sua força de trabalho, não tendo, além desta, outra mercadoria para vender. (Marx, *apud* Vecchi, 2014, p. 381)

Vecchi (2014) continua explicando que a subordinação nasce da separação do trabalhador do seu meio de produção, que se estabelece no modo capitalista de produção. Neste contexto, o trabalhador só consegue produzir se vinculado ao capital, detentor dos meios de produção – o que o torna dependente/subordinado ao capital.

Porém, aponta para a evolução do conceito, com base em diversas decisões dos tribunais brasileiro e em doutrinadores como Lorena Vasconcelos Porto e Dallegrave Netto (entre outros), que passam a admitir o que se convencionou chamar de “subordinação estrutural” (Vecchi, 2014).

Segundo o Ilustre Professor (Vecchi, 2014), não cabe mais restringir a interpretação ao conceito objetivo clássico de subordinação. É necessário uma flexibilização no conceito, alargando-o para atender às diversas situações que se criaram, especialmente a partir da evolução do sistema de produção fordista para os sistema de produção toyotista.

Resumindo, na esteira da evolução jurisprudencial e doutrinária, Vecchi (2014) sustenta que a subordinação ocorre mesmo quando não há ordens diretas do empreendedor ao trabalhador. Pode se manifestar quando o trabalhador se insere num sistema coordenado e se ativa segundo os interesses do empreendedor, segundo diretrizes que o trabalhador não participa da definição. Mesmo sem ordens diretas, a existência de controles e da própria organização do trabalho retira a autonomia do trabalhador e o torna indiretamente subordinado.

Distinguindo as dimensões clássica, objetiva e estrutural, Vecchi (2014) cita Mauricio Delgado Godinho, do qual se extrai um conceito para a “subordinação estrutural”:

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.” Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços. (Delgado, *apud* Vecchi, 2014, p. 386)

Vecchi (2014) ainda cita Lorena Vasconcelos Porto, que define “subordinação integrativa”:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume riscos de ganhos e perdas e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade. (Porto, *apud* Vecchi, 2014, p. 387)

Do breve apanhado, é relativamente tranquilo afirmar que, no âmbito do Direito do Trabalho, a subordinação possui um aspecto mais abrangente do que o estrito significado da palavra. Amplamente discutido na doutrina e jurisprudência, a moderna caracterização da subordinação está mais voltada à ampliação do significado, sendo que a dependência do trabalhador pode ser reconhecida na forma “estrutural” ou “integrativa”, conforme definições de Delgado e Porto, respectivamente.

De modo que, trazendo o conceito para a realidade do TAC, sob a leitura do princípio da primazia da realidade, para o Direito do Trabalho não interessaria que o nome dado ao trabalhador, pela legislação, indicasse “autonomia”. Se o trabalhador, mesmo sendo nominado de “autônomo”, estivesse inserido no conceito de subordinação “estrutural” ou “integrativa”, caracterizada estaria a relação empregatícia.

Neste contexto, muitos outros argumentos se somariam, como a proteção do hipossuficiente, os princípios da dignidade, a vedação ao retrocesso social, entre outros. O que se pode concluir é que, segundo os princípios e normas juslaboralistas, em especial o da proteção ao trabalhador, havendo continuidade, remuneração, pessoalidade e subordinação (ainda que estrutural ou integrativa), deve-se reconhecer a existência da relação de emprego e estender ao trabalhador todo o leque de proteções e direitos constitucionalmente garantidos, ou infraconstitucionalmente previstos.

De antemão, um registro conectivo merece destaque: conforme citado na obra de Vecchi, Dallegrave Neto utiliza a evolução do sistema fordista de produção para o toyotista, com justificativa para uma ampliação do conceito de subordinação. Justamente, é o conceito que o Ministro Luis Roberto Barroso utilizou, no relatório da sua decisão na ADC 48, para justificar sua posição a favor da constitucionalidade do da Lei 11.442/2007, que afasta o vínculo empregatício para o TAC. Mais adiante, cabe retomar este tema.

3.2 O contexto do setor de transporte no Brasil

Segundo o Anuário Estatístico do ano de 2022, divulgado pela Confederação Nacional de Transportes (CNT), o Brasil contava, no ano de 2021, com mais de um milhão e setecentos mil quilômetros de rodovias. Estas rodovias exploradas por uma frota de mais de três milhões e setecentos veículos (considerando apenas caminhões e caminhões trator).

O mesmo anuário destaca que no ano de 2020 a quantidade de veículos de transporte rodoviário de cargas era de mais de dois milhões e duzentos e setenta mil, sendo que, desses, quase oitocentos e sessenta mil são operados por Transportadores Autônomos de Cargas; mais de vinte e oito mil são operados por Cooperativas de Cargas; e um milhão e trezentos e oitenta mil são operados por Empresas de Transporte de Cargas.

Porém, a quantidade de Empresas cadastradas no Registro Nacional do Transporte Rodoviário de Cargas (RNTRC) era de duzentos e noventa e uma mil; de Cooperativas era de apenas quinhentos e cinquenta e seis; e Transportadores Autônomos de Cargas, era de mais de novecentos e dezessete mil.

O Transporte Rodoviário de Cargas, segundo Secretaria Nacional de Trânsito, é responsável pela movimentação de cerca de setenta e cinco por cento da carga movimentada no Brasil (Ministério dos Transportes, 2023).

Convida-se à análise da seguinte tabela:

Tipo	Veículos	%	Operadores	%
ETC	1.382.651,00	60,9%	291.134,00	24,1%
CTC	28.481,00	1,3%	556,00	0,0%
TAC	859.729,00	37,9%	917.742,00	75,9%
Total	2.270.861,00	100,0%	1.209.432,00	100,0%

Tabela: Resumo comparativo entre quantidade de veículos e operadores.

Fonte: Ministério dos Transportes, 2023.

É possível, destes dados, extrair que cada empresa de transporte opera, em média, mais de quatro veículos. Enquanto o número de veículos operados pelos transportadores autônomos é muito próximo de um, refletindo a realidade, pois cada transportador autônomo, em regra, dirige o seu único veículo.

Os números indicam que os transportadores autônomos representam quase um terço da frota registrada no país. Comparando o total de veículos dos autônomos com a representatividade do transporte rodoviário de cargas no total de cargas movimentadas (75%), pode-se afirmar que os TAC são responsáveis pela movimentação de quase trinta por cento (28,4%) de toda a carga movimentada no país.

Mas, segundo o IBGE (2022), a população brasileira atingiu no ano de 2022, a quantidade de duzentos e três milhões e oitenta mil e setecentos e cinquenta e seis pessoas. Destas, cerca de cento e dezesseis milhões estão entre os 20 a 59 anos (IBGE, 2022).

Ou seja, os TAC representam quase um por cento da população brasileira ativa (0,8%), o que é um universo considerável.

Basta observar a história recente para se ter noção da representatividade e impactos que o setor causa na economia do Brasil. Segundo o site Economia (2018), em meados do mês de maio do ano de 2018, após sucessivas altas no preço do combustível, o país viu o setor se mobilizar, bloquear rodovias, paralisar veículos e protestar contra a política dos preços do principal insumo do setor. O resultado foi uma grande dificuldade de mobilidade nas estradas, e um desabastecimento generalizado.

Por mais que o transporte rodoviário de cargas seja responsável por 75% da movimentação de cargas no país, é muito possível que ele esteja envolvido em algo próximo de 100% das cargas transportadas (Economia, 2018). Isto porque por mais que uma parte do trajeto seja feito por outras modalidades (ferroviário, fluvial, aeroviário), o deslocamento inicial ou final, via de regra, acaba necessitando da mobilidade do transporte rodoviário. Um navio não chega até a porta da maioria das indústrias. Um avião não desce até a lavoura para coletar o grão produzido. Um trem não passa nos depósitos dos supermercados para abastecê-los.

A movimentação provocou comoção no governo, e mudanças nas políticas de preços dos combustíveis, bem como a promoção de leis que buscam regular e melhorar a política de preços dos fretes praticados.

Os fatos evidenciam que o setor do transporte rodoviário de cargas está envolvido em praticamente toda a carga transportada no país. Como relata o site Economia (2018), motoristas ditos “autônomos” (TAC) representam um terço desta carga, convivendo com dois terços de outros motoristas que atuam como empregados, vinculados às empresas de transporte (ETC). Esta convivência já foi menos desigual. Mas uma série de mudanças

legislativas vem mudando o cenário da concorrência entre motoristas autônomos e empresas de transporte de cargas.

A atividade de transporte possuía regulamentação pela Lei 6.813/80, que já previa a coexistência de autônomos e empresários. Porém, a regulamentação não passava de meros cinco artigos, com vistas a proteger o transportador nacional.

A desregulamentação permitia ampla liberdade nas estratégias de viagens, tempos de direção, treinamentos necessários, preços praticados, etc. A criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres, mediante a Lei 10.233/2001, colocou sob o manto desta Agência a regulamentação da atividade de transporte terrestre em geral – entre elas, o transporte rodoviário de cargas. Depois disto, várias leis vieram se somando ao longo do tempo, com objetivo de regulamentar o setor.

A Lei 10.209/2001 preocupou-se com a situação do pagamento dos pedágios. Muitos transportadores recebiam o valor do frete ao final da viagem, mediante emissão de um documento extra oficial denominado “Carta Frete”. E assim, eram obrigados a “descontar” (adiantar mediante deságio) esta promessa de pagamento, em postos ou agenciadores de cargas, para poder obter um valor que lhe permitisse pagar os pedágios existentes no trajeto. A Lei obrigou ao adiantamento do valor dos pedágios do trajeto, mediante modelo próprio, destacado do valor do frete.

A Lei 11.442/2007 revogou a antiga Lei 6.813/80 e passou a regular a atividade de transporte rodoviário de cargas, estabelecendo os requisitos e principais normas que regulam a atividade, inclusive passando a exigir o registro junto à agência, denominado RNTRC.

A Lei 12.249/2010 estabeleceu a obrigatoriedade dos pagamentos do frete serem realizados através de “meios de pagamento regulamentados pela ANTT”. A legislação foi regulamentada por meio da Resolução 3.658/2011 da ANTT, que passou a exigir, no caso de transportadores autônomos, que cada operação fosse acobertada por um documento pré-registrado na ANTT, denominado Código Identificador da Operação de Transporte (CIOT). Foi uma tentativa de acabar com a informalidade das “Cartas Fretes” e impedir a ação dos atravessadores que extorquiam os transportadores com deságios para trocá-las.

A lei 12.619/2012, depois alterada pela Lei 13.103/2015, por sua vez, veio a inserir diversas modificações no setor, especialmente na CLT e no Código de Trânsito, com vistas a tornar obrigatório o registro de jornada e a limitação da jornada, observados tempos de parada mínimos. Diversas audiências públicas foram coordenadas pela ANTT e pelo

Ministério do Trabalho, na época. A explicação, segundo era noticiado nestas audiências, era pela necessidade de regulamentação, em razão dos números de acidentes de trânsito em que o motorista de transporte rodoviário de cargas estava envolvido.

O excesso de jornada e a falta de repouso geravam cansaço, que favoreciam acidentes. Considerando o risco e o porte dos caminhões, na sua maioria, os acidentes tinham impactos e prejuízos elevados aos trabalhadores e aos demais usuários das vias. O setor, principalmente os motoristas empregados, que estavam acostumados a ser acobertados pela exceção ao controle de jornada prevista no artigo 62, I da CLT, passaram a ter suas jornadas controladas.

Concomitante à regulamentação da jornada, houveram expressivos avanços tecnológicos de telemetria à distância. Mediante tacógrafos, sistemas de rastreamento, avanço de comunicação por sinal de GPS e internet, tornou-se amplamente possível o acompanhamento e controle de jornada dos veículos de transporte rodoviário de cargas.

Com bem menos restrições, mesmo os motoristas sem vínculo empregatício passaram a ter tempos máximos de direção e tempos mínimos de repouso, passíveis de controle mediante análise dos discos de tacógrafo. As infrações passaram a ser passíveis de penalidades, conforme previsto nas alterações do Código de Trânsito.

Depois, resultado de uma demanda do setor de transporte rodoviário de cargas, especialmente impulsionado pelas manifestações citadas que ocorreram em meados do ano de 2018, foi editada a Medida Provisória 832/2018, depois convertida na Lei 13.703/2018, que estabeleceu a política nacional de preços mínimos para o setor de transportes rodoviários de cargas – a conhecida “Tabela do Frete Mínimo”. Surge como tentativa de proteger o transportador da variação dos preços do combustível e garantir uma remuneração mínima em razão do trabalho realizado.

Já a Lei 14.206/2021 veio a instituir o Documento Eletrônico de Transporte (DT-e), em mais uma tentativa de tirar o setor da informalidade, garantir a fiscalização das operações e o cumprimento das diversas legislações.

Essas normas, destacadas entre tantas, demonstram uma efetiva tentativa do legislador brasileiro em regular o setor, o que também evidencia a relevância e a importância destes trabalhadores.

Porém, um dos efeitos que se observou desta regulamentação foi o fenômeno da “Agregação”. O artigo 4º da Lei 11.442/2007, definiu que poderá haver contratação de TAC

por ETC. Muito comum, quando a ETC precisa cumprir alguma demanda extra e, não dispondo de mais veículos, faz uma subcontratação de um TAC para auxiliar no transporte. O que a legislação chamou de TAC-independente, conforme parágrafo segundo do mesmo artigo.

Porém, o primeiro parágrafo do artigo 4º da Lei 11.442/2007 previu a possibilidade do chamado TAC-agregado: “§ 1º Denomina-se TAC-agregado aquele que coloca veículo de sua propriedade ou de sua posse, a ser dirigido por ele próprio ou por preposto seu, a serviço do contratante, com exclusividade, mediante remuneração certa”.

Veja que, aqui, o TAC vincula-se a uma ETC, de forma exclusiva, mediante remuneração certa. A situação levou à coexistência, nas empresas, de motoristas empregados (que dirigem veículos do empregador) e motoristas autônomos (que dirigem veículo próprio). De certa forma, se pode afirmar que o arcabouço legislativo estimulou tal forma de contratação, em razão da diferença de tempos de direção e, conseqüente, limitação de jornada.

Enquanto o motorista empregado podia trabalhar oito horas por dia (doze em caso de jornada extraordinária, se autorizada pela norma coletiva), o motorista autônomo tinha apenas que cumprir uma interjornada de oito horas, mais três fracionadas e coincidentes com outros intervalos. Além disso, os motoristas empregados tinham um necessário descanso semanal, restrição que não existia para os autônomos.

Na prática, sob a perspectiva da rentabilidade, os autônomos tinham mais amplitude de jornada e, conseqüentemente, maior produtividade. Não é demais registrar que tal diferença se agravou ainda mais após a recente ADI 5322, que declarou inconstitucional, impedindo flexibilizações como o tempo de espera, o fracionamento do intervalo interjornadas e a acumulação do descanso semanal remunerado para os motoristas empregados.

Tal situação passou a gerar inúmeras discussões na Justiça do Trabalho, em que se postulava o reconhecimento de vínculo empregatício destes TAC-agregados. Lembrando dos requisitos do vínculo de emprego, previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, a remuneração era inerente à função do TAC e prevista na própria Lei 11.442/2007. A exclusividade levava ao necessário reconhecimento da pessoalidade e regularidade.

O que passou a ser o mote da discussão foi a questão da existência ou não de subordinação. Os trabalhadores defendendo uma “subordinação estrutural” e os tomadores de serviço defendendo que o TAC era autônomo, logo, não.

Em especial, a linha de defesa das ETCs, baseava-se no disposto no artigo 5º da própria Lei 11.442/2007, que dispunha: “Art. 5º As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas de que trata o art. 4o desta Lei são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego.”.

Em eventual procedência da reclamatória trabalhista, a remuneração destes TACs, via de regra, superior à remuneração dos motoristas empregados, levava estas ações a um risco de passivo trabalhista significativo. O reconhecimento de vínculo fazia incidir, com base na média da remuneração, todos os encargos e direitos trabalhistas do período imprescrito, o que culminava em expressivas condenações.

O risco do passivo trabalhista, por sua vez, levou muitas empresas de transporte a abandonarem a estratégia de produção, por meio da contratação de TACs, o que também gerou uma expressiva perda de mercado para esta categoria. Fato, esse, que desencadeou uma expressiva concorrência entre os mesmos. Com muitos TACs sem demanda de frete, não raras vezes, por se encontrarem com altas taxas de endividamento em razão da compra do próprio caminhão, levou a um aviltamento do preço praticado. O aviltamento do preço, por sua vez, levou à precarização da atividade, redução de manutenção, aumento de jornadas, desrespeito à legislação e, novamente, acidentes.

Sensível ao cenário, diversas ações foram propostas, discutindo o reconhecimento do vínculo empregatício em face do disposto no artigo 5º da Lei 11.442/2007, o que culminou na ADC 48 – na qual o ministro Luís Roberto Barroso determinou, em medida liminar, a suspensão de todas as ações que discutiam o tema.

Afinal, qual legislação deveria prevalecer: a CLT ou a Lei 11.442/2007?

E, em decorrência desta resposta, o mote do presente trabalho, a proteção do TAC conforme artigo 7º da Constituição Federal, ou não.

3.3 A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade 48

Em paralelo ao cenário do transporte no Brasil, em exercício do controle concentrado de constitucionalidade, o STF nos autos da ADC 48 julgou constitucional a Lei 11.442/2007, a qual estabelece critérios diversos da CLT para verificação dos requisitos para caracterização do vínculo de emprego.

Na Lei 11.442/2007, com tradução pela ADC 48, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, restou decidido, com força vinculante, que se o motorista é proprietário (ou arrendatário) do veículo que dirige (diferente do motorista empregado que dirige veículo do empregador), estaria afastada a subordinação e reconhecida a autonomia do trabalhador, impedindo o reconhecimento do vínculo de emprego.

O Relatório do Ministro Luis Roberto Barroso, a quem coube relatoria da ADC 48, evidencia o que já se destacou no capítulo anterior. A ação promovida pela CNT levou ao STF a discussão acerca da constitucionalidade da Lei 11.442/2007. Entre outros aspectos, o mais relevante foi o tema do afastamento do vínculo empregatício previsto no artigo 5º desta legislação.

O mote da discussão foi, justamente: a legislação pode afastar o vínculo empregatício e a existência da subordinação? Ou, reconhecidos os elementos do vínculo de emprego, é imperioso o reconhecimento do vínculo? A discussão ainda destacou a questão da terceirização da atividade fim – se é, ou não, lícita?

Foi apensada à ADC 48, a ADI 3961, na qual ANAMATRA e ANTPT postulavam a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo, sobre o fundamento de que a lei não pode antever o que é ou não vínculo empregatício.

No seu voto, Barroso norteia seus argumentos nos dois temas, a saber: “(i) a Constituição veda a terceirização de atividade-fim? (ii) a Constituição impõe que a proteção e regulamentação de toda e qualquer prestação remunerada de serviços ocorra mediante a configuração de relação de emprego?” (STF, ADC 48, p. 15).

Acerca da terceirização, o ministro relator cita a evolução da organização do mercado de trabalho. Primeiramente, dominado pelos movimentos Fordista e Taylorista de produção em massa, controle total da produção, de forma automatizada e com hierarquia vertical – uma estrutura que gerava alto custo fixo e baixa flexibilidade de adaptação do empreendimento às oscilações do mercado.

Cita a evolução da organização do mercado de trabalho, a partir do movimento *Toyotista*, japonês, por meio do qual as organizações passaram a trabalhar com foco na

produção enxuta, mais flexível e sensível à adaptação das oscilações de mercado, permitindo ampliação e redução de produção rápida, através da terceirização de partes da produção – o que gerou uma horizontalização da hierarquia produtiva.

Na prática, várias empresas, cada uma produzindo uma parte, respondendo à demanda de uma montadora que reúne todas as partes – estratégia que ganha importância e aderência em razão da crise do capitalismo na década de setenta.

Tal possibilidade, ampliada pelos recursos tecnológicos de informação, transporte e logística, consolidou-se num novo modelo de organização do trabalho, por meio de “uma cadeia produtiva organizada em rede” (STF, ADC 48, p. 17). O voto do ministro exemplifica que as montadoras de carros deixaram de produzir pneus e passaram a adquiri-los.

Como consequência, os empregos migram para outras regiões, onde existe mão de obra mais barata ou mais qualificada, o que pode ocorrer dentro do país ou até fora do país. Neste contexto, Barroso (STF, ADC 48, p. 18) adverte:

Enquanto se discute, no Brasil, a liberação da terceirização no mercado interno, grande parte das declarações de imposto de renda dos cidadãos norte-americanos, serviços de *call center*, de tecnologia da informação, de engenharia e de arquitetura são contratados com escritórios indianos; e parques industriais inteiros são deslocados para a China.

Em um mundo globalizado e cada vez mais integrado tecnologicamente, os países que rejeitam a terceirização encontram-se em indiscutível desvantagem competitiva. A terceirização tornou-se um fenômeno global. Embora sua regulamentação não seja homogênea e guarde particularidades conforme o ordenamento jurídico em exame, foi adotada por um conjunto amplíssimo de países, e parece ser um fato irreversível, tanto quanto a própria globalização da economia.

Para o ministro, a globalização não é uma forma de precarização do trabalho, mas uma “estratégia sofisticada, eventualmente imprescindível para aumentar a eficiência econômica, promover a competitividade das empresas brasileiras e, portanto, para manter e ampliar postos de trabalho” (STF, ADC 48, p. 19). Ainda, julga que tais estratégias são compatíveis com a Constituição Federal, citando o princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 1º c/c artigo 170, caput e inciso IV da Constituição Federal. Para Barroso, a Constituição não exige um único modelo (concentrado) de produção, permitindo a livre criação de estratégias.

O ministro relator lembra que a Lei 11.442/2007 previu a coexistência da ETC e do TAC. Ou seja, a própria lei autorizou a estratégia da terceirização da atividade de transporte. São os argumentos do relator:

A decisão sobre a forma de estruturar e contratar o transporte de cargas está inserida na estratégia empresarial da ETC. A ETC pode entender, por exemplo, que seu diferencial está na gestão do serviço de transporte, e não na sua execução direta propriamente. Nesse caso, poderá concentrar esforços na gestão da atividade e subcontratar a sua execução. Pode decidir executar o transporte em algumas regiões e optar por subcontratar o transporte para outras. Pode, ainda, valer-se da contratação do TAC em períodos de pico de demanda, em que não disponha de motoristas em número suficiente.

Do mesmo modo, o proprietário de carga, que opte por gerenciar a distribuição dos seus produtos, pode valer-se de motoristas-empregados para distribuí-los. Pode executar parte do transporte e terceirizar parte. Pode concluir que é mais eficiente terceirizar integralmente a atividade de transporte. Trata-se, igualmente, de estratégia empresarial do proprietário da carga. (STF, ADC 48, p. 20)

Assim, Barroso advoga pela coexistência do motorista empregado e do motorista autônomo como alternativa, mas não como fraude aos direitos trabalhistas. Para o ministro, a terceirização, ainda que da atividade fim, é constitucionalmente aceita. Cita o artigo 4º da Lei 13.467/2017 e a decisão da ADPF 324, no mesmo sentido, que junto com a Lei 11.442/2007 tais precedentes indicam uma conformidade da jurisprudência e da produção legislativa com a evolução do mercado de trabalho e da organização das cadeias de produção em rede.

