OMISSÕES NORMATIVAS EM NORMAS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS DE EFICÁCIA LIMITADA

NORMATIVE OMISSIONS IN CONSTITUTIONAL LABOR NORMS OF LIMITED EFFICACY

Airton Ribeiro da Silva Júnior[1]
Marcelo Barroso Kümmel[2]

RESUMO

Este artigo tem por objetivo, em um primeiro momento, definir as normas constitucionais trabalhistas, as quais, por serem inseridas no leque de direitos sociais, constituem-se verdadeiros direitos fundamentais. Entretanto, apesar do *status* que o texto constitucional conferiu aos direitos trabalhistas, percebe-se, por vezes, sua ineficácia, diante da omissão do Poder Legislativo, em editar leis regulamentadoras, que possibilitem a implementação de tais direitos, o que constitui o problema que se pretende responder. Para tanto, a abordagem se deu por meio do método dedutivo para construir as bases teóricas do trabalho, para, através do método de procedimento monográfico, investigar o tratamento jurisprudencial do tema. Portanto, em um segundo momento, analisam-se os mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para suprir essas omissões, que impedem o exercício do direito garantido pela Carta Maior; bem como, verificar o papel do Supremo Tribunal Federal na concretização desses direitos. Conclui-se que o mandado de injunção é o instrumento adequado para concretização dos direitos fundamentais trabalhistas em face da inércia do Poder Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: direitos trabalhistas; direitos fundamentais sociais; eficácia; omissão normativa.

ABSTRACT

This article intends, in a first moment, to define the constitutional labor norms, which, by being inserted in the range of social rights, constitute genuine fundamental rights. However, despite the status that the constitutional text conferred to labor rights, it was realized, sometimes, its ineffectiveness, because of the omission of Legislative Power in editing regulating laws, to enable implementation of these rights, which is the problem to be answered. For this, it was used deductive method to construct the theoretical foundations of the research, for, through the monographic method procedure, investigate the jurisprudential treatment relative the theme. Therefore, in a second moment, it was analyzed the existing mechanisms in Brazilian legal system to fill the omission, which prevent the exercise of rights guaranteed by Constitution; as well, is was verified the role of Supremo Tribunal Federal (Brazilian Highest Court) in the implementation of these rights. It was concluded that the writ of injunction is the appropriate instrument for materializing the fundamental labor rights due to Legislative Power's omission.

KEYWORDS: labor rights; fundamental social rights; effectiveness; normative omission.

---

[1] Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

[2] Mestre em Integração Latino-americana (UFSM) e Especialista em Direito do Trabalho (UNISINOS). Professor de Direito do Trabalho do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) de Santa Maria (RS). Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 é fruto da luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito, após anos de regime militar e consequente supressão de direitos mínimos necessários à garantia da dignidade humana. Portanto, é natural que essa Constituição seja notada como a reconquista dos direitos fundamentais, que acabam por adquirir grande relevância dentro do texto constitucional.

Dessa forma, a Constituição atual destaca-se pela ampla previsão de direitos, formando extenso rol no texto constitucional. Inclusive, elencando dentro do Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", um capítulo específico para os direitos sociais; já que, nas Constituições anteriores, eram previstos no capítulo da ordem social.

Essa mudança, embora pareça irrelevante, acaba por atribuir maior importância e *status* normativo aos direitos sociais; principalmente, por lhes conferir importantes mecanismos para garantir sua eficácia, quais sejam, a subordinação à regra da aplicabilidade imediata, prevista no §1° do art. 5° da Constituição, e a suscetibilidade do ajuizamento do *mandado de injunção*, sempre que houver omissão do Poder Público, na regulamentação de alguma norma que preveja um direito fundamental e, consequentemente, inviabilize seu exercício.

Inseridos nos direitos fundamentais sociais figuram os direitos do trabalhador, os quais são previstos no art. 7°, dispositivo que traz, em seus incisos, rol de direitos constitucionais trabalhistas. Impende referir que, conforme redação do *caput* desse dispositivo, esse rol dos direitos constitucionais trabalhistas não é taxativo.

Dessa forma, os direitos trabalhistas constituem-se em verdadeiros direitos fundamentais, inseridos, até mesmo, no rol das cláusulas pétreas. No entanto, apesar desse *status* normativo que lhes foi conferido, apreende-se que muitos direitos elencados no art. 7° constituem-se em normas de eficácia limitada, ou seja, dependentes de complementação legislativa para sua aplicação.

Assim, se, por um lado, constitui um avanço constitucionalizar direitos trabalhistas, submeter sua eficácia plena à vontade do Poder Legislativo, acabou por inviabilizar o exercício destes direitos. Diante da inércia - de 23 anos - do Poder Legislativo em editar algumas das normas necessárias à consecução dos direitos constitucionais trabalhistas, surge a necessidade de investigar instrumentos capazes de garantir esses direitos, e, possivelmente, suprir a omissão normativa. E nesse sentido, tem-se o *mandado de injunção* como efetiva "arma" contra as omissões normativas, que impossibilitam o exercício de direitos sociais.

O presente estudo, portanto, tