

Leonardo José Diehl

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

uma análise da decisão do STF que declarou constitucional a Lei n. 11.442/2007 e afastou o vínculo empregatício na relação do transportador autônomo de cargas



EDITORA

30 ANOS



UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

*Bernadete Maria Dalmolin*

**Reitora**

*Edison Alencar Casagrande*

**Pró-Reitor Acadêmico**

*Antônio Thomé*

**Pró-Reitor de Planejamento e Desenvolvimento Institucional**

**UPF Editora**

**Editor**

*Adriano Pasqualotti*

**Revisão**

*Cristina Azevedo da Silva*

**Programação visual**

*Rubia Bedin Rizzi*

**Conselho Editorial**

*Adriano Pasqualotti*

*Carlos Amaral Hölbig*

*Claudio Almir Dalbosco*

*Edson Campanhola Bortoluzzi*

Leonardo José Diehl

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

---

uma análise da decisão do STF que declarou constitucional a Lei n. 11.442/2007 e afastou o vínculo empregatício na relação do transportador autônomo de cargas

2025



## Copyright do autor

Cristina Azevedo da Silva

Revisão

Rubia Bedin Rizzi

Projeto gráfico, diagramação e criação da capa

Este livro, no todo ou em parte, conforme determinação legal, não pode ser reproduzido por qualquer meio sem autorização expressa e por escrito do autor. A exatidão das informações e dos conceitos e as opiniões emitidas, bem como o uso das imagens, são de exclusiva responsabilidade do autor.

CIP – Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

---

D559c Diehl, Leonardo José

O controle concentrado de constitucionalidade e a Ação Direta de Constitucionalidade 48 [recurso eletrônico] : uma análise da decisão do STF que declarou constitucional a Lei n. 11.442/2007 e afastou o vínculo empregatício na relação do transportador autônomo de cargas / Leonardo José Diehl. – Passo Fundo: EDIUPF, 2025.  
2.500 KB ; PDF.

Modo de acesso gratuito: <[www.upf.br/upfeditora](http://www.upf.br/upfeditora)>.

ISBN 978-65-5607-078-0. (E-book)

DOI: 10.5335/9786556070780

1. Controle de constitucionalidade. 2. Direito constitucional brasileiro. 3. Transporte – Direito do trabalho. I. Título.

CDU: 342(81)

---

Biblioteca responsável Schirlei T. da S. Vaz - CRB 10/1364



Campus I, BR 285, Km 292,7, Bairro São José

99052-900, Passo Fundo, RS, Brasil

Telefone: (54) 3316-8374

afiliada à



Associação Brasileira  
das Editoras Universitárias



## AGRADECIMENTOS

**A**gradeço à vida e aos meus pais, por me proporcionarem vivências e experiências tão doces em meio a 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 trocas de experiências, pela inspiração e pelas provocações tão pertinentes e esclarecedoras. Em especial, agradeço à Professora Doutora Karen Becker Fritz, a quem fiquei devendo uma análise econômica do direito, uma abordagem que seria muito pertinente nesta obra.

Agradeço ao Professor Doutor Ipojucam Demétrius Vecchi, por integrar minha banca e por ser sempre um norte doutrinário em minha vida profissional desde a graduação, quando tive o prazer de ser seu aluno.

À Professora Doutora Cleide Calgaro, expresse minha gratidão por aceitar o convite para participar de minha banca e por suas pertinentes e valiosas contribuições desde a qualificação.

Manifesto um agradecimento especial à minha amiga, orientadora, e fonte de inspiração, Professora Doutora Adriana Fasolo Pilati, que foi minha professora na graduação, orientadora no estágio docente e uma inspiração em suas aulas no mestrado, as quais despertaram meu interesse pelo tema desta pesquisa, além de ser minha salvadora, como orientadora na dissertação que resultou nesta obra. Sua orientação sempre leve e qualificada tornou o processo de escrita muito mais feliz.

Agradeço, também, aos colegas do mestrado, pelas reuniões, pelo “pãozinho”, pelas jantas, pelas calorosas discussões, mas, acima de tudo, pelas amizades verdadeiras e duradouras que construímos juntos.

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

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



## PREFÁCIO

**É** com imensa satisfação e honra que apresento esta obra, *O controle concentrado de constitucionalidade e a Ação Direta de Constitucionalidade 48*, elaborada por Leonardo José Diehl, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Esta obra representa um marco significativo na trajetória acadêmica do autor e uma contribuição relevante ao estudo e à prática do direito constitucional no Brasil.

O tema central, o controle concentrado de constitucionalidade, é uma área de extrema importância e complexidade dentro do direito constitucional brasileiro. Leonardo José Diehl aborda essa temática com profundidade e clareza, oferecendo uma análise detalhada da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que declarou constitucional a Lei n. 11.442/2007, afastando o vínculo empregatício na relação do transportador autônomo de cargas (TAC).

A relevância do controle de constitucionalidade no Brasil não pode ser subestimada, especialmente em um momento histórico em que a proteção dos direitos fundamentais e a garantia da efetividade das normas constitucionais são mais essenciais do que nunca. A decisão da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 48 exemplifica o papel fundamental do STF na interpretação e aplicação da Constituição, impactando diretamente a vida dos cidadãos e a dinâmica das relações trabalhistas no país.

A análise conduzida por Leonardo Diehl é meticulosa e bem fundamentada, explorando desde os aspectos históricos do constitucionalismo e o surgimento e a evolução do controle concentrado de constitucionalidade, até os impactos específicos da ADC 48 no contexto do Direito do Trabalho e no setor de transporte no Brasil. Além disso, a obra aborda o neoconstitucionalismo e a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, oferecendo uma visão abrangente e contemporânea sobre o tema.

Este prefácio não estaria completo sem reconhecer a dedicação e o esforço do autor, que, ao longo de sua trajetória acadêmica e profissional, demonstrou um compromisso inabalável com a excelência e a busca pelo conhecimento. Agradeço a todos os professores, colegas e familiares que apoiaram e inspiraram Leonardo Diehl nessa jornada.

Convido os leitores a se aprofundarem nesta obra, que certamente enriquecerá o entendimento sobre o controle de constitucionalidade e sua aplicação prática no Brasil. Que esta leitura seja não apenas informativa, mas também inspirado-

ra, promovendo uma reflexão profunda sobre os desafios e as responsabilidades inerentes à defesa e à efetivação dos direitos constitucionais em nossa sociedade.

Dra. Adriana Fasolo Pilati

Professora orientadora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo.



# Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>Capítulo 1 - Aspectos históricos do constitucionalismo</b> .....	<b>17</b>
O surgimento das Constituições.....	17
O neoconstitucionalismo .....	30
A proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição .....	38
<b>Capítulo 2 - O controle concentrado de constitucionalidade e o STF</b> .....	<b>45</b>
O surgimento do controle concentrado de constitucionalidade .....	45
O ativismo judicial .....	58
O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil .....	61
O Direito do Trabalho e o controle concentrado de constitucionalidade.....	67
As dimensões do poder.....	72
<b>Capítulo 3 - A Ação Direta de Constitucionalidade 48 - o afastamento do vínculo de emprego do transportador autônomo de cargas</b> .....	<b>87</b>
Os elementos da relação de emprego .....	88
O contexto do setor de transporte no Brasil .....	95
A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade 48.....	104
Os efeitos da decisão em relação aos direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos ....	112
ADC 48 e sua adequação aos objetivos de controle de constitucionalidade.....	115
<b>Considerações finais</b> .....	<b>127</b>
<b>Referências</b> .....	<b>133</b>
<b>Sobre o autor</b> .....	<b>138</b>



## INTRODUÇÃO

**A** Constituição se revela uma importante ferramenta jurídica no campo do Direito, não apenas como registro e garantia de direitos fundamentais, mas também como base para a organização do poder. A Ciência Jurídica resulta de uma evolução histórica, especialmente atrelada ao mundo ocidental, onde começou a ganhar relevância no cenário das decisões políticas em diversos Estados europeus por volta dos anos 1000.

Autores de várias partes do mundo, como Luigi Ferrajoli e Manuel Castels, apontam para uma crise quase que total da democracia e do próprio constitucionalismo, nas mesmas proporções. Isso serve como alerta, sobretudo, para os crescentes desrespeitos às bases constitucionais, que implicam também o descumprimento de direitos básicos de povos de diversas nações.

A presente obra se inspira justamente nessa realidade. Muitas vezes, a falta de aplicabilidade dos direitos constitucionais nos países não atinge de forma direta e agressiva o seu

povo, mas sim por meio de pequenas fissuras e infiltrações que, embora inicialmente imperceptíveis, no longo prazo minam as estruturas públicas e os sistemas regionais. Assim, a ausência de efetivação dos direitos gera danos de grandes proporções.

O neoconstitucionalismo é uma vertente que se alicerça nas constituições como resposta a um momento de quebra de paradigmas e de mudanças significativas no cenário mundial, exigindo ações no sentido de promover o bem comum e 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 v. Madison” – tem se consolidado como ferramenta de deliberação democrática e instrumento de garantia dos direitos constitucionalmente insculpidos. No Brasil, não é diferente. Apesar das críticas quanto à legitimidade desse mecanismo e das acusações pejorativas de “ativismo”, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se tornado protagonista em importantes discussões jurídico-políticas, com repercussões extremamente relevantes para a sociedade.

O papel da Corte Constitucional, no seu cerne, tem o escopo de ser um campo de batalha pela efetividade dos direitos constitucionalmente positivados. Luigi 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. Tratam-se de direitos que devem prevalecer e ser efetivados a todos os destinatários, sem possibilidade de deliberação, razão pela qual recebem atenção neste estudo.

Contudo, 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, provocam discussões acerca da sua conveniência ou não.

Nesse viés, o cenário de transporte nacional e o direito trabalhista a ele relacionado sofreram profunda e retumbante influência a partir de uma decisão de relatoria do ministro Luis Roberto Barroso, que declarou constitucional uma legislação infraconstitucional, resultando no afastamento de uma parcela de trabalhadores das garantias e efetividade dos direitos trabalhistas previstos constitucionalmente.

A Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 48 julgou constitucional e pacificou o entendimento de que é válido o disposto no artigo 5º da Lei n. 11.442/2007, que afasta a possibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego na contratação de motoristas de veículos rodoviários de cargas, desde que cumpridos os requisitos para caracterização do chamado transportador autônomo de cargas (TAC). Basicamente, as exigências formais são: registro junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e posse ou arrendamento do veículo conduzido e explorado pelo transportador.

No âmbito do Direito do Trabalho, o caso repercute contrariamente à evolução dos conceitos de subordinação estrutural que, em linha diversa da Lei n. 11.442/2007, ampliava a proteção dos trabalhadores ao estender os direitos trabalhistas ao motorista “autônomo” quando a autonomia alegada não se caracterizava de forma inequívoca. 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 compreensão adequada dos conceitos e objetivos envolvidos na questão e a análise da pertinência da decisão em relação a esses conceitos e objetivos merecem acurada dedicação. Afinal, se o objetivo do controle concentrado de constitucionalidade é assegurar a efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos – incluindo os direitos dos trabalhadores –, não seria a decisão da ADC 48 uma possível contradição a esses próprios objetivos?

Esta é a discussão que se pretende desenvolver na presente obra, que inclui um breve apanhado histórico sobre a evolução do constitucionalismo, culminando no movimento conhecido como neoconstitucionalismo. Ao longo desse percurso, também será abordada a paulatina inserção do Direito do Trabalho no âmbito constitucional.