Já quanto ao tema da proteção ao trabalho, o ministro destaca que a Constituição “não impõe que toda e qualquer relação entre o contratante de um serviço e o seu prestador seja protegida por meio de uma relação de emprego” (STF, ADC 48, p. 20). Nem mesmo pelas regras da própria CLT a relação do TAC estaria caracterizada como vínculo empregatício, em razão da ausência de subordinação e, em alguns casos, ausência de regularidade e de pessoalidade.

O ministro, então, conclui que:

[...] uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista. Entendimento contrário é justamente o que tem permitido que, na prática, se negue sistematicamente aplicação à norma em exame, esvaziando-lhe o preceito. (STF, ADC 48, p. 22)

Já o voto do Ministro Alexandre de Moraes endossa os argumentos do relator e acrescenta considerações sobre a imprecisa e já superada distinção entre atividade fim e atividade meio. Com fundamento no RE 958.252 (Tema 725) e na ADPF 324, o Ministro reforça que a Constituição Federal não restringe a forma de organização do empresário,

estimulando a livre iniciativa e, com isso, a liberdade de meios e formas de organização da atividade, sem nenhuma vedação à forma de terceirização.

Morais (STF, ADC 48, p. 36) ainda ressalta que não se confunde terceirização com “intermediação ilícita de mão de obra”, que tem a ver com “precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários”. Conclui concordando com o voto do relator.

É interessante extrair do voto do Ministro Alexandre Moraes sua reflexão sobre o tema da fraude e precarização do trabalho, pois, segundo se percebe, ele advoga pela possibilidade de fiscalização, combate e penalização. Um tema relevante, pois posterior à ADC 48, o mesmo Ministro relega à Justiça Comum o papel de análise e fiscalização das relações entre ETCs e TACs, como se vê em seu voto nas Reclamações Constitucionais que se multiplicaram (Rcl n. 43.544-AgR).

Já o Ministro Edson Fachin, diverge dos seus pares. Para Fachin (STF, ADC 48), o debate é sobre a norma estipular de forma abstrata e geral, que os contratos de transporte são sempre de natureza comercial, vedando a caracterização do vínculo de emprego - bem como, a fixação de competência e prescrição de modo divergente aos demais trabalhadores.

Fachin (STF, ADC 48) sustenta que ao vedar o reconhecimento do vínculo de emprego, a norma seria inconstitucional por afastar o artigo 7º da Constituição Federal aos trabalhadores, independentemente da existência dos requisitos da relação de emprego, o qual deveria ser verificado caso a caso, sob a batuta do princípio da primazia da realidade. Não aplicar este entendimento, para Fachin, é ofender o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

À divergência levantada pelo Ministro Fachin (STF, ADC 48), o Ministro Relator apresentou esclarecimento, dizendo concordar com a tese divergente, no ponto em que, havendo a existência dos requisitos da relação de emprego, ela efetivamente deve ser reconhecida. Porém, no caso em específico, sustenta Barroso (STF, ADC 48) que não há vínculo de emprego, pois justamente não está presente o requisito de subordinação:

O Ministro Fachin e eu não temos uma divergência de substância, porque a Lei trata do transportador autônomo de carga. O transportador autônomo de carga é aquele que é o proprietário do caminhão, ou coproprietário, ou, na pior das hipóteses, arrendatário que presta o serviço por conta própria. É diferente do transportador de carga empregado, que dirige o caminhão do dono da carga. Neste caso, acho que o vínculo é trabalhista.

Sendo assim, se estiverem presentes os elementos do vínculo trabalhista, não incide a Lei. Mas a Lei claramente define o que é transportador autônomo: é aquele que é dono do seu negócio. Aí, ele pode prestar serviços ou a um mesmo dono de cargas sempre, ou pode variar e prestar aleatoriamente esse serviço. Mas há uma diferença entre quem é dono do seu caminhão e aquele que é empregado que dirige o caminhão do outro. (STF, ADC 48, p. 45)

Após o esclarecimento, o julgamento foi suspenso. Quem veio a retomar o julgamento foi a Ministra Rosa Weber. Esta, por sua vez, acompanhou a divergência do Ministro Fachin, acrescentando que a legislação em discussão fomenta a fraude à legislação trabalhista, suprimindo a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício (STF, ADC 48). Rosa Weber (STF, ADC 48) argumenta que a legislação afasta a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, quanto a caracterização ou não do vínculo de emprego segundo as regras trabalhistas, o que também caracteriza inconstitucionalidade por ofensa ao artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. São as palavras da Ministra Rosa Weber:

Na minha compreensão, esse preceito revela o embotoamento do legislador ao complexo entrelaçamento entre trabalho e poder privado na realidade da organização do trabalho no mundo contemporâneo. A pretensão reducionista de classificar a priori o vínculo jurídico mantido entre as empresas e os transportadores de cargas, peremptoriamente nega qualquer possibilidade de subsunção dos fatos à norma, implica verdadeiro menoscabo dos direitos fundamentais do trabalhador previstos no art. 7º da Constituição Federal, com nítida chancela de fraude à legislação trabalhista, no que manifestamente nega ao trabalhador questionar no Poder Judiciário, órgão constitucionalmente competente, a definição da real configuração do vínculo jurídico em que se deu a prestação dos serviços em ofensa aos arts. 5º, XXXV, 114, I, da Constituição Federal. (STF, ADC 48, p. 50)

Rosa Weber (STF, ADC 48) afirma ainda que os princípios da livre iniciativa e livre concorrência não são absolutos e devem respeitar os limites do valor social do trabalho, citando, inclusive, doutrina do próprio Relator, Luis Roberto Barroso, neste sentido.

Inobstante as divergências dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que ainda foram acompanhados pelo Ministro Ricardo Lewandowski. A ação direta de constitucionalidade foi julgada procedente, por maioria. Votaram a favor, Luis Roberto Barroso (relator), Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli.

Com isso, restou fixada a tese:

O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação declaratória de constitucionalidade, a fim de reconhecer a constitucionalidade da

Lei nº 11.442/2007 e firmou a seguinte tese: “1 – A Lei nº 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 – O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei nº 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 – Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”. (STF, ADC, p. 56)

A decisão transitou em julgado em 27/10/2020.

3.4 Os efeitos da decisão em relação aos direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos

Ao reconhecer a constitucionalidade da Lei 11.442/2007, por meio da ADC 48, o STF impediu o reconhecimento do vínculo empregatício nas situações em que o trabalhador é proprietário ou arrendatário de um veículo de cargas e atua sob um contrato de TAC, quando cumpridos os demais requisitos definidos na mesma lei. Além disso, também retirou da Justiça do Trabalho a competência para julgar as ações em que o tema é discutido, tendo em vista que validou o atual §3º do artigo 5º desta lei, que define ser de competência da Justiça Estadual as ações oriundas dos contratos de transporte.

Art. 5º As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas de que trata o art. 4º desta Lei são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego.

§ 3º Compete à justiça comum o julgamento de ações oriundas dos contratos de transportes de cargas.

Não é demais frisar que o tema tem gerado reações, inclusive no legislativo. Isto porque o tema da competência da Justiça Comum estava, primitivamente, previsto no Parágrafo Único deste artigo. Logo após a decisão do STF, em 27/09/2021, foi promulgada a Lei 14.206/2021, que entre outras modificações, revogou este parágrafo único.

Somente em 21/12/2022, por meio da Lei 14.440/2022, visou-se o implemento do “Programa de Aumento da Produtividade da Frota Rodoviária do País (Renovar)”. Isso porque voltou a ser inserido o referido parágrafo terceiro neste artigo, com a mesma redação primitiva.

Difícil compreender o que ocorreu neste interregno e as motivações que levaram às alterações. Porém, indica que efetivamente existiu uma comoção do Poder Legislativo acerca do tema.

Independentemente, como já se argumentou acima, inclusive diversas Reclamações Constitucionais tem sido propostas (STF, Ministra Rosa Weber, RCl 50.008, 02/05/2022). O STF tem, até o momento, mantido certa hegemonia das decisões que mantém esta competência, afastando do manto especializado da Justiça do Trabalho as ações lá propostas.

Segundo o parecer dos Ministros do STF (Rcl n. 43.544 - AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 3.3.2021), somente se a Justiça Comum reconhecer a fraude no contrato de TAC é que poderá relegar o processo à Justiça do Trabalho, para julgamento quanto ao pedido de reconhecimento do vínculo de emprego e demais consectários.

Porém, na Justiça Comum, a relação processual se dá de forma equânime, inclusive impondo ao autor da ação proposta, o ônus⁸ de comprovar a fraude, segundo os ditames do Código Civil, o que, convenhamos, é uma tarefa bem mais difícil do que cumprir a mesma empreitada na Justiça do Trabalho, em que, via de regra, admitida a prestação de serviço, passa a ser ônus⁹ do tomador de serviços a prova acerca da regularidade da contratação como “autônomo”, sem subordinação. Quisera que direito processual do trabalho fosse alicerçado no princípio geral da proteção do trabalhador hipossuficiente...

Traduzindo, o efeito último e final da ADC 48 resulta em tornar expressivamente mais difícil, se não inviabilizar, o reconhecimento do vínculo de emprego nas relações em que o prestador de serviços é um TAC. Dificulta severamente a prova casuística quanto à efetiva existência, ou não, da “subordinação” e/ou “autonomia”. Somente comprovada a fraude no contrato do TAC se torna possível tal discussão.

Não reconhecido o vínculo empregatício, conforme já se sustentou anteriormente, uma gama de direitos trabalhistas são negados a este trabalhador, em específico, nos exatos

⁸ Vide redação do Artigo 373 do Código de Processo Civil Brasileiro: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito”.

⁹ EMENTA VÍNCULO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. Na pretensão de reconhecimento do vínculo de emprego, admitida pela reclamada a prestação de serviços em seu favor, apesar da alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo que impeçam o reconhecimento do vínculo de emprego, nos termos do art. 373 do CPC, o ônus de provar o não preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT é da parte reclamada. (TRT da 4ª Região, 8ª Turma, 0020473-85.2020.5.04.0384 ROT, em 27/09/2023, Desembargadora Brigida Joaquina Charao Barcelos).

termos dos votos divergentes dos Ministros Fachin e Rosa Weber. Inclusive, direitos constitucionalmente previstos como direitos humanos fundamentais.

Ou seja, a ADC 48 afasta dos TAC o acesso e a garantia de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, sem permitir a prova, no caso concreto, da efetiva existência ou não da autonomia ou subordinação.

Em razão da decisão tomada pelo STF na ADC 48, em efeitos práticos, equivale dizer que independentemente do suporte fático concreto acerca da autonomia ou subordinação de um trabalhador, por um critério definido por lei infraconstitucional (ressalvada a fraude, comprovada), restou impedido o reconhecimento do vínculo de emprego e afastado destes trabalhadores os direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal Brasileira.

3.5 ADC 48 e sua adequação aos objetivos de controle de constitucionalidade

As Constituições, pelo mundo, representam o significativo avanço da sociedade, especialmente na parte ocidental, em termos de organização e separação das instituições que exercem o poder na limitação do mesmo e, principalmente, na positivação de garantias e direitos fundamentais – avanços conquistados a duras penas, após vários séculos de lutas e batalhas. Conforme leciona Mendes (2020, p. 48), a Constituição tem o papel de assegurar liberdades, proclamar direitos fundamentais e servir de solução institucional de separação de poderes. Ou, ainda, parafraseando J.J. Canotilho (2003, p.51), a Constituição assumiu o papel de “limitação do poder com fins garantísticos”.

O mundo passa por um momento de quebra de paradigmas. Permeando a obra de Bittar (2008, p. 131), apesar de a sociedade professar a Ordem e Progresso, não é o que se vivenciam os mesmos na prática, nas filas de hospitais, nas prisões, nas escolas precárias, na falta de segurança vivida nas ruas. A própria ciência se tornou volatizada e fragilizada. Diante da constatação de que suas conclusões não são soberanas e imutáveis, as certezas se dissiparam. Neste contexto, o neoconstitucionalismo surgiu como movimento de promoção dos direitos fundamentais, entre tantas outras medidas, por meio da ressignificação da Constituição como garantidora de direitos insertos na “esfera do indecível”, parafraseando Luigi Ferrajoli (2014).

Entre os direitos protegidos na Constituição Federal acompanhando esta evolução, o Direito do Trabalho também foi alçado à lista de garantias constitucionalmente protegidas, passando a ter, no artigo 7º da Constituição Federal Brasileira, uma lista extensa de direitos e limites voltados à relação empregatícia.

A Constituição ganha protagonismo no papel de garantir os Direitos Fundamentais e, com ela, as ferramentas de controle de constitucionalidade (nas suas várias formas), passam a ser aprimoradas.

Os conceitos abertos das constituições e o usufruto pelos vivos do mundo (Viciano, 2010) em que se vive exige uma hermenêutica dos direitos constitucionais. A insofismável falha da supremacia do parlamento, constatada nos horrores da Segunda Guerra Mundial, e as tensões políticas do caso “Marbury x Madison” impulsionaram o exercício de interpretação e guarda da Constituição, por meio do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelas Cortes Constitucionais mundo afora.

Como adverte Barroso (2019, pp. 34-38), o ato contrário à Constituição é nulo. Embora existente, deve perder sua eficácia, em linha semelhante à do garantismo pregado por Ferrajoli (2014). O Controle Concentrado de Constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional ganha uso e importância em diversas questões importantes da política, ganhando protagonismo no cenário jurídico.

Chegamos a um equilíbrio em que o Tribunal desempenha um papel no governo mas não, mesmo exagerando, o papel principal. Os juristas acadêmicos não prestam nenhum serviço ao tentar disfarçar as decisões políticas que esse equilíbrio atribui aos juízes. O governo por sacerdotes acadêmicos guardando o mito de alguma intenção original canônica não é melhor que o governo por guardiões platônicos em roupagens diferentes. O melhor que fazemos é trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento de nossa parte. (Dworking, 2001, p. 103)

O controle de constitucionalidade se firmou como legítimo campo democrático deliberativo, oportunizando a defesa jurídica e política das minorias e das importantes questões afetas à garantia, respeito e efetividade da Constituição.

Apesar da crítica quanto a um suposto “ativismo judicial”, Campos (2012) adverte que a crítica não passa de retórica para criticar decisões com as quais o crítico não concorda. Inobstante, tal discussão reforça a conclusão de que o Controle Concentrado de

Constitucionalidade ganhou relevância e importância indiscutível no cenário jurídico e político, inclusive no Brasil.

No Brasil, após lenta evolução, desde sua criação sob a influência de Ruy Barbosa, o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi definitivamente encarregado do importante exercício de, através das ADCs e ADIs, exercer o controle da Constituição, com vistas a garantir a efetividade dos direitos que a evolução da sociedade nela gravou, a duras penas. O artigo 102 da Constituição Federal e a Lei 9.868/98 regulamentam o exercício do Controle Concentrado de Constitucionalidade no país.

No cenário atual brasileiro, diversas ADIs e ADCs exemplificam a interferência e a influência das decisões do STF nas mais diversas searas do direito – e não é diferente no Direito do Trabalho. Entre as tantas decisões com significativa relevância, a ADC 48, objeto deste trabalho, é mais um exemplo desta influência. Ainda que se admita que o direito não é a única “dimensão de poder” atuante sobre as decisões sociais.

Dito isto, é de destacar que as já citadas garantias constitucionais ao direito do trabalho são estendidas de forma pacífica, na doutrina e jurisprudência nacionais, aos trabalhadores com vínculo empregatício. Por vínculo empregatício, se pode compreender aqueles trabalhadores que atendem os conceitos dos artigos 2º e 3º da CLT, conhecidos como subordinação, regularidade, pessoalidade e remuneração.