Com base no escólio dos ministros Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso, a discussão teórica abrange a compreensão do surgimento e dos objetivos do controle concentrado de constitucionalidade, com especial atenção aos modelos norte-americano e brasileiro. As críticas à garantia, ao ativismo e à própria legitimidade do controle concentrado de constitucionalidade também merecem consideração, com o intuito de compreender os fundamentos que o sustentam e promover uma visão mais acurada sobre o tema.

É válido salientar que um breve aparte foi adicionado ao estudo após contundentes críticas e reflexões sobre o tema das

“dimensões de poder”. Embora esses pontos possam parecer distantes da temática central, eles guardam uma imbricada conexão, cujas importantes conclusões não poderiam deixar de ser mencionadas. Compreender o cenário do transporte brasileiro e os principais conceitos juslaboralistas é importante para acompanhar a análise discutida nesta obra. Essas duas temáticas inter-relacionam-se, servindo de suporte às considerações a serem alcançadas.

Ao final, espera-se que a temática central proposta neste estudo, relativa à adequação da ADC 48 e aos objetivos do controle concentrado de constitucionalidade, contribua para a sociedade atual e futura, além de qualquer posicionamento político que possa ser meramente etiquetado de maneira simplista. Espera-se, também, que esta escrita agrade ao leitor interessado no assunto.

Deseja-se uma boa leitura!



## Capítulo 1

### Aspectos históricos do constitucionalismo

**A** compreensão de um tema depende do entendimento do contexto de seu surgimento e, mesmo que minimamente, das suas principais bases históricas. As Constituições que surgiram ao longo da história não foram acontecimentos ao acaso, mas são o resultado de uma evolução histórica complexa. Nesse viés, antes de abordar o tema central desta obra, a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 48, é primordial compreender o que é o controle concentrado de constitucionalidade. Para entender essa ferramenta, é indispensável uma ter uma noção prévia sobre o próprio constitucionalismo.

#### O surgimento das Constituições

A história mundial revela uma busca contínua por sistematizar os meios e formas de organização social. Nem sempre os objetivos declarados por essas organizações coincidiram com os

efetivamente pretendidos. 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”.

No campo do Direito, pode-se afirmar que definir os objetivos da organização social e persegui-los de forma eficiente é, possivelmente, um dos principais propósitos. Gilmar Mendes (2020, p. 39), ao citar Karl Loewenstein, recorda que a própria Grécia antiga já tinha algumas “normas importantes” com o intuito de “submeter o exercício do poder à razão”, buscando limitar o poder dos governantes. São palavras de Loewenstein (1973 *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 expressavam 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 dessas organizações sociais. Com maior enfoque na história ocidental, pode-se citar a Grécia, berço de grandes filósofos como Platão e Aristóteles, onde a sociedade era organizada em “*polis*”, com exemplos distintos de participação mais democrática ou mais

absolutista (Romero, 2012). É inegável que os ideais “helenísticos” influenciaram sobremaneira os estudos acerca da organização da sociedade (Romero, 2012, p. 84).

Como leciona José Luis Romero (2012, p. 90), os próprios romanos, que depois conquistaram a Grécia, beberam de forma contundente dos ideais helenísticos, os quais influenciaram as ordenações Graconianas. Essas normas foram determinantes para a transformação da Roma democrática no Império Romano.

Com o crescimento do prestígio das cidades, o comércio e os exércitos se desenvolveram, crescendo a importância da monarquia. Esse contexto deu origem ao período conhecido como Idade Média, em que ganham destaque os conceitos de soberania e o poder do rei – absolutista, opressor e esmagador de direitos individuais. A opressão resultou em diversos manifestos pela liberdade contra o 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. Ao longo do tempo, as formas de organização social foram sendo superadas, passando por arranjos, vinculando religião e política, pretendendo alguma participação mais ou menos democrática, ou mais absolutista.

Gilmar Mendes (2020, p. 39) destaca que, já na Idade Média, existiam as chamadas “Leis Fundamentais”, que se diferenciavam das leis proferidas pelo rei. Um exemplo é a Carta Magna de 1215, na qual os barões ingleses impuseram ao Rei João Sem Terra uma série de limitações ao seu poder.

Gilmar Mendes (2020, p. 40) destaca que Jean Bodin foi o responsável pela publicação dos “Seis Livros da República” em

Paris, em 1576, em que teorizou sobre o poder absoluto do rei. Apesar disso, Bodin já reconhecia 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. Mendes (2020, p. 41) observa ainda a evolução desse pensamento com Thomas Hobbes, que, em sua obra emblemático *Leviatã*, busca fundamentar o poder estatal não em bases divinas, mas através do “Contrato Social”, distinguindo-o da condição “natural” da sociedade. Nessa teoria, os indivíduos, para sua autopreservação e preservação de suas propriedades, instituem um poder soberano comum com a obrigação de protegê-los.

Gilmar Mendes (2020, p. 41) explica 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. 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 a 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). Para ele, o Legislativo deveria ter prevalência sobre o Executivo, mas ambos deveriam ser limitados pelos objetivos e limites da sociedade natural que os originou – 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 representou uma marca na história inglesa, por meio da qual o parlamento ganhou supremacia em detrimento da coroa – ocasião na qual se adota o *Bill of Rights*, que restringe os poderes dos reis à autorização parlamentar (Mendes, 2020, p. 41). Por meio disso, 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 a ideia de que a forma da Constituição Inglesa, com a convivência entre os poderes Legislativo e Executivo, era a configuração política ideal (Mendes, 2020, p. 41).

Em 1748, Montesquieu publicou 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 foram divididos 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 aceção 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 constrangido 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 esse abuso

ocorra até que um limite seja encontrado. A Constituição, seguindo o modelo inglês, ganha um contorno de organização e separação dos poderes, regulando as relações entre eles. Seu objetivo claro é a limitação do poder, uma forma de evitar a usurpação deste, que é conferido aos responsáveis pelas decisões do Estado.

Com Rousseau, o contrato social adquire contornos voltados para a promoção do bem social e da soberania popular. Já em 1762, quando publicou 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, o povo, mesmo com a constituição política, não perde a soberania e a possibilidade de retomar o que foi delegado aos governantes. Gilmar Mendes (2020, p. 43) afirma que, segundo Rousseau, a Constituição serviria apenas para limitar os poderes instituídos, mas não a 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, com base nos ideais defendidos por Rousseau. Dessa forma, surgiu a noção de 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 consolidaram as ideias de separação dos poderes e de 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, também sobre os cidadãos que “representava”.

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

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.

Os inúmeros acontecimentos desse 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 os diversos pensadores que fundamentaram essa evolução, sem a esgotar, pode-se destacar o 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 estatal 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; Almeida, 2016, p. 157).

A evolução histórica leva à compreensão de que o Estado absoluto deve ser limitado. Surge, assim, o império da Lei, e o Estado perde importância, configurando a situação na qual se conheceu o “Estado mínimo”. Entre seus objetivos, destaca-se basicamente a garantia da segurança e da propriedade (Maia, 2015, p. 61). Essa mudança 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”, com o direito servindo como limite tanto ao monarca quanto ao parlamento. Consolida-se, assim, o império da Lei. É nesse contexto que ocorre o advento dos direitos de primeira geração, que incluem liberdade, igualdade e propriedade.

Esses direitos visam o “Estado mínimo”, que implica a separação entre Estado e Moral. A partir desse momento, o Estado apenas deveria garantir a segurança da propriedade, enquanto a moral ficaria relegada à consciência autônoma do indivíduo.

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

É importante considerar que, embora sua posição fosse avançada para a época, a elegibilidade era censitária, permitindo que apenas aqueles que possuíam determinada renda e contribuíam com certa quantia em tributos votassem e fossem votados. Mulheres estrangeiros e alguns trabalhadores podiam apenas votar, sem o direito de serem eleitos. De qualquer sorte, Sieyès (2001, p. 40) fez importantes contribuições ao constitucionalismo moderno ao distinguir o Poder Legislativo do Poder Constituinte e ao estabelecer a Constituição como a “Lei Fundamental”, com as demais normas sendo leis fundadas, derivadas da primeira.

No que tange à representatividade, é de fundamental importância a conceituação de “poder constituído” e “poder constituinte”. Para Sieyès (2001, p. 81):

[...] 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.

No apanhado histórico das Constituições, destaca-se 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 do absolutismo, nesse 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. Ele destaca que a 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 (2020, p. 48) 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.

Para Mendes (2020, p. 48), a Constituição possui um sentido substancial e material, relativo ao conteúdo que aborda. Ele salienta que, 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, têm o propósito de estabelecer barreiras e representam “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. Como explica o autor, são muitos os 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.

Viciano *et al.* (2010, p. 96) resumem que a Constituição está sempre ligada às mudanças dos conceitos de democracia e governo. Considerando o constitucionalismo europeu, os autores apontam 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 após a Segunda Guerra Mundial.

A opressão, não poucas vezes, resultou em grandes convulsões sociais, entre as quais se destacam a Revolução Francesa, a Primeira e a Segunda Guerra Mundial. Passo a passo, essas convulsões sociais, a erupção de novas classes ou seu fortalecimento, as lutas por direitos e os jogos de interesses foram aprimorando a ideia de organização social como um Estado, fundado em um “pacto” constituinte com finalidades específicas voltadas à promoção do “bem comum”, conceito que se consolidaria como direitos fundamentais (Viciano *et al.*, 2010, p. 96).

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 modelo conhecido como “Estado do Bem-Estar Social”. O Estado mínimo passou a ter mais funções, sendo encarregado de intermediar relações particulares e estabelecer limites para garantir os di-

reitos das minorias, além de promover direitos sociais, numa tentativa de “domar o capitalismo selvagem” (Maia, 2015, p. 70).

Os direitos humanos ganharam natureza de lei positiva com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada durante a Revolução Francesa de 1789 (Maia, 2015, p. 70). No entanto, foi com o fim da Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos que os países de tradição romano-germânica viram uma série de direitos fundamentais serem garantidos por novas Constituições (Maia, 2015, p. 73). Os cidadãos viram um modo de obter justiça, enquanto o Poder Judiciário ganhou força e independência efetivas.

Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 54 -55) 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.

Em toda essa evolução, uma constatação é evidente e clara: a Constituição exerce o papel de organizar, separar e limitar o poder, além de assegurar direitos mínimos aos cidadãos. As Constituições surgiram, especialmente no mundo ocidental, como uma importante ferramenta de organização social. Nesse contexto, destaca-se a importância da consignação de diversos direitos fundamentais, bem como de ferramentas de proteção e efetivação desses direitos.

## 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 na democracia e no 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; e a era da racionalidade cedeu 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; ela foi percebida e suscitada por diversos cientistas importantes. Cita-se, por exemplo, 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, já teve a pretensão de revelar certezas e de negar o empirismo, tal como John Locke o criticava, buscando, por meio das faculdades da razão, revelar as regras da natureza de forma certa e duradoura (Bittar; Almeida, 2016, p. 157). Idealizava-se, até mesmo, que a ciência pudesse revelar o futuro a partir da observação das regras da natureza. Porém, atualmente, a única verdade que ainda se sustenta é que 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 compreendidas; a ciência contemporânea desmente essa 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. Em resumo: o universo tem uma história, e o tempo é como uma flecha, irreversível como nosso saber e vulnerável como nossos destinos.

A democracia atual vive uma severa crise. Luigi Ferrajoli (2014) procura demonstrar os fatores que têm levado a Itália a crescentes desrespeitos à sua Constituição, culminando no fortalecimento do que ele chama de “poderes selvagens”, com características que acredita serem próprias do fascismo, tão 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 nos EUA, no Brexit e na União Europeia, e avaliando os fatores que, segundo ele, contribuíram para essa crise.

No Brasil, assim como destacam Ferrajoli (2014) e Castels (2018), observa-se uma personificação dos chefes do Executivo – Lula e Bolsonaro – como representantes de um macro sujeito, “o povo”. O embate no cenário político torna-se cada vez menos culto e mais vulgar. A grande mídia e a internet acabam prestando verdadeiros desserviços à informação, e a educação recebe cada vez menos estímulo. A eleição de representantes com base em promessas que refletem o anseio de cidadãos temerosos<sup>1</sup> revela a crise de representatividade. O país vive um estado de constante “urgência”, vivenciando regularmente medidas contra a corrupção, crises econômicas, reformas em busca de credibilidade internacional, pandemia, entre outros desafios. Um estado que está sempre a justificar uma série de retrocessos sociais.

Parece bastante evidente que, no Brasil, a democracia – se é que realmente chegou a se consolidar plenamente – vive

---

<sup>1</sup> Que se pode chamar de “política do medo”.

a mesma crise descrita por Castels e Ferrajoli. Como articula Bittar (2008, p. 143):

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 [*sic*], uma crise de motivação.

É inegável que as chamadas “promessas da modernidade” não se efetivaram como se esperava. A quebra de paradigmas e o olhar para o futuro sob novas perspectivas compõem o mote do que se convencionou chamar de “pós-modernidade”. Esta é:

[...] o estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus operandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade (Bittar, 2008, p. 137).

As seguintes advertências de Bittar (2008, p. 146) são impactantes:

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: dismantelamento; desagregação; banalização; abalo; desordem; ilegalidade; contracultura; ineficácia.

Bittar (2008, p. 131), em sua interessante reflexão sobre o que denomina “pós-modernidade”, considera esse período como uma fase de transição em que a humanidade se confronta com questionamentos acerca das tais “promessas da modernidade”, que não se cumpriram. Para o autor, o lema “ordem e progresso” da modernidade levou a uma exaustão ambiental que ameaça colocar toda a humanidade à beira de uma “catastrófica e irreversível barbarização”. Citando Adorno e Horkheimer, ele adverte: “A maldição do progresso irrefreável é a irrefreável regressão”. Bittar (2008, p. 141) propõe uma quebra de paradigmas, similar ao fenômeno do neoconstitucionalismo, e defende uma releitura do papel do Estado que questione a própria noção de progresso:

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.

Em conformidade com Ramiro Santamaría (2016, p. 24), o neoconstitucionalismo é uma teoria em construção, que 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 descrição do autor:

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 contro-

le 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 nossa<sup>2</sup>).

Para Santamaría (2016, p. 25), além dos avanços, o movimento neoconstitucionalista também apresenta alguns retrocessos. Em muitos casos, as Constituições desse período ainda aparecem com ideias neoliberais, como: “disciplina orçamental, liberalização financeira e comercial, privatização dos serviços públicos, flexibilidade laboral, proteção da propriedade privada” (Santamaría, 2016, p. 25, tradução nossa<sup>3</sup>). Além da positivação de ideais neoliberais, o autor cita como retrocesso o hiperpresidencialismo – embora reconheça que há mais de uma perspectiva – e menciona a crítica de Gargarella quanto à falta de cuidado com “el

---

<sup>2</sup> 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*”.

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

*cuarto de máquinas*”, referindo-se à funcionalidade e à governabilidade confusa das Constituições (Santamaría, 2016, p. 25).

Viciano *et al.* (2010) afirmam que, a partir de 1990, a América Latina se dedicou a tornar efetivos os direitos formalizados, movimento que ficou conhecido como o novo constitucionalismo latino-americano. Nesse contexto, as Constituições passaram a incorporar, além da organização do Estado, regras de caráter substantivo e objetivos fundamentais, que se traduzem em obrigações efetivas. A preocupação, então, passou a ser com a legitimidade e a efetividade das normas. Os autores citam os exemplos de Colômbia, Peru, Equador e Venezuela como processos constitucionais que, embora não tenham sido completamente democráticos, buscaram a legitimidade através do uso de referendos populares. Embora com resultados desiguais, todas essas experiências têm em comum a união entre teoria e prática, característica essencial do novo constitucionalismo latino-americano.

Esse novo constitucionalismo tem, segundo Viciano *et al.* (2010), as seguintes características principais: I) inovação, com a criação de novas figuras jurídicas na busca de uma ruptura com o antigo modelo; II) adoção de textos complexos, que não chegam a ser códigos, mas são prolixos; III) busca por normas com linguagem mais simples e detalhada, visando expressar com clareza a intenção do poder constituinte; e IV) rigidez, por meio de mecanismos que dificultam mudanças no texto constitucional.

Nesse sentido, Viciano *et al.* (2010) também destacam 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 regras de redistribuição de renda.

Viciano *et al.* (2010) apresentam a posição de Carlos Gaviria Díaz sobre o constitucionalismo colombiano, que reconhece que a Constituição da Colômbia de 1990 decorre de um movimento de grande pressão popular. Na esteira do neoconstitucionalismo, essa Constituição buscou ampliar a democracia representativa para uma forma participativa, além de incorporar direitos fundamentais, com a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais. Os autores refletem 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; reconhece o multiculturalismo, com um tratamento adequado aos indígenas que antes era considerado secundário; e cria ferramentas com objetivo de garantir a efetivação dos direitos escritos, com a intenção de torná-los reais.

De acordo com Mendes (2020, p. 52), o paulatino crescimento da importância das Constituições na evolução da extensa história – como elemento de regulação e limitação dos poderes constituídos, além de garantir a manutenção da soberania popular – foi o que tornou possível o momento atual, frequente-

mente denominado “neoconstitucionalismo”. Esse período é 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 por meio do que esta pesquisa posteriormente analisará e que se convencionou chamar de “feramentas de controle de constitucionalidade”.

Mendes (2020, p. 52) observa 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 uma limitação última no juízo de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional, o que nem sempre ocorre de forma isenta de conflitos.

Vários autores destacam o atual estado de “crise”, em que o direito precisa, necessariamente, rever seus paradigmas. Tal reação à crise se revela, entre tantos efeitos, através do fenômeno do neoconstitucionalismo. Ou seja, a Constituição vem ganhando um papel de protagonismo na redefinição dos objetivos e na regulação da sociedade. Daí a importância da vigilância e garantia quanto aos seus preceitos, com destaque para o papel do controle de constitucionalidade.

## **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. Em seguida, foram encontrados arranjos

para a exploração agrícola, como o servilismo e as companhias de artesãos. Contudo, com o crescimento e desenvolvimento do comércio, surge a supremacia do capital, que, paulatinamente, vai tomando para si as rédeas da organização do trabalho. Essa trajetória culmina no surgimento das fábricas, na Revolução Industrial e no formato de “venda do trabalho”, precursor da atual relação de emprego.

O cenário resultante, sob a batuta do liberalismo, foi marcado por desigualdades fáticas. Além disso, a reunião de inúmeros trabalhadores em torno das fábricas não apenas fortaleceu o capitalismo, mas também permitiu a organização dos 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 protestos e irrupções revolucionários que, a duras penas, forjaram a intervenção estatal, impondo limites à autonomia da vontade no campo das relações 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, nos estudos de Vecchi (2014, p. 60), algumas informações: o primeiro texto constitucional de caráter social foi a Constituição Mexicana de 1917; a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, após o fim da Primeira Guerra Mundial; o advento da Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, com o fim da Segunda Guerra Mundial; entre outras elencadas.

No Brasil, como destaca Vecchi (2014, p. 202-203), vários direitos dos trabalhadores foram alçados à categoria de direitos fundamentais,<sup>4</sup> conforme reconhecido na Constituição federal de 1988, exigindo uma hermenêutica jurídica com foco na eficácia desses direitos e vedando o retrocesso social. Esses direitos foram protegidos por meio de “cláusulas pétreas”, restringindo, portanto, 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 do bem-estar social.

Como explicam Canotilho *et al.* (2018, p. 585), especialmente com o crescimento da importância do Estado Social após

---

<sup>4</sup> É importante destacar que Ipojucam Demétrius Vecchi defende uma aproximação entre os conceitos de direitos fundamentais (positivados na Constituição) e os conceitos de direitos humanos (no que tange à defesa da dignidade em sentido amplo, ainda que não positivada). Na esteira do escólio de Ferrajoli, ele propõe uma maior efetividade da proteção, em nível internacional, desses direitos, justificada pela própria globalização e pela transnacionalidade das organizações.

as grandes guerras mundiais, a proteção da relação “capital x trabalho” ganhou mais expressão, sendo reconhecida em Constituições de muitos Estados, inclusive no Brasil. Os autores reconhecem que:

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 *et al.*, 2018, p. 233).

Apenas ilustrativamente, é oportuno destacar que o STF já se posicionou pela extrema proteção dos direitos trabalhistas garantidos constitucionalmente, conforme a recente decisão no ARE 1121633, consignada no Tema 1046. Embora essa decisão tenha dado proteção à negociação coletiva, ela estabeleceu como limite os direitos indisponíveis, incluindo aqueles 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, em seu artigo 7º, elenca uma série de garantias aos direitos dos trabalhadores, que são elevados à categoria de 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 (Brasil, 2016).

É importante citar o artigo na sua íntegra para evidenciar que os direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos não são poucos. Desde as restrições de jornada até os limites e proteções à remuneração, a Constituição inclui direitos adicionais, como férias, décimo terceiro salário, seguro-desemprego e FGTS, entre outros benefícios. Há, portanto, uma série de limites e direitos do trabalhador insculpidos na Constituição federal brasileira, aos quais o legislador, o intérprete e o aplicador do direito devem se ater. Ao menos em teoria, esses direitos não podem, em hipótese alguma, ser negados ou minorados em relação a qualquer trabalhador.



## Capítulo 2

# O controle concentrado de constitucionalidade e o STF

**A**s Constituições, como abordado no capítulo anterior, são resultado de importantes dinâmicas evolutivas na organização social de países ao redor do mundo. No entanto, a simples existência do texto legal e dos direitos fundamentais positivados não significa que eles sejam efetivamente respeitados na prática. A partir do reconhecimento da importância das Constituições, torna-se necessário compreender as ferramentas para sua efetivação, guarda e proteção. Entre essas ferramentas, o controle concentrado de constitucionalidade é, sem dúvida, de expressiva relevância.

## O surgimento do controle concentrado de constitucionalidade

Como vimos, para garantir uma ordem democrática, o 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”. Contudo, de nada adiantaria a existência de uma Constituição sem alguma forma de “fiscalização e controle”. O sistema precisa de um instrumento capaz de garantir que as leis e as ações estejam em “conformidade com 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 dessa amplitude, frequentemente permite interpretações que, embora mantenham a rigidez da ordem constitucional, não perdem sua atualidade dinâmica.

Viciano *et al.* (2010) afirmam, em seus estudos, que as Constituições surgem da crise e da necessidade de renovação, destacando que o planeta é dado em usufruto aos seres vivos e não aos mortos. Logo, não há como conceber uma Constituição eterna; uma vez que os criadores já faleceram, os novos usufrutuários naturalmente desejam fazer valer suas próprias regras. Uma Constituição é feita a muitas mãos, e é normal que exista alguma contradição. Porém, é fundamental 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, na qual a evolução do parlamento, com 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, deveriam ser respeitadas. No entanto, como já foi destacado anteriormente, diversos conflitos sociais surgidos na época levaram a uma intensa discussão sobre o controle de constitucionalidade, especialmente por Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Essas discussões, porém, foram interrompidas pela Segunda Guerra Mundial. Os horrores desse 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.

Com base na 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 (2019, p. 23) 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.