Quanto à subordinação, a legislação fala mais especificamente no sentido de dependência, uma vez que o trabalhador não dispõe dos meios de produção e, por isso, depende dos meios de produção disponibilizados pelo empregador que é o usufrutuário da receita provinda da conexão entre os meios de produção e o trabalho. Em resumo, equivale dizer que todo o arcabouço constitucional de proteção jurídica ao trabalhador depende da caracterização do vínculo de emprego. Esta definição se encontra na legislação infraconstitucional.

Num país de dimensões continentais, em que três quartos do transporte de mercadorias é feito através do modal rodoviário, quase um milhão de trabalhadores exploram esta atividade sob a classificação de TAC, conforme definido na Lei 11.442/2007.

A figura do TAC, prevista nesta legislação, previu a figura do TAC independente, e do TAC agregado. Este último que, apesar de explorar veículo próprio (ou arrendado), presta serviços a uma empresa de forma exclusiva e com remuneração certa.

A situação acaba por inserir um trabalhador dito “autônomo” em convivência direta com os demais trabalhadores empregados, com vínculo empregatício. A proximidade levou a uma grande quantidade de ações trabalhistas discutindo o contrato de autônomo, sob a alegação de que, na verdade, se tratavam de trabalhadores subordinados, que atuam sob a dependência (subordinação estrutural) do tomador do serviço, apesar de a Lei 11.442/2007, em seu artigo 5º definir que tal relação é sempre comercial.

A celeuma culminou com a propositura de ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, ambas discutindo a constitucionalidade de uma legislação infraconstitucional (Lei 11.442/2007) afastar, de uma parcela significativa de trabalhadores, a proteção constitucional ao trabalho.

Como o objetivo da Corte Constitucional é a proteção da Constituição, além da preocupação com a garantia e efetividade destes direitos aos cidadãos, a lógica seria de que a decisão deveria afastar a legislação infraconstitucional que obsta o acesso às garantias fundamentais voltadas a estes trabalhadores. Na esteira dos votos dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, na ADC 48, a Lei 11.442/2007 flexibiliza os direitos constitucionais dos trabalhadores e afasta a proteção constitucional de uma parcela significativa da população, dando azo à precarização do trabalho e à fraude.

Não há dúvidas de que expressivos doutrinadores da seara especializada do Direito do Trabalho, e na prática a própria jurisprudência, têm se mostrado adeptos dessa linha de pensamento, primando pelos princípios da proteção ao hipossuficiente trabalhador e primazia da realidade. Isso, para, na casuística, permitir que a Justiça do Trabalho avalie caso a caso e, seguindo o conceito da dependência e subordinação estrutural, garanta a aplicação dos direitos constitucionais de proteção ao trabalhador a todo trabalhador que (ainda que formalmente nominado de autônomo) esteja, na prática, experienciando uma relação de subordinação, caracterizando o vínculo de emprego.

Porém, na esteira dos votos do Relator, Ministro Luis Roberto Barroso, e do Ministro Alexandre de Moraes, que acabaram sendo vencedores (por maioria), na ADC 48 fixou-se precedente vinculante de declaração de constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.442/2007, subsumindo disto que toda relação de trabalho formalizada com TAC, desde que cumpridos os demais requisitos da legislação, é uma relação comercial, sem vínculo empregatício.

É interessante a mudança de perspectiva, pois, justamente a evolução do Fordismo para o Toyotismo, que para Carmen Camino (2004) e outros tantos doutrinadores foi motivo

para a evolução e ampliação do conceito de subordinação, para a maioria do STF foi motivo para restringir tal conceito. Barroso (STF, ADC 48) justifica que se trata de uma “desvantagem competitiva” no cenário do mercado globalizado.

Neste aspecto, não é admissível a justificativa, pois o mercado sempre teve suas fragilidades e sempre foi a principal justificativa para as maiores precarizações. O “custo”, a coisificação da pessoa, o desrespeito aos limites mais tênues da dignidade, sob a justificativa de manter a lucratividade dos detentores do capital, é um argumento arcaico, superado desde a DUDH.

É digno de nota o retrocesso! Toda a evolução positivada com letras de sangue nas constituições aponta para o sentido de que é o mercado/o lucro que deve se adaptar à dignidade das pessoas, e não o contrário, como afirma o Relator (STF, ADC 48).

Inobstante, tal impropriedade na fundamentação não torna inválida a conclusão do STF.

É amplamente aceito e relativamente pacífico na doutrina e jurisprudência pátria que a proteção constitucional aos trabalhadores se aplica às relações com vínculo empregatício.

É livre de dúvidas, também, que a definição do que é, ou não, uma relação com vínculo empregatício encontra-se regulada por lei infraconstitucional – a Consolidação das Leis do Trabalho.

Sob esta perspectiva, se poderia suscitar um conflito aparente de normas infraconstitucionais, entre os artigos 2º e 3º da CLT e o artigo 5º da Lei 11.442/2007. Porém, segundo a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), no conflito de normas a lei especial derroga a lei geral. Aqui, teríamos, pelas regras hermenêuticas, uma prevalência da Lei 11.442/2007 que se aplica especialmente ao caso dos TACs.

Outrossim, se torna evidente que, na Constituição Federal, como advogam Barroso e Moraes, em seus votos na ADC 48, não há definição do que seja o vínculo empregatício. Logo, não haveria como a Corte Constitucional declarar inconstitucional uma definição que não se encontra amparada no texto constitucional.

A conclusão também não se encontra desamparada da doutrina juslaboralista. Como se nota do Acórdão prolatado na ADC 48, após divergência suscitada pelo Ministro Edson Fachin (STF, ADC 48), Barroso (STF, ADC 48) contraargumentou explicando de forma muito objetiva e clara que “há uma diferença entre quem é dono do seu caminhão e aquele que é empregado que dirige o caminhão do outro”.

Como explicam Vecchi (2014) e Carmen Camino (2004), o berço do trabalho assalariado, como atualmente conhecido, se deu entre tantos fatores, por meio da separação do trabalhador e do meio de produção. Antes, na manufatura, o trabalhador com seus próprios meios fazia a produção, negociava a matéria prima e negociava com o consumidor. Porém, o surgimento da produção em escala afastou o trabalhador dos seus meios de produção e do contato direto com o consumidor, deixando-o dependente do detentor destes meios de produção – a famosa relação entre capital e trabalho.

O que o Ministro Barroso (STF, ADC 48) deixa explícito em sua decisão é que, no caso dos TACs, estes trabalhadores estão conectados ao seu caminhão, que é o seu meio de produção. Ou seja, na lógica, invertem a dinâmica da evolução da relação de emprego. Retornaram à situação anterior de reunião da força de trabalho com o seu meio de produção. Logo, escapam ao cerne do conceito da relação de emprego.

Nessa situação, há mesmo que se admitir que um motorista empregado, se tem seu contrato encerrado, está de mãos amarradas, sem meio de produção, não pode prover seu sustento e sua dignidade. Porém, o TAC, ao encerrar seu contrato de agregamento, permanece dispondo do seu meio de produção e pode prover seu sustento e sua dignidade com outros clientes, sem qualquer empecilho.

O próprio conceito de “dependência” não deixa de ser um conceito vago e impreciso. Veja que uma grande empresa de logística, como as existentes no cenário brasileiro, atua dependendo significativamente da organização e da demanda das grandes corporações embarcadoras. Um advogado, autônomo, atua dependendo da organização dos clientes, do judiciário. Uma rede de supermercados, atua dependendo da organização e da produção dos seus fornecedores.

Mesmo o transportador autônomo independente, que atua fazendo transportes “a varejo”, para diversos clientes, precisa cumprir horários de coleta, horários de entrega, por óbvio se obrigando a cumprir o múnus para o qual se dispôs em determinado tempo, à cláusula de incolumidade, obrigações fiscais, de trânsito, limites de jornada, entre outras. Se trata, na verdade, do cumprimento de obrigações contratuais e legais, insertos em qualquer tipo de relação – de modo que o simples cumprimento destas regras não torna qualquer prestador de serviço um empregado subordinado, ainda que estruturalmente.