O conceito de Barroso está alinhado com a 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 no contexto das guerras mundiais e das atrocidades cometidas, embora enfatizasse a distinção entre o direito e a moral, não deixava de professar a necessidade de que as normas inferiores estivessem em conformidade 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 é o “Madison x Marbury”, no qual a Suprema Corte julgou inconstitucional a lei que atribuía a ela a competência para julgar esse caso, uma vez que tal competência não tinha 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, mas o presidente federalista Adams deveria permanecer no poder até março de 1801. Nesse intervalo, foi criada uma manobra para garantir sua influência no Poder Judiciário, criando dezesseis tribunais federais com cargos vitalícios espalhados pelos Estados Unidos. Para esses cargos, foram nomeados juízes da linha federalista, que tiveram que ser empossados às pressas em razão do final do mandato de Adams.

Mendes (2020) conta 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 se tornou, até então, a mais emblemática decisão de controle de constitucionalidade.

Barroso (2019, p. 30-32) resume os argumentos do 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 segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido 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 legislativo, 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”, surgiu uma série de críticas. Dworkin (2001, p. 42), ao tratar de suas teorias sobre a interpretação com base nos princípios, argumenta haver uma aparente contradição entre a “democracia e o antigo, fundamental e impreciso direito”. Para Dworkin (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, exigindo uma avaliação moral e política de adequação. Seja por uma interpretação semiótica, psicológica ou histórica contrafactual, as expressões da legislação precisam ser “melhoradas”.

Dworkin (2001, p. 72-73) defende 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 norte-americano 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 deveriam ser seguidas tivessem usado apenas a linguagem geral de igualdade e justiça ao idealizar suas determinações (Dworkin, 2001, p. 72-73).

Lenio Streck (2019), baseando-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 o constituiu, oferecendo assim uma base teórica para a distinção entre normas constitucionais e normas 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 a existir, mas, por sua invalidade, não produz eficácia – é declarada nula (natureza declaratória), com efeitos retroativos (*ex tunc*). Para essa interpretação, Barroso (2019, p. 34-38) lembra as palavras de Ruy Barbosa: “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar 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 litera-

tura e decisões com o objetivo de garantir os direitos fundamentais protegidos pela Constituição. Ferrajoli (2014), inclusive, eleva esses direitos fundamentais a uma “esfera do indecível”, que não pode ser objeto de qualquer flexibilização por qualquer um dos Poderes do Estado. Segundo o autor, sua teoria trata de uma redefinição do cidadão como titular dos direitos constitucionais e não apenas como 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.

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

Dworkin (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 têm 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.

Seguindo o raciocínio de Barroso (2019), o papel contra-majoritário 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. Trata-se de um cenário de diálogo racional, com participação ampla e equilibrada, inclusive das minorias, acerca das decisões políticas – não com o 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, Dworkin (2001, p. 27) já defendia que “os juízes têm menos pressão da opinião pública para decidir”. Ele exemplifica usando o tema do racismo, justificando que, embora essa questão não seja uma pauta de interesse da maioria, existe uma minoria que deve ser tratada. Os juízes têm 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 têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação (Dworkin, 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 o autor, 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 (Dworkin, 2001, p. 103).

John Rawls e Jürgen Habermas (1997 *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, mas 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 200 milhões de habitantes (IBGE, 2022). Se cada um utilizasse dois segundos para dizer “sim” ou “não”, estar-se-ia falando de 400

milhões de segundos (sem considerar interrupções), ou seja, seriam necessários cerca de 13 anos para aguardar que todos se manifestassem – 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 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 isso resulta nas melhores escolhas ou nas escolhas das maiores. Algumas vezes, os resultados da democracia representativa nem são racionalmente justificáveis.

Justifica-se, portanto, a coexistência. A democracia representativa continua a vigorar, e os representantes eleitos continuam a exercer as escolhas democráticas. No entanto, aqueles que são 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 – mesclando assim a democracia representativa (leis) e a democracia deliberativa (revisão).

Analisando sob essa perspectiva, a atividade jurisdicional, em especial o exemplo do controle de constitucionalidade concentrado exercido pelas Cortes Constitucionais, é exatamente como sustenta Barroso (2019, p. 42): “um campo de exercício da democracia deliberativa”. Não pela totalidade da população,

mas 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 nesse campo é o povo – que se sente lesado ou pretende a revisão.

É importante destacar que não é inteligente exigir a participação de toda a grande massa da população quando uma parte está satisfeita com a escolha feita pelos representantes. Apenas aqueles 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 exemplo das ADCs e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (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 (Dworkin, 2001, p. 103).

Ora, se o ator principal desse 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 delibe-

ração 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”. Ele exemplifica historicamente com Roma, afirmando que os julgamentos dos senadores somente foram realizados sem abusos enquanto conservaram seus princípios, mas, quando se corromperam, 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 constrangido 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 proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder (Montesquieu, 2017, p. 185-186).

A obra de Viciano *et al.* (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. Os autores exemplificam com o caso do direito à saúde e a concessão de tutelas para que o Estado forneça tratamentos médicos, o que se tornou possível a partir da aplicação da Constituição e dos exercícios da ponderação entre os direitos constitucionalmente previstos.

Citando como exemplo o Equador, Viciano *et al.* (2010, p. 57-66) apresentam uma importante reflexão sobre o controle de constitucionalidade e concluem 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, p. 5), ao conceituar o próprio Estado Constitucional, cita o caso *Marbury x Madison*:

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 juizes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pela que não são fundamentais.

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 dos Poderes Legislativo e Executivo, inclusive do próprio Poder Judiciário. Sua importância tem uma ligação umbilical com a própria Constituição e todo o arcabouço de evoluções históricas duramente perpassadas (nela estão representadas). Todavia, diante da sua importância e dos seus efeitos, suscita críticas.

## O ativismo judicial

Ao falar de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado), boa parte da crítica doutrinária se volta ao que se denomina “ativismo judicial”. O ganho de importância das Cortes Constitucionais e seu papel como guardiãs da Constituição

têm levado a decisões que interferem na vida da sociedade em geral e, também, nas decisões políticas dos Poderes Executivo e Legislativo.

Carlos Campos (2012), ao tratar das dimensões do ativismo no STF, argumenta que essa interferência, no Brasil, decore 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 dessas nuances, o autor 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, Campos (2012, p. 31) destaca o argumento da defesa da Constituição contra os desvios políticos do Executivo e do 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, do Executivo e do Legislativo, bem como 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 emblemático caso *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 in-

terferir na discricionariedade das altas autoridades do governo. No entanto, 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 a relevância e a retumbância das decisões da Corte Constitucional nas decisões políticas do governo, a ponto de influenciar as nomeações de ministros, que muitas vezes são feitas com o objetivo de angariar apoio às pautas do partido.

Campos (2012, p. 136) critica o fato de que, apesar da aparente discussão sobre “ativismo x autorrestrrição”, ambas as correntes, na verdade, refletem uma disputa entre diferentes formas de ativismo, apenas com ideologias divergentes. Ele 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” (Campos, 2012, p. 136-137).

Como conclusão, Campos (2012, p. 85) afirma:

[...] 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 juízes, 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.

A obra de Campos analisa de forma aprofundada as dimensões do ativismo judicial e da autorrestrrição. Porém, para a obra que ora se apresenta, o mais importante é destacar que o autor reconhece e evidencia de maneira muito contundente o aumento da importância do controle concentrado de constitucionalidade e da sua influência no cenário político, o que parece ser livre de dúvidas. Embora se possa discutir se isso é certo ou errado, bom ou ruim, legítimo ou ilegítimo, avanço ou retrocesso, é inegável 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.

## O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil

Luís Roberto Barroso (2015) esclarece que, no Brasil, o STF foi historicamente conquistando a importância e o *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 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). Estão no escopo e no objeto dessa fer-

ramenta: a manutenção, a proteção e a efetivação dos direitos nela garantidos.

No Brasil, o controle de constitucionalidade 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 n. 221/1894 explicitou ainda mais o controle de constitucionalidade brasileiro, consagrando o controle difuso, que foi substancialmente mantido pela Constituição de 1926. Houve diversas alterações na Constituição de 1934, que seguiu com profundo retrocesso na Constituição de 1937, a qual permitia que o chefe do Executivo levasse à discussão do parlamento qualquer lei declarada inconstitucional, conferindo-lhe 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 STF, 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).

Um voto emblemático desse momento histórico foi proferido pelo ministro Castro Nunes (1943 *apud* Mendes; Martins, 2005, p. 48), 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 exerça a atribuição do art. 64.

Na declaração em tese, a suspensão redundará 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.

A colocação foi o vetor do controle abstrato de normas, posteriormente introduzido pela Emenda n. 16, de 1965. O mesmo

ministro defendia que a aplicação do instituto era medida excepcional e que a autorização constitucional deveria ser interpretada de forma restritiva (Mendes; Martins, 2005).

Mendes e Martins (2005, p. 49) mencionam que a evolução fez surgir a Lei n. 2.271, de 1954, que determinou o uso do procedimento do mandado de segurança para a arguição de inconstitucionalidade. A Lei n. 4.337, de 1964, modificou o procedimento, estipulando que o relator ouvisse as razões da arguição, inclusive autorizando medidas urgentes – a já citada Emenda n. 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 júízo.

Seguiu-se a Constituição de 1967/1969, que, com poucas alterações, não trouxe grandes novidades ao papel do STF e ao controle concentrado de constitucionalidade. Porém, nessa 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 da 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 a época de 1967/1969, 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, foram a natureza objetiva do processo e o reconhecimento da sua eficácia “*erga omnes*”.

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. Essa 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 (2005, p. 76-85) trazem em seu texto um comparativo, demonstrando que mais de 82% das normas declaradas inconstitucionais, no período de 1988 a 2004, foram declaradas por meio do controle concentrado. Eles 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 n. 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 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 a racionalização e a 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 em processos e discussões representativos, que acabaram consolidando maior participação nas ações e evidenciando a figura do *amicus curiae* (Mendes; Martins, 2005, p. 90). O modelo previsto nas Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999 se traduziu em um 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.

Atualmente, o controle concentrado de constitucionalidade é de legitimidade do STF, conforme o artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição federal de 1988, e suas regras básicas são definidas nos artigos 103 e 103-A da própria Constituição. De suma importância, a Lei n. 9.868/1999 dispõe e regulamenta o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade.

## 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. Diversas decisões, 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 na efetividade de direitos aos trabalhadores.

Sem ingressar no mérito para não estender demasiadamente o tema, além da própria ADC 48, objeto de estudo des-

ta obra, outras diversas decisões do STF trouxeram impactos dessa 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 concentrado de constitucionalidade é exercido pela instância máxima da organização hierárquica do Poder Judiciário brasileiro. Isso equivale a 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 de argumentar e decidir de forma contrária a essas decisões, com base em diversos argumentos. Essas situações 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 “1”, da Constituição federal, assim como no artigo 988 do Código de Processo Civil (CPC) 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) deve ser da Justiça Especializada do Trabalho. No entanto, como efeito reflexo da ADC 48, o STF, por meio de 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 desses julgadores trabalhistas acabaria por “esvaziar a decisão proferida na ADC 48”. Exemplo disso é a Reclamação Constitucional 43.544 (STF, 2021):

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.

Não é exaustivo frisar que o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) (AgInt no CC 191.676/SP, Segunda Seção, DJe 13/3/2023) já se posicionou nessa 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.

O STF, inclusive, tem demonstrado inclinação por unificar esse entendimento, conforme voto da ministra Rosa Weber (que divergia desse entendimento), na Reclamação Constitucional 50.008 (STF, Ministra Rosa Weber, RCl 50.008, 02/05/2022):

13. A Primeira Turma desta Casa, todavia, que integro, tem adotado posicionamento diverso. Assim, vencida esta Relatoria, 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.

A crescente interposição das Reclamações Constitucionais levou a Procuradoria-Geral da República, 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).

Em última análise, o resultado quanto ao tema da ADC 48 é significativo para o TAC, pois dificulta e, em alguns casos, impede o reconhecimento do vínculo trabalhista. Na prática, isso equivale a dizer que são afastados a esse trabalhador os direitos previstos no artigo 7º da Constituição federal, bem como todos os demais direitos trabalhistas previstos em diversas legislações aplicáveis. Vale destacar 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.

## As dimensões do poder

Antes de avançar para o tema central desta obra, uma reflexão tornou-se relevante a partir das leituras e discussões provocadas durante o desenvolvimento das aulas do mestrado. Em especial, merece destaque a provocante retórica do professor Gabriel Divan sobre as “dimensões de poder”.

Pode parecer tentadora a técnica de estreitar a visão às soluções e às 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 e até inspiradora. No entanto, essa abordagem pode tornar míope a visão quando se trata da efetividade dos direitos fundamentais e da complexa rede de fatores que interferem nos resultados.

Um breve passeio pelos diversos cenários da vida permite perceber 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, ordenando o direito infraconstitucional. Com as garantias fundamentais petrificadas nessa norma, as promessas da modernidade seriam cumpridas (Bittar, 2008, p. 144). Contudo, a dura realidade mostra um cenário de amplo descumprimento das garantias fundamentais na maior parte do mundo. “Poderes selvagens” atuam contra essas garantias, em esferas que transcendem a mera compreensão jurídica. Isso atrai 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 e ao avanço das tecnologias de comunicação e das redes sociais, utilizadas como ferramenta de psicopolítica, evidencia, de forma simples, mas contundente, uma dimensão de poder que tem ganhado cada vez mais relevância. Nas palavras de Han (2014, p. 28, tradução nossa):

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.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> 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 negatividade y se ofrece como libertad*”.

O “poder inteligente” não transforma os homens em submissos, mas em dependentes. Não há 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 estandardizado”. Detalhe: isso por meio de postagens padrão, através das quais buscam provar que conseguem viajar para determinados lugares, que vestem determinadas marcas de roupas, que comem em determinados restaurantes, etc. As pessoas não se dão conta de que, para atender a esses padrões, abrem mão de sua liberdade.

Assim como os TACs, o autor Han destaca (2014) que as pessoas deixaram de ser exploradas por grandes empresas, para se tornarem “empresárias de si mesmas”, explorando e culpando a si mesmas pelos fracassos e amarguras que a vida impõe. Porém, Han (2014) questiona 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.

A relação feita por Han (2014) é bastante perspicaz. Afinal, ao buscar ostentar o uso de determinada marca, gera-se, sem sombra de dúvida, um benefício econômico direto ao proprietário dessa 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 isso, o poder de ditar padrões (*standards*) nas redes sociais e em outros meios de comunicação é, não se pode negar, um poder de influenciar o comportamento das pessoas. Observar que uma determinada marca de roupa vestida por um “ídolo” gera mais mudança de comportamento do que uma lei aprovada por um “expoente” político permite perceber que a humanidade enfrenta uma dimensão de poder de expressiva relevância na regulação social.

As semelhanças entre a perspectiva de Han e o Panóptico de Bentham, analisado por Foucault, são notáveis, embora com uma diferença fundamental: enquanto Bentham se concentrava no controle compulsório do corpo (biopolítica), a psicopolítica foca na submissão voluntária da mente. O que Han (2014) denomina “*Big Data*” reúne, processa e direciona o fluxo de informações, sem uma regulação expressiva e sujeito à vontade de seus titulares e aos interesses econômicos capazes de manipular o sistema. Para Shoshana Zuboff (2018), trata-se de 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 os resultados do sistema ocidental hodierno. Alinhado às 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 devora tudo o que toca. Sob a bandeira da liberdade, o capitalismo 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 diz 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) é, por si só, bastante significativo: *É mais fácil imaginar o fim do mundo do que o fim do capitalismo?* O autor observa que, no sistema capitalista atual, a liberdade de reivindicação parece ampla. No entanto, uma luta contra o racismo, por exemplo, logo é “encapada” como uma luta do capitalismo que a promove, promovendo políticos defensores, vendendo livros, roupas e até shows sobre o tema. No final, tudo acaba sendo mais um motivo de exploração comercial e política do que um reflexo dos anseios originais.

Ao analisar as teorias de Fisher (2020), percebe-se que o capitalismo se alia a possíveis “inimigos”, impedindo que suas estruturas básicas sejam atacadas. Ao encampar uma determinada reivindicação, o sistema desvia o foco daquilo que pode atacar suas reais bases e seus reais titulares, que permanecem ocultos e inatingíveis. Promovem-se lutas contra o racismo, elegem-se representantes negros para apresentar programas de elite, produzem-se livros e músicas contra o racismo que movimentam a engrenagem econômica. Tudo isso é 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 essa parcela da sociedade. Ninguém fala em suporte efetivo às famílias negras. Ninguém consegue fazer funcionar um sistema educacional que efetivamente possibilite a equiparação das condições historicamente defasadas. Provavelmente, porque ações

desse 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), é bem abordada 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”.

A mesma lógica pode ser observada nas lutas feministas, como bem explorado 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 monolítico contra o qual ele mesmo deve se entender (Butler, 2019, p. 48).

As mulheres desejam e precisam de coisas diferentes, em culturas diferentes. Contudo, a bandeira da emancipação feminina é levantada de forma universal, com o intuito de favorecer mais uma universalização de comportamentos (do próprio capitalismo) do que promover uma efetiva emancipação das mulheres em suas realidades específicas. No final, tal movimento acaba favorecendo mais o sistema dominante e universalizante do que as próprias mulheres.

Esses exemplos permitem contextualizar a manipulação de massas, de reivindicações e de resultados sociais em prol de uma elite dominante, “ao arrepio da lei”, sem que qualquer lei ou garantia constitucional consiga interferir de maneira significativa. Não é só na esfera individual que essas 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”.

Judith Butler (2019, p. 51-91) exemplifica um “Estado de Exceção” que justifica uma “detenção indefinida”, como no caso do combate dos Estados Unidos da América contra aqueles que “acreditam” serem responsáveis pelo “Talibã”. Em meados de 2002, mais de seiscentos prisioneiros de guerra foram detidos na Baía de Guantánamo, e somente após um ano de detenção foi anunciado que seis deles teriam direito a julgamento (Butler, 2019, p. 81). A detenção desses prisioneiros, em nome de uma suposta guerra contra o Talibã, ocorreu de forma absolutamente arbitrária. Não foi oportunizada defesa no julgamento quanto à autoria dos fatos. Simplesmente, mais de seiscentas pessoas foram “jogadas numa fogueira” a partir de meros “boatos” (sem julgamento, provas ou direito de defesa), destinadas a “queimar” numa detenção indefinida. Prática que se assemelha à antiga Caça às Bruxas da era medieval, na qual mulheres eram acusadas de heresia ou bruxaria e queimadas na fogueira sem qualquer direito de defesa ou contraditório (Federici, 2017).

Assim, tem-se um Estado de Exceção permanente, onde tudo pode, segundo os interesses de “não se sabe quem” (os ocultos detentores do poder). Esse Estado é uma “brecha”, como destaca

Gabriel Divan (2020, p. 106), que relaciona o conceito de Estado de Exceção com uma forma de crítica ao garantismo. Este, na tentativa de fazer prevalecer a Constituição, acaba também protegendo o próprio Estado de Exceção, o que faz e conduz essa “brecha”.

Diante dessas constatações, é cirúrgica a descrição de governamentalidade de Butler (2019, p. 52) como um “conjunto difuso de estratégias”, no qual 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).

É inquietante concluir que a sociedade está sujeita a diversas dimensões de poder, um cenário no qual o direito tem sua parcela de importância, mas, em absoluto, não tem protagonismo. Ao fim e ao cabo, vivemos uma espécie de Caça às Bruxas moderna, em que, a qualquer momento, podemos ser vítimas da “fogueira do Estado de Exceção”.

Ao ampliar a interpretação do Estado de Exceção, não apenas como uma restrição ao direito de defesa, mas também como

uma limitação de direitos em si, é possível concluir que aqueles que não estão no círculo elitizado do poder queimam aos poucos, dia após dia, pela falta dos direitos fundamentais mais básicos. Isso se manifesta de diversas formas: racismo, homofobia, exclusão do mercado de trabalho, deficiência de serviços de saúde, deficiência de serviços de educação, insegurança, invasão da privacidade por meios virtuais e exclusão da proteção jurídica e constitucional – como ocorre com os TACs, entre tantos outros exemplos. A sociedade, assim, queima lentamente, sem sequer conseguir identificar quem está alimentando as labaredas.

Diversos autores reconhecem uma crise na democracia, a partir de comportamentos orquestrados que, embora pareçam casuais, reforçam a existência e a perenidade do *status quo* da elite detentora do poder. Bauman e Bordoni (2016, p. 23, tradução nossa), por 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 a hercúlea tarefa de corrigir as coisas. Há sempre um homem providencial disposto a intervir quando a relação entre o Estado e os cidadãos está suficientemente deteriorada.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> 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*”.

Ferrajoli também descreve inúmeros ataques sofridos pela democracia em sua obra *Podere selvagens* (2014), na qual relata o distanciamento da representação política dos seus representados. Para o autor, existem diversos processos desconstituintes, vindos de cima e de baixo. Ele destaca a verticalização e a personificação da representação política, a concentração do poder político e do poder econômico, bem como o domínio e a privatização dos meios de comunicação. Esses ataques se manifestam na exaltação de líderes messiânicos, detentores da verdade sobre o macrossujeito coletivo, resultando na desqualificação das regras e dos limites constitucionais, sempre sob a justificativa da exceção e da emergência perene. Há também a contestação da separação dos poderes, o controle da magistratura e até mesmo a limitação do debate parlamentar. Essas condutas representam um ataque direto à separação dos poderes e às garantias constitucionais, que, na verdade, são direitos dos cidadãos – justamente os dois princípios da DUDH que o fascismo negava.

A obra *Podere selvagens* (Ferrajoli, 2014) aponta para práticas de homologação de opiniões favoráveis ao poder dominante e à desqualificação sistemática de opiniões dissidentes. Além disso, destaca o uso de discursos constantes que disseminam o medo, o que colabora para a justificação de medidas “de exceção”, e o estímulo à deseducação e à mediocridade do debate político, resultando em apatia, descrédito e desinteresse pelo debate popular no cenário político. Para Ferrajoli (2014, p. 53), há uma perda do senso coletivo e um estímulo ao individualismo, o que se 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 diversas semelhanças. As coincidências dessas situações, a menos que se trabalhe com a hipótese ingênua de uma simples coincidência, permitem identificar um *modus operandi*: uma coordenação orquestrada que, embora tenha a superficial aparência de um resultado casual, próprio das “coisas como elas são”, é, na verdade, o resultado cirurgicamente conduzido pelo “conjunto difuso de estratégias”, segundo o conceito de governamentabilidade de 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 um 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 e se adaptar 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, nesse contexto de verdades relativas, será que todas as mudanças que a legislação sofre encontram respaldo das suas verdadeiras finalidades? É 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.

Nesse exemplo, 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 um 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 imbróglio 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, p. 304) 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.

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

O 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-se em normas processuais.