Quando alijado do seu meio de produção, o trabalhador cumpre as regras contratuais, com quase nenhuma possibilidade de negociação, pois depende literalmente deste

cumprimento para receber seu salário. A sua submissão, ou dependência é em um grau mais elevado.

A subordinação dita “estrutural”, inegavelmente é um grau “menos elevado” de dependência. Somando-se a esta redução de grau o fato de que o trabalhador dispõe do seu meio de produção, a situação é diferente. Quando o trabalhador possui seu meio de produção, sempre tem a liberdade de escolher não prestar o serviço, ou prestar o serviço a outros clientes. Porém, ao decidir prestar a um determinado cliente o serviço, é quase inadmissível e impossível de se imaginar que não esteja sujeito ao cumprimento das regras contratuais. Porém, cumprir tais regras é do escopo do contrato e não causa, necessariamente, o mesmo grau de dependência, como no caso do empregado.

A diferença é inegável. Para evitar a insegurança, nada melhor do que a regulamentação. Ademais, sendo a subordinação um conceito infraconstitucional, não há óbice ao legislador para tal regulamentação.

Logo, sendo os direitos trabalhistas garantidos aos trabalhadores com vínculo empregatício, não significa dizer que ao julgar a ADC 48 o STF afastou de uma parcela da população o acesso e a garantia de direitos trabalhistas – porque o fez considerando trabalhadores sem vínculo empregatício. Tudo que o legislador fez foi regulamentar uma exceção ao conceito de subordinação, o que não encontra empecilho na Constituição. E tal regulamentação está de acordo com a legislação trabalhista, na medida em que o TAC dispõe do seu meio de produção.

Uma advertência não pode deixar de ser feita: não se deve alimentar a cegueira e subestimar a “esperteza” de uma pequena parcela da sociedade que, visando objetivos espúrios, possa abusar da prática, com vistas a efetivamente fraudar os direitos trabalhistas de empregados, “maquiando” relações de emprego sob a roupagem de TAC.

Redobrado o cuidado se deve ter, ainda, quando o veículo é “arrendado” do próprio tomador de serviço ou de pessoas interpostas. Ou, ainda, quando existe um contrato de “compra e venda” do próprio tomador ao prestador de serviço.

Não se pode negar que a casuística pode, sim, dar aso à simulação, à fraude, com efetivas vistas à precarização da relação de emprego.

Porém, nestes casos, não se trata de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.442/2007, mas, sim, da aplicação da legislação, ainda que na esfera civil, de nulidade dos negócios simulados e demais causas de vícios contratuais aplicáveis.

O próprio Ministro Alexandre Moraes (STF, ADC 48), que parece acompanhado por todos os demais votantes no tópico, esclarece que a fraude não pode prevalecer e se, na casuística, restar comprovada, há que se anular e avaliar a existência da relação empregatícia. Porém, é de se ratificar a existência ou não de fraude – deve ser tratada como tal e não como inconstitucionalidade.

Se a possibilidade de fraude fosse motivo para tornar uma legislação inválida, provavelmente não se teria nenhuma lei válida, visto que praticamente todas estão sujeitas ao ardil. A fraude deve ser combatida como tal e não pela declaração de inconstitucionalidade de uma norma válida.

Por fim, nem se pode afirmar que ao definir relação comercial o TAC esteja totalmente desamparado. Como se viu, há um movimento intenso de evolução legislativa em prol da defesa e proteção do TAC. Frete mínimo, meios de pagamento eletrônicos, documentação de frete digital, sistema de pagamento de pedágio, entre outras, são exemplos deste esforço legislativo – que também deve ser um caminho para a efetivação das garantias constitucionais a esta parcela de trabalhadores, ainda que garantias previstas em outros artigos, que não o artigo 7º da Constituição Federal. Afinal, a dignidade da pessoa humana é uma garantia universal que não sofre qualquer restrição quanto à existência, ou não, do vínculo empregatício.

Concluindo, apesar de aparentemente afastar dos trabalhadores a proteção prevista no artigo 7º da Constituição Federal, na realidade, não contraria os objetivos do Controle Concentrado de Constitucionalidade. Respondendo ao problema central do trabalho, a ADC 48, ao admitir que o legislador infraconstitucional regule e defina o conceito (também infraconstitucional) de existência ou não do vínculo empregatício, está adequada aos objetivos do STF. Como a proteção constitucional já se estende apenas ao trabalhador com vínculo empregatício, se pode entender que não houve ofensa aos objetivos do Controle Concentrado de Constitucionalidade, ao declarar constitucional o critério definido na Lei 11.442/2007.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao dedicar-se ao estudo do constitucionalismo, do Controle Concentrado de Constitucionalidade e da decisão prolatada nos autos da ADC 48, sob uma perspectiva da

adequação da decisão aos objetivos da ferramenta, importantes constatações foram evidenciadas.

Em especial, merece destaque o papel significativo das Constituições que, impulsionadas pelo movimento neoconstitucionalista, se mostram como importantes instrumentos de consolidação dos direitos e garantias fundamentais conquistados a duras penas, durante larga evolução histórica. Não foram poucas as revoluções, guerras, conflitos, protestos, revoltas, massacres que mancharam de sangue as conquistas sociais.

As constituições são estandartes representativos destas conquistas e o seu valor é proporcional à importância das milhares de vidas perdidas ou castigadas pelas lutas sociais que a história registra. Tal importância ainda se multiplica pela quantidade de vidas que hoje dependem da efetivação das conquistas insculpidas nestes documentos.

O Controle Concentrado de Constitucionalidade, neste contexto, se revela ferramenta de prestígio e garantia dos direitos previstos na Constituição. Trocando em miúdos, é ferramenta de promoção da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e de todos os demais direitos fundamentais positivados.

É certo que, ao exercer tão importante múnus, as decisões do STF, nas ADCs e ADIs, despertam críticas. Agradam alguns, desagradam outros tantos. Não é fácil o papel de pacificação dos interesses sociais. Mas, o mote deste exercício, sob o filtro da Constituição, deve ser a garantia dos direitos fundamentais.

Ou seja, não se pode admitir que a interpretação de um ou de outro prevaleça, mas, sim, que a Constituição seja preservada. Os direitos ali postos consignam importantes conquistas, as quais contrabalanceiam o delicado equilíbrio social.

O tema do vínculo empregatício e do afastamento do mesmo, para os motoristas de transporte rodoviário de cargas contratados, no âmbito do que a Lei 11.442/2007 tem declarado constitucional pelo STF, na ADC 48, traz repercussões relevantes ao direito do trabalho. Em boa parte, até se pode dizer que em descompasso e contrariamente ao arcabouço protetivo juslaboralista. Afinal, relativiza um conceito de subordinação estrutural, que revela importante evolução desta área do Direito.

Não se pode menosprezar a importância do tema na esfera trabalhista. Há um expressivo impacto em parcela significativa da população e na organização de um setor relevante da economia nacional.

E mais, impacta diretamente nos direitos e na vida de quase um milhão de trabalhadores vinculados ao setor, agora, legalmente denominados como “autônomos”. Certamente, uma análise econômica do tema seria de grande relevância e colaboração para a compreensão do mesmo.

Muito seria discutível e, provavelmente, defensável, no campo dos conceitos de subordinação, dependência, e caracterização ou não do vínculo de emprego. Por óbvio que o aprofundamento da legislação e a doutrina trabalhista também poderiam contribuir muito para a compreensão da celeuma.

Outra constatação que também não se pode deixar de registrar, é que a partir da ADC 48 tal discussão, no caso dos TACs, prescinde de uma discussão tormentosa no âmbito da justiça comum, acerca da validade do contrato e das possíveis fraudes ou simulações, com objetivo exclusivo de precarização das condições de trabalho.

A decisão do STF, em que pese não afaste do judiciário (Justiça Comum), torna mais difícil o caminho processual a seguir. Um aprofundamento sobre o tema do direito processual trabalhista e cível traria luzes ao cenário e despertaria diversas alternativas. Isso sem menosprezar o atual movimento de “atalho processual” potencializado pelas Reclamações Constitucionais, que também renderiam conclusões reveladoras, conexas com a temática ora proposta.