A situação da volatilidade do direito também pode ser verificada na decisão comentada nesta obra. 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 n. 13.467/2017 –, que também teve visível intenção de flexibilizar direitos trabalhistas. Em junho de 2023, já sob o mandato de um presidente de esquerda, em sentido oposto, o STF decidiu pela inconstitu-

cionalidade de diversos dispositivos da chamada “Lei dos Motoristas” – a Lei n. 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 relevância e a retumbância das decisões da Corte Constitucional nas decisões políticas do governo, que acaba por tornar pauta dos próprios governos a nomeação de ministros com o objetivo de angariar apoio às pautas do partido. Nesse 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).

É importante a constatação – talvez triste, mas realista – de que o estudo jurídico do tema em voga nesta obra é, sim, relevante, 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, p. 13, tradução nossa) 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 [...].<sup>7</sup>

Em síntese, conclui-se que “a vida não é um problema para ser resolvido, mas uma realidade a ser experimentada”, conforme afirma o filósofo dinamarquês Søren Kierkegaard (1986, p. 70).

---

<sup>7</sup> 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 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*”.



## Capítulo 3

# A Ação Direta de Constitucionalidade 48 - o afastamento do vínculo de emprego do transportador autônomo de cargas

**A** garantia dos direitos fundamentais, a sua positivação nas Constituições e a preocupação com a sua efetivação demonstram que o controle concentrado de constitucionalidade tem relevante papel no cenário jurídico e político no Brasil. Nesse contexto, no ano de 2020, o STF, no exercício dessa ferramenta, decidiu o processo que ficou conhecido por Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 48. Trata-se de um controle concentrado positivo de declaração da constitucionalidade da Lei n. 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 transportador autônomo de cargas (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, o que merece ser analisado de forma mais detalhada, sob a perspectiva do Direito do Trabalho e da proteção às relações com vínculo empregatício.

## Os elementos da relação de emprego

No Brasil, é matéria usual e corriqueira na Justiça do Trabalho discutir as diversas relações de trabalho e determinar se possuem ou não vínculo empregatício. Em 2022, 1.073.283 casos estavam pendentes de solução. Só nesse ano, foram distribuídos mais de 1.600.000 processos (Tribunal Superior do Trabalho, 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 Judiciário Trabalhista”. Segundo o Procurador, desde o ano de 2019 até junho de 2023, eram 786.375 casos envolvendo pedidos de reconhecimento de vínculo de emprego. A Constituição federal de 1988 elevou diversos direitos dos trabalhadores à categoria de direitos fundamentais, de forma abrangente. Porém, sua aplicação se dá no contexto do que o Direito do Trabalho costuma denominar “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 autora 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” (Camino, 2004, p. 185-200). 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.

A definição da relação de emprego é amplamente difundida e, a partir dos artigos iniciais da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), é possível extrair a existência de um empregador que explora e assume o risco de uma atividade econômica. Nesse âmbito, o empregador contrata, remunera e dirige o trabalho pessoal e regular de uma outra pessoa física. Daí surgem os termos continuidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade.

Para garantir clareza e objetividade, é oportuno citar as definições de Martins (2014, p. 107-108) sobre os “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 pelos 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.

Em linhas gerais, é possível dizer que nem toda relação de trabalho é destinatária da proteção do arcabouço normativo da legislação trabalhista. Somente as relações de trabalho caracterizadas pela existência dos elementos essenciais supracitados se enquadram sob essa proteção. Por exemplo, trabalhadores eventuais ou autônomos não estão protegidos pelas mesmas normas que os trabalhadores empregados, justamente por faltar o requisito “subordinação”. Essa distinção é o cerne da discussão travada no âmbito da ADC 48, e pode ser resumida de forma simples: o motorista TAC é um trabalhador com vínculo de emprego? Se sim, ele é destinatário da proteção das normas juslaboralistas, incluindo as previstas no artigo 7º da Constituição federal. Se não, ele está excluído das regras específicas destinadas aos trabalhadores com vínculo empregatício, apesar de sua relação de trabalho.

A discussão, portanto, está justamente focada na existência ou não da “subordinação”. De um lado, a Lei n. 11.442/2007 define o transportador como “autônomo”, em contraposição ao conceito de subordinação. De outro lado, as reclamações trabalhistas defendem que, na casuística, em alguns casos, esses trabalhadores são, de fato, “subordinados”, em contraposição ao conceito de autonomia.

Para compreender a questão, é mister o aprofundamento quanto aos temas subordinação/autonomia. A CLT (Brasil, 2017) 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 2º, a lei refere-se ao empregador como aquele que “dirige” a prestação de serviço do empregado. Já no artigo 3º, 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 essa 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 a 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 (2014) cita uma passagem de Karl Marx, de sua obra *O Capital*, para contextualizar o cenário a partir do qual a relação de emprego se desenvolve. Leia-se:

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, 2008 *apud* Vecchi, 2014, p. 381).

Conforme Vecchi (2014), a subordinação nasce da separação do trabalhador do seu meio de produção, o que se estabelece no modo capitalista de produção. Nesse contexto, o trabalhador só consegue produzir se for vinculado ao capital, detentor dos meios de produção – o que o torna dependente/subordinado ao capital. Porém, ele aponta para a evolução do conceito, com base em diversas decisões dos tribunais brasileiros 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 necessária 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 o sistema de produção toyotista. Em resumo, na esteira da evolução jurisprudencial e doutrinária, Vecchi (2014) sustenta que a subordinação ocorre mesmo quando não há ordens diretas do empreendedor ao trabalhador. Ela pode se manifestar quando o trabalhador se insere num sistema coordenado e se ativa segundo os interesses do empreendedor, de acordo com 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.

Ao distinguir as dimensões clássica, objetiva e estrutural, Vecchi (2014) cita Mauricio Godinho Delgado, de cuja obra é possível extrair o conceito de “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, 1993 *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, 2008 *apud* Vecchi, 2014, p. 387).

A partir desse breve apanhado, é relativamente tranquilo afirmar que, no âmbito do Direito do Trabalho, o conceito de subordinação é mais abrangente do que seu significado estrito. Amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência, a caracterização moderna 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.

Assim, aplicando esse conceito à 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.

Nesse 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 as normas juslaboralistas, em especial o da proteção ao trabalhador, quando há continuidade, remuneração, pessoalidade e subordinação (ainda que estrutural ou integrativa), deve-se reconhecer a existência da relação de emprego e, assim, estender ao trabalhador todas as proteções e os direitos constitucionalmente garantidos ou infra-constitucionalmente 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 Luís Roberto Barroso utilizou no relatório da sua decisão na ADC 48, para justificar sua posição a favor da constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007, que afasta o vínculo empregatício para o TAC. Mais adiante, esse tema será retomado.

## O contexto do setor de transporte no Brasil

Segundo o Anuário Estatístico de 2022, divulgado pela Confederação Nacional de Transportes (CNT), o Brasil contava, no ano de 2021, com mais de 1.700.000 quilômetros de rodovias, percorridas por uma frota de mais de 3.700.000 veículos (considerando apenas caminhões e caminhões tratores). O anuário

também destaca que, em 2020, a quantidade de veículos de transporte rodoviário de cargas era de mais de 2.270.000. Desse, quase 860.000 eram operados por TACs; mais de 28.000 operados por Cooperativas de Cargas; e 1.380.000 operados por Empresas de Transporte de Cargas. Além disso, a quantidade de empresas cadastradas no Registro Nacional do Transporte Rodoviário de Cargas (RNTRC) era de 291.000; enquanto as Cooperativas de Cargas somavam apenas 556 cadastros; já os TACs totalizavam mais de 917.000 registros.

De acordo com a Secretaria Nacional de Trânsito, o transporte rodoviário de cargas é responsável pela movimentação de cerca de 75% da carga movimentada no Brasil (Ministério dos Transportes, 2023). Nessa direção, convida-se à análise da Tabela 1:

Tabela 1 – Resumo comparativo entre a quantidade de veículos e operadores

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%

Fonte: Ministério dos Transportes, 2023.

Esses dados permitem inferir 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. Isso reflete a realidade de que, em geral, cada transportador autônomo dirige seu próprio veículo. Os números também 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 volume total de cargas movimentadas (75%), pode-se afirmar que os TACs são responsáveis pela movimentação de 28,4% de toda a carga movimentada no país.

Segundo o IBGE (2022), a população brasileira atingiu, no ano de 2022, a quantidade de 203.080.756 pessoas, das quais cerca de 116 milhões estão na faixa etária entre 20 e 59 anos. Portanto, os TACs representam 0,8% da população brasileira ativa, um número considerável.

Uma análise da história recente revela a representatividade e os impactos que esse setor exerce na economia do país. Conforme o *site* G1 Economia (2018), em meados do mês de maio de 2018, após sucessivas altas no preço do combustível, o setor de transportes se mobilizou, bloqueou rodovias, paralisou veículos e protestou contra a política de 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 possível que ele esteja envolvido em algo próximo de 100% das cargas transportadas (G1, 2018). Isso 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 referida movimentação provocou comoção no governo, com mudanças nas políticas de preços dos combustíveis e a promoção de leis para regular e melhorar a política de preços dos fretes praticados. Tais fatos evidenciam que o setor de transporte rodoviário de cargas está envolvido em praticamente toda a carga transportada no país. Como relata o *site* G1 (2018), motoristas ditos “autônomos” (TAC) representam um terço dessa carga, convivendo com dois terços de outros motoristas que atuam como empregados, vinculados às empresas de transporte (ETC). Essa convivência já foi menos desigual, mas uma série de mudanças legislativas vem mudando o cenário da concorrência entre motoristas autônomos e empresas de transporte.

A atividade de transporte era regulamentada pela Lei n. 6.813/1980, 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 n. 10.233/2001, abarcou a regulamentação da atividade de transporte terrestre em geral – incluindo o transporte rodoviário de cargas. Depois disso, várias outras se somaram ao longo do tempo, com o objetivo de regulamentar o setor.

A Lei n. 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 extraoficial denominado “Carta Frete”. E, assim, eram obriga-

dos a “descontar” (adiantar mediante deságio) essa 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 n. 11.442/2007 revogou a antiga Lei n. 6.813/1980 e passou a regular a atividade de transporte rodoviário de cargas, estabelecendo os requisitos e as principais normas que regulam a atividade, inclusive passando a exigir o registro junto à agência, denominado RNTRC.

A Lei n. 12.249/2010 estabeleceu a obrigatoriedade de os pagamentos do frete serem realizados através de “meios de pagamento regulamentados pela ANTT”. A legislação foi regulamentada por meio da Resolução n. 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 n. 12.619/2012, depois alterada pela Lei n. 13.103/2015, por sua vez, veio a inserir diversas modificações no setor, especialmente na CLT e no Código de Trânsito Brasileiro (CTB), 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 nessas 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, o que favorecia 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. Esses motoristas, principalmente os 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, houve expressivos avanços tecnológicos de telemetria a distância. Mediante tacógrafos, sistemas de rastreamento, avanço de comunicação por sinal de GPS e internet, tornou-se amplamente possível o acompanhamento e o 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 CTB.

Depois, como resultado de uma demanda do setor de transporte rodoviário de cargas, especialmente impulsionado pelas manifestações que ocorreram em meados do ano de 2018, foi editada a Medida Provisória n. 832/2018, depois convertida na Lei n. 13.703/2018, que estabeleceu a política nacional de preços mínimos para o setor de transportes rodoviários de car-

gas – a conhecida “Tabela do Frete Mínimo”. Essa medida surge como uma tentativa de proteger o transportador da variação dos preços do combustível e garantir uma remuneração mínima em razão do trabalho realizado.

Já a Lei n. 14.206/2021 instituiu 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 desses trabalhadores. Porém, um dos efeitos que se observou dessa regulamentação foi o fenômeno da “Agregação”. O artigo 4º da Lei n. 11.442/2007 definiu que pode 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 § 2º do mesmo artigo.

Entretanto, o § 1º do artigo 4º da Lei n. 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”. Nesse caso, 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, pode-se afirmar que

o arcabouço legislativo estimulou tal forma de contratação, em razão da diferença de tempos de direção e, conseqüentemente, da 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 transportadores autônomos tinham mais amplitude de jornada e, conseqüentemente, maior produtividade. Vale registrar que essa diferença se agravou ainda mais após a recente ADI 5322, que declarou inconstitucional a flexibilização de aspectos como o tempo de espera, o fracionamento do intervalo interjornadas e a acumulação do descanso semanal remunerado para os motoristas empregados.

Tal situação gerou inúmeras discussões na Justiça do Trabalho, em que se postulava o reconhecimento do vínculo empregatício desses TACs-agregados. Considerando os 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 n. 11.442/2007. A exclusividade levava ao necessário reconhecimento da pessoalidade e da regularidade. O crene da discussão passou a ser a questão da existência ou não de subordinação. Os trabalhadores argumentavam em favor de uma “subordinação

estrutural”, enquanto os tomadores de serviço defendiam que o TAC era autônomo, logo, não subordinado.

Em especial, a linha de defesa das ETCs baseava-se no disposto no artigo 5º da própria Lei n. 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 desses TACs, via de regra, superior à remuneração dos motoristas empregados, levava essas 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 essa categoria. Esse fato desencadeou uma expressiva concorrência. 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, houve um aviltamento do preço praticado. O aviltamento do preço, por sua vez, levou a precarização da atividade, redução de manutenção, aumento de jornadas, desrespeito à legislação e, novamente, acidentes.

Sensível ao cenário, diversas ações foram propostas para discutir o reconhecimento do vínculo empregatício em face do

disposto no artigo 5º da Lei n. 11.442/2007. Essa situação 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.

Diante disso, a questão central que se impõe é: qual legislação deveria prevalecer: a CLT ou a Lei n. 11.442/2007? E, em decorrência desta resposta, surge o mote da presente obra: a proteção do TAC conforme o artigo 7º da Constituição federal ou não.

## **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, nos autos da ADC 48, o STF julgou constitucional a Lei n. 11.442/2007, a qual estabelece critérios diversos da CLT para verificação dos requisitos para caracterização do vínculo de emprego. Na Lei n. 11.442/2007, com tradução pela ADC 48, de relatoria do ministro Luís 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 Luís Roberto Barroso, a quem coube a relatoria da ADC 48, evidencia o que já se destacou no capítulo anterior desta obra. A ação promovida pela CNT levou ao STF a discussão acerca da constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007. Entre outros aspectos, o mais relevante foi o tema do afastamen-

to do vínculo empregatício previsto no artigo 5º dessa 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: ela é ou não lícita?

Foi pensada à ADC 48 a ADI 3961, na qual ANAMATRA e ANTPPT postulavam a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo, fundamentando-se no argumento de que a lei não pode antever o que é ou não um vínculo empregatício.

Em seu voto, Barroso (STF, ADC 48, p. 15) 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 a regulamentação de toda e qualquer prestação remunerada de serviços ocorra mediante a configuração de relação de emprego?

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

O ministro também menciona a evolução da organização do mercado de trabalho a partir do movimento toyotista, oriundo do Japão, por meio do qual as organizações passaram a trabalhar com foco na produção enxuta, mais flexível e sensível à adaptação das oscilações de mercado. Esse novo modelo permitiu ampliação e redução de produção rápida através da terceiri-

zação de partes da produção, o que gerou uma horizontalização da hierarquia produtiva.

Na prática, várias empresas passaram a produzir componentes específicos, respondendo à demanda de uma montadora que reúne todas essas partes. Essa estratégia ganhou importância e aderência em razão da crise do capitalismo na década de 1970. Tal possibilidade de colaboração, ampliada pelos recursos tecnológicos de informação, transporte e logística, consolidou-se num novo modelo de organização do trabalho, caracterizado por “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 internamente e passaram a adquiri-los de fornecedores externos.

Como consequência, os empregos migram para outras regiões onde existe mão de obra mais barata ou mais qualificada, o que pode ocorrer tanto dentro do país quanto fora dele. Nesse 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, ele 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. De acordo com Barroso, a Constituição não exige um único modelo (concentrado) de produção, permitindo a livre criação de estratégias.

O ministro relator lembra que a Lei n. 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. Ele cita o artigo 4º da Lei n. 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.

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, de regularidade e 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).

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 for-

ma 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. Moraes (STF, ADC 48, p. 36) 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”. Ele conclui concordando com o voto do relator.

É interessante extrair do voto do ministro Alexandre de Moraes sua reflexão sobre o tema de fraude e precarização do trabalho. Ele advoga pela possibilidade de fiscalização, combate e penalização dessas práticas. Esse é um tema relevante, pois, após a ADC 48, o mesmo ministro relega à Justiça Comum o papel de análise e fiscalização das relações entre ETCs e TACs, como se observa em seu voto nas Reclamações Constitucionais que se multiplicaram (Rcl n. 43.544-AgR).

Já o Ministro Edson Fachin (STF, ADC 48) diverge dos seus pares. Para ele, 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 7<sup>o</sup> 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 esse entendimento, confor-

me Fachin, é ofender o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Em resposta 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, esta deve ser efetivamente reconhecida. No entanto, no caso específico, Barroso (STF, ADC 48, p. 45) sustenta que não há vínculo de emprego, pois o requisito de subordinação não está presente:

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.

Após o esclarecimento, o julgamento foi suspenso. Quem veio a retomar o julgamento foi a ministra Rosa Weber, que, 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 à 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 palavras da ministra Rosa Weber (STF, ADC 48, p. 50):

Na minha compreensão, esse preceito revela o embotamento 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.

Rosa Weber (STF, ADC 48) afirma ainda que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não são absolutos e devem respeitar os limites do valor social do trabalho, citando, inclusive, doutrina do próprio relator, Luís Roberto Barroso, nesse 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 os ministros Luís Roberto Barroso (relator), Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli.

Com isso, restou fixada a seguinte 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 de outubro de 2020.

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

Ao reconhecer a constitucionalidade da Lei n. 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 dessa 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. Isso porque o tema da competência da Justiça Comum estava, primitivamente, previsto no Parágrafo Único desse artigo. Logo após a decisão do STF, em 27 de setembro de 2021, foi promulgada a Lei 14.206/2021, que, entre outras modificações, revogou esse parágrafo único. Somente em 21 de dezembro de 2022, por meio da Lei n. 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 § 3º nesse artigo, com a mesma redação primitiva. É difícil compreender o que ocorreu nesse interregno e as motivações que levaram às alterações. Porém, existiu efetivamente uma comoção do Poder Legislativo acerca do tema.

Independentemente, como já se argumentou, diversas Reclamações Constitucionais têm sido propostas (STF, Ministra Rosa Weber, RCl 50.008, 02/05/2022). O STF tem, até o momento, mantido certa hegemonia das decisões que mantêm essa competência, afastando do manto especializado da Justiça do Trabalho as ações 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. Contudo, na Justiça Comum, a relação processual se dá de forma equânime, inclusive impondo ao autor da ação proposta o ônus<sup>8</sup> de compro-

---

<sup>8</sup> 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”.

var a fraude, segundo os ditames do Código Civil, o que 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 ônus<sup>9</sup> 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 é tornar expressivamente mais difícil, se não inviabilizar, o reconhecimento do vínculo de emprego nas relações em que o prestador de serviços é um TAC. Isso dificulta severamente a prova casuística quanto à efetiva existência, ou não, da “subordinação” e/ou “autonomia”. A discussão sobre esse reconhecimento só se torna possível se houver comprovação de fraude no contrato do TAC.

Não sendo reconhecido o vínculo empregatício, como já sustentado anteriormente, uma gama de direitos trabalhistas é negada a esse trabalhador, nos exatos termos dos votos divergentes dos ministros Fachin e Rosa Weber. Isso inclui direitos constitucionalmente previstos como direitos humanos fundamentais. Em suma, a ADC 48 afasta os TAC do acesso e da garantia de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, sem permitir a comprovação, no caso concreto, da efetiva existência da autonomia ou subordinação.

---

<sup>9</sup> 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 Brígida Joaquina Charao Barcelos).

Em razão da decisão tomada pelo STF na ADC 48, em efeitos práticos, 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 desses trabalhadores os direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição federal brasileira.

## **ADC 48 e sua adequação aos objetivos de controle de constitucionalidade**

As Constituições ao redor do mundo representam um significativo avanço para a sociedade, especialmente no Ocidente, em termos de organização e separação das instituições que exercem o poder, na limitação desse poder e, sobretudo, 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. Parafraseando 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. Como ressalta Bittar (2008, p. 131), embora a sociedade professe ideais de “Ordem e Progresso”, essa não é a realidade vivenciada na prática, nas filas de hospitais, nas prisões, nas escolas precárias, na falta de segurança nas ruas. A própria ciência se tornou volátil e fragilizada, diante da constatação de que suas conclusões não são soberanas e imutáveis, dissipando-

-se as certezas. Nesse contexto, o neoconstitucionalismo surgiu como um movimento de promoção dos direitos fundamentais, entre tantas outras medidas, por meio da ressignificação da Constituição como garantidora de direitos inseridos na “esfera do indecível”, parafraseando Luigi Ferrajoli (2014). Entre os direitos protegidos pela Constituição federal, acompanhando essa 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 às relações empregatícias.

A Constituição assume protagonismo na garantia dos direitos fundamentais e, com ela, as ferramentas de controle de constitucionalidade em suas várias formas passaram a ser aprimoradas. Os conceitos abertos nas Constituições e o usufruto pelos vivos do mundo atual (Viciano *et al.*, 2010) exigem 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 ao redor do mundo.

Como adverte Barroso (2019, p. 34-38), o ato contrário à Constituição é nulo. Embora existente, ele 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, assumindo 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 (Dworkin, 2001, p. 103).

O controle de constitucionalidade se firmou como um legítimo campo democrático deliberativo, oportunizando a defesa jurídica e política das minorias e das importantes questões fundamentais para a garantia, o respeito e a 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 indiscutíveis no cenário jurídico e político, inclusive no Brasil.

No Brasil, após uma lenta evolução desde sua criação, sob a influência de Ruy Barbosa, STF 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 n. 9.868/1998 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 essas decisões com significativa relevância, a ADC 48, objeto desta obra, é mais um exemplo dessa influência, ainda que se admita que o direito não é a única “dimensão de poder” atuante sobre as decisões sociais. Dito isso, 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, pode-se compreender aqueles trabalhadores que atendem aos 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, todo o arcabouço constitucional de proteção jurídica ao trabalhador depende da caracterização do vínculo de emprego. Essa 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 essa atividade sob a classificação de TAC, conforme definido na Lei n. 11.442/2007. A legislação previu as figuras do TAC independente e do TAC

agregado. Este último, 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 atuavam sob a dependência (subordinação estrutural) do tomador do serviço, apesar de a Lei n. 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 n. 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 a efetividade desses direitos aos cidadãos, a lógica seria de que a decisão deveria afastar a legislação infraconstitucional que obsta o acesso às garantias fundamentais voltadas a esses trabalhadores. Na esteira dos votos dos ministros Edson Fachin e Rosa Weber, na ADC 48, a Lei n. 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 de dependência e subordinação estrutural, garanta a aplicação dos direitos constitucionais de proteção a todo trabalhador que (ainda que formalmente nominado de autônomo) esteja, na prática, experienciando uma relação de subordinação, caracterizando o vínculo de emprego.