Mas, também é verdadeiro que a fraude e a simulação não deixaram de existir e continuam sendo causa de nulidade dos contratos – há anulação de contratos de TAC derivados de tais vícios. Um estudo do direito civil quanto às relações negociais, indubitavelmente, seria potencialmente elucidativo.

A questão das dimensões de poder, a influência do jogo político, do lobbies econômico, da “influência oculta” das diversas “mãos do mercado” renderiam páginas e páginas de discussão, desesperos e esperanças aplicáveis ao problema – sem falar no aprofundamento dos próprios temas abordados neste trabalho.

Como diria Michel Foucault, a história é uma miríade de complexos acontecimentos, uma fonte inesgotável de nuances e compreensões sobre o comportamento humano individual e social.

Cada tópico meramente citado, renderia extenso aprofundamento. Ainda assim, diante das inúmeras alternativas e caminhos abertos e inexplorados, o presente trabalho necessita de uma resposta ao problema, de uma conclusão.

Dito isto, especialmente alicerçado na questão de que os direitos trabalhistas previstos na Constituição brasileira são destinados a uma parcela dos trabalhadores (com vínculo de emprego), e não à sua totalidade, a conclusão que por ora se “arrisca”, é no sentido de que a decisão em comento não padece de qualquer incoerência ou impertinência quanto aos objetivos do Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Com frequência o caso se resolve pela consideração de que o vínculo de emprego obedece requisitos definidos infraconstitucionalmente. Logo, ainda que se possa admitir eventuais conflitos, é pertinente concluir que esta discussão não se resolve na esfera constitucional.

Ao fim e ao cabo, o que a Lei 11.442/2007 faz é dizer que o TAC, desde que cumpridos os requisitos de validade do contrato, não é subordinado para fins de caracterização do vínculo empregatício. Ao fazer isto, mantém o mesmo critério anteriormente já aceito, no sentido de que a proteção constitucional aos trabalhadores se aplica aqueles com vínculo empregatício – e não se aplica aos demais.

Em que pese a inicial aparência de incoerência da decisão, como os objetivos da ferramenta de controle concentrado da constituição, uma análise mais acurada revela que tal incoerência não subsiste.

Nem mesmo, apesar de dificultar, se pode falar que a legislação impede o acesso do trabalhador à proteção juslaboralista nos casos em que na prática é empregado, mas, fraudulentamente foi classificado como autônomo. Isso porque a validade do contrato de TAC, ainda que na esfera cível, pode ser atacada e anulada, no caso de comprovação da fraude. Apesar da dificuldade, novamente, não se pode dizer que houve ofensa ao direito constitucional de acesso à justiça.

Porém, todos os demais temas acima suscitados e, como já dito, inexplorados, revelam um cenário de mil possibilidades.

Ao final do trabalho, em que pese o posicionamento de resposta ao problema, a sensação é de que o tema é muito mais complexo do que as rasas linhas delineadas neste trabalho. Em todos os temas abordados a sensação é de que muito mais conteúdo merecia apreciação. E, talvez, a própria superficialidade seja, em si, uma constatação de que outras conclusões seriam possíveis. Quanto mais se aprofunda no estudo, mais se constata que mais conteúdo existe e necessita ser estudado – mais dúvidas são suscitadas.

Enfim, nesta inicial provocação, o que se espera, é colaborar para a discussão do relevante tema – jamais profetizar um dogma indiscutível.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096>. Acesso em: 09 mar. 2023.

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

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlos. **O Estado em Crise**. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BITTAR, Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, n. 57, dez/2008.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Governo Federal, 2016.

BUTLER, Judith. **Vida Precária: os poderes do luto e da violência**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ). Rio de Janeiro: UERJ, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Confederação Nacional do Transporte (CNT). **Anuário CNT de Transporte 2022**. Disponível em: <https://anuariodotransporte.cnt.org.br/2022/Rodoviario/1-1-/Principais-dados>. Acesso em: 21 nov. 2023.

Coordenadoria de Estatística do TST. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2022**. Brasília: TST, 2023. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24374464/RGJT.pdf/f65f082d-4765-50bf-3675-e6f352d7b500?t=1688126789237>. Acesso em: 09 jan. 2024.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. p. 283-284. *Apud* VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Direito material do trabalho: noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2014, p. 386.

DIVAN, Gabriel. **Revolução permanente: ensaio crítico sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Economia. **Cronologia: greve dos caminhoneiros**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/cronologia-greve-dos-caminhoneiros.ghtml>. Acesso em: 12 dez. 2023.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes: la crisis de la democracia constitucional**. Madrid: Trotta, 2013.

FISHER, Mark. **Realismo Capitalista: é mais fácil imaginar o fim do mundo que o fim do capitalismo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

HAN, Byung Chul. **Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder**. Barcelona: Herder, 2014.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo 2022**. Disponível em: https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm_source=ibge&utm_medium=home&utm_campaign=portal. Acesso em: 04 dez. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**: introdução à problemática jurídico-científica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

KIERKEGAARD, S. A. **Ponto de vista explicativo da minha obra como escritor**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1986.

KOZICKI, Katia. Democracia Deliberativa: a Recuperação do Componente Moral na Esfera Pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38317/23374>. Acesso em: 09 mar. 2024.

LOEWNSTEIN, Karl *apud* MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. **Administração Pública, Gerencialismo e Legitimação**: o Estado em ação para além da Administração Pública Gerencial. Curitiba: Juruá, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARX, Karl. O capital. L. I, v I, p. 199. *Apud* VECCHI, Ipojuca Demétrius. **Direito material do trabalho**: noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho. v. 1. Curitiba: Juruá, 2014, p. 381.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Ministério dos Transportes. **Transporte Rodoviário de Cargas**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/transporte-terrestre/transporte-rodoviario-de-cargas>. Acesso em: 04 dez. 2023.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Grupo Almedina, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Castro. Teoria e prática do Poder Judiciário, Rio de Janeiro: Forense, 1943. *Apud*, MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OST, François. **O Tempo do Direito**. São Paulo: EDUSC, 2005.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. *Revista Direito do Trabalho*, v.130, p.119. *Apud* VECCHI, Ipojuca Demétrius. **Direito material do trabalho**: noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho. v. 1. Curitiba: Juruá, 2014, p. 387.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El Neoconstitucionalismo Andino**. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Senado Federal. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535468/clt_e_normas_correlatas_1ed.pdf. Acesso em: 09 mar. 2024.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2022.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA, Jessé. **Como o racismo criou o Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2021.

Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Constitucionalidade 48 (ADC 48)**. Relator Ministro Luis Roberto Barroso, 19/05/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343120733&ext=.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 1121633**. Ministro Gilmar Mendes. 14/06/2022. Disponível em: https://portal.trt3.jus.br/internet/jurisprudencia/repercussao-geral-e-controle-concentrado-adi-adc-e-adpf-stf/downloads/repercussao-geral/Despacho_1VP_Tema_1046.pdf. Acesso em: 10 fev. 2024.

Supremo Tribunal Federal (STF). **Rcl n. 43.544-AgR**. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 03/03/2021.

Supremo Tribunal Federal (STF). **Rcl 50.008**. Ministra Rosa Weber, 02/05/2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Tribunal Regional do Trabalho (TRT). **0020473-85.2020.5.04.0384 ROT**. Desembargadora Brigida Joaquina Charao Barcelos, 4ª Região, 8ª Turma, 27/09/2023.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. **Direito Material do Trabalho**: noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho. Curitiba: Juruá, 2014.

VICIANO, Roberto; *et al.* **Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición**: el nuevo constitucionalismo en América Latina. 1 ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

ZUBOFF, Shoshana. **Big Other**: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de Informação. *In*: BRUNO, Fernanda (org.); *et al.* **Tecnopolíticas da vigilância**: perspectivas da margem. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.