Todavia, na esteira dos votos do relator, ministro Luís 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 n. 11.442/2007, subsumindo disso 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 a 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. Nesse 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 e o desrespeito aos limites mais tênues da dignidade, sob a justifi-

cativa de manter a lucratividade dos detentores do capital, são argumentos arcaicos, superados 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 na 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 CLT. Sob essa perspectiva, é possível 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, torna-se 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) contra-argumentou 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, ocorreu, entre outros 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. 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 desses meios de produção – a famosa relação entre capital e trabalho.

O ministro Barroso (STF, ADC 48) deixa explícito em sua decisão que, no caso dos TACs, esses trabalhadores estão conectados ao seu caminhão, que é o seu meio de produção. Ou seja, na lógica, eles inverteram a dinâmica da evolução da relação de emprego, retornando 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 e 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 e de entrega, obrigando-se a cumprir o múnus para o qual se dispôs em determinado tempo, a cláusula de incolumidade, obrigações fiscais, de trânsito, limites de jornada, entre outras. Trata-se, na verdade, do cumprimento de obrigações contratuais e legais, inseridas em qualquer tipo de relação – de modo que o simples cumprimento dessas 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 desse cumprimento para receber seu salário. A sua submissão ou dependência é em um grau mais elevado. A subordinação dita “estrutural” é, inegavelmente, um grau “menos elevado” de dependência. Somando-se a essa 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 o serviço a um determinado

cliente, é quase inadmissível e impossível de se imaginar que não esteja sujeito ao cumprimento das regras contratuais, mas 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, o fato de os direitos trabalhistas serem garantidos aos trabalhadores com vínculo empregatício não implica que, ao julgar a ADC 48, o STF tenha afastado 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. Tal regulamentação está de acordo com a legislação trabalhista, na medida em que o TAC dispõe do seu meio de produção.

Uma advertência, no entanto, 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 dessa prática para fraudar os direitos trabalhistas de empregados, “maquiando” relações de emprego sob a roupagem de TAC. É preciso cuidado redobrado quando o veículo é “arrendado” do próprio tomador de serviço ou de pessoas interpostas, ou 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 e à fraude, com efetivas vistas à precarização da relação de emprego. Porém,

nesses 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 ministro Alexandre Morais (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. Contudo, é de se ratificar a existência ou não de fraude, que 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 uma relação comercial, o TAC esteja totalmente desamparado. Como se observa, 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 e sistema de pagamento de pedágio são exemplos desse esforço legislativo, que também deve ser um caminho para a efetivação das garantias constitucionais a essa 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, embora a ADC 48 possa aparentemente afastar dos trabalhadores a proteção prevista no artigo 7º da Constituição federal, ela, 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, pode-se entender que não houve ofensa aos objetivos do controle concentrado de constitucionalidade ao declarar constitucional o critério definido pela Lei 11.442/2007.



## Considerações finais

**A**o dedicar-se ao estudo do constitucionalismo, do controle concentrado de constitucionalidade e da decisão prolatada nos autos da ADC 48, sob a perspectiva da adequação da decisão aos objetivos dessa ferramenta, foram evidenciadas constatações importantes. Em especial, destaca-se o papel significativo das Constituições, que, impulsionadas pelo movimento neoconstitucionalista, se apresentam como instrumentos essenciais para a consolidação dos direitos e garantias fundamentais, conquistados a duras penas ao longo de uma vasta evolução histórica. Não foram poucos os conflitos, revoluções, guerras, protestos, revoltas e massacres que mancharam de sangue as conquistas sociais.

As constituições são estandartes representativos dessas conquistas e seu valor é proporcional à importância das milhares de vidas perdidas ou castigadas pelas lutas sociais registradas pela história. Tal importância ainda se multiplica

pela quantidade de vidas que hoje dependem da efetivação das conquistas insculpidas nesses documentos. Nesse contexto, o controle concentrado de constitucionalidade revela-se uma ferramenta de prestígio e garantia dos direitos previstos na Constituição. Trocando em miúdos, é uma 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, agradando alguns e desagradando outros, pois o papel de pacificação dos interesses sociais é desafiador. Contudo, o mote desse exercício, sob o filtro da Constituição, deve ser a garantia dos direitos fundamentais. Em outras palavras, não se deve admitir que a interpretação de uma ou outra visão prevaleça, mas, sim, que a Constituição seja preservada, visto que os direitos ali postos consignam importantes conquistas que sustentam o delicado equilíbrio social.

O tema do vínculo empregatício e do seu afastamento para os motoristas de transporte rodoviário de cargas contratados, no âmbito do que a Lei n. 11.442/2007 tem declarado constitucional pelo STF na ADC 48, traz repercussões relevantes para o Direito do Trabalho. Em boa medida, é possível dizer que a decisão se alinha em descompasso e contrariamente ao arcabouço protetivo juslaboralista, ao relativizar o conceito de subordinação estrutural, uma noção que representa uma importante evolução nessa área do Direito.

A importância do tema na esfera trabalhista é inegável, pois envolve um expressivo impacto em uma parcela significa-

tiva da população e na organização de um setor relevante da economia nacional. Mais do que isso, a decisão impacta diretamente nos direitos e na vida de quase um milhão de trabalhadores vinculados ao setor, agora, legalmente denominados “autônomos”. Certamente, uma análise econômica do tema se revela de grande relevância e colaboração para sua compreensão.

Há muito a ser debatido e, provavelmente, defensável no campo dos conceitos de subordinação, dependência e caracterização, ou não, do vínculo de emprego. Por óbvio que um aprofundamento da legislação e uma análise mais detida da doutrina trabalhista também poderiam contribuir muito para a compreensão da celeuma.

Outra constatação que não se pode deixar de registrar é que, a partir da ADC 48, a discussão sobre os TACs dispensa um debate tormentoso no âmbito da justiça comum acerca da validade dos contratos e das possíveis fraudes ou simulações voltadas exclusivamente à 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, sem menosprezar o atual movimento de “atalho processual” potencializado pelas Reclamações Constitucionais, que também poderiam oferecer conclusões reveladoras e conexas com a temática ora proposta.

Ainda assim, é verdadeiro que fraudes e simulações 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 aplicado às relações negociais seria, sem dúvida, potencialmente elucidativo. Além disso, a questão das dimensões de poder, a influência do jogo político, dos *lobbies* econômicos e da “influência oculta” das diversas “mãos do mercado” poderiam gerar páginas e páginas de debate, desesperos e esperanças aplicáveis ao problema, sem mencionar o aprofundamento dos temas já abordados nesta obra.

Como diria Michel Foucault, a história é uma miríade de complexos acontecimentos, uma fonte inesgotável de nuances e compreensões sobre o comportamento humano, tanto individual quanto social. Cada tópico meramente citado aqui poderia render um extenso aprofundamento. Não obstante, diante das inúmeras alternativas e caminhos abertos e inexplorados, a presente obra necessita chegar a uma conclusão sobre o problema.

Posto isso, especialmente alicerçado na questão de que os direitos trabalhistas previstos na Constituição brasileira se destinam a uma parcela específica dos trabalhadores (aqueles com vínculo de emprego), e não à sua totalidade, a conclusão que se “arrisca” por ora é a de que a decisão em questão não padece de qualquer incoerência ou impertinência quanto aos objetivos do controle concentrado de constitucionalidade.

Com frequência, a questão do vínculo de emprego é resolvida considerando-se os requisitos definidos infraconstitucionalmente. Logo, ainda que possam surgir eventuais conflitos, é pertinente concluir que essa discussão não se resolve na esfera constitucional. Ao fim e ao cabo, o que a Lei n. 11.442/2007 determina é que o TAC, desde que cumpridos os requisitos de validade do contrato, não é considerado subordinado para fins

de caracterização do vínculo empregatício. Dessa forma, mantém-se o critério anteriormente aceito de que a proteção constitucional aos trabalhadores se aplica apenas aos que têm vínculo empregatício, e não aos demais.

Embora a decisão pareça inicialmente incoerente em relação aos objetivos do controle concentrado de constitucionalidade, uma análise mais acurada revela que essa incoerência não se sustenta. Mesmo com as dificuldades impostas, não se pode afirmar que a legislação impede o trabalhador de acessar a proteção juslaboralista nos casos em que, na prática, é empregado, mas foi fraudulentamente classificado como autônomo. Isso ocorre porque a validade do contrato de TAC, ainda que analisada na esfera cível, pode ser atacada e anulada no caso de comprovação da fraude. Apesar dos obstáculos, novamente, não se pode dizer que houve ofensa ao direito constitucional de acesso à justiça. Porém, todos os demais temas suscitados e ainda inexplorados revelam um cenário de inúmeras possibilidades a serem examinadas.

Ao final desta obra, 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 aqui delineadas. Em todos os temas abordados, fica a impressão de que muito mais conteúdo merece apreciação. 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, e mais dúvidas são suscitadas.

Inobstante, o limite da segurança jurídica representado pelo controle concentrado de constitucionalidade, apesar de poder desagradar em suas soluções, não pode ser desrespeitado. Mesmo que seja ruim, esse limite é possivelmente menos devastador do que “limite nenhum”. Ao declarar uma lei como constitucional ou inconstitucional, o STF sempre corre o risco de interpretar de forma a restringir o acesso aos direitos constitucionais. Porém, ainda que essa seja a decisão, ela merece ser respeitada. Do contrário, tal instituto esvaziaria sua própria finalidade. Enfim, nesta provocação inicial, o que se espera é contribuir para a discussão desse relevante tema, jamais profetizando 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*. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096>. Acesso em: 09 mar. 2023.

BARROSO, Luís 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*. 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. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 10 fev. 2024.

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

BRASIL. 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.

BRASIL. Senado Federal. *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)*. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535468/clt\\_e\\_normas\\_correlatas\\_1ed.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535468/clt_e_normas_correlatas_1ed.pdf). Acesso em: 09 mar. 2024.

BUTLER, Judith. *Vida precária: os poderes do luto e da violência*. 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 (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UERJ, Rio de Janeiro, 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.

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.

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.
- G1. Economia. *Cronologia: greve dos caminhoneiros*. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/cronologia-greve-dos-caminhoneiros.ghtml>. Acesso em: 12 dez. 2023.
- 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](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*. 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.
- 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.
- 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.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Grupo Almedina, 2017.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- OST, François. *O tempo do Direito*. São Paulo: Edusc, 2005.

ROMERO, José Luis. *Estado y sociedad en el mundo antiguo*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2012.

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.

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-adiadc-e-adpf-stf/downloads/repercussao-geral/Despacho\\_1VP\\_Tema\\_1046.pdf](https://portal.trt3.jus.br/internet/jurisprudencia/repercussao-geral-e-controle-concentrado-adiadc-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.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística. *Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2022*. Brasília, DF: 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.

VECCHI, Ipojucan 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 periodo de transición: el nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de Informação. In: BRUNO, Fernanda *et al.* (org.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 17-68.



## Sobre o autor

Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF), com pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil pela mesma instituição. Também cursou pós-graduação em Docência no Ensino Técnico Profissionalizante pelo Centro Universitário Unileya e concluiu seu mestrado pela UPF. Atualmente, exerce a função de docente no Curso de Direito da UPF. Além da carreira acadêmica, é sócio e advogado no escritório Diehl e Weber Advogados Associados, no qual atua no setor de transportes há mais de 25 anos, prestando assessoria jurídica, consultoria e resolução de litígios com foco no direito empresarial e regulatório aplicado ao transporte.



  
**UPF** | EDITORA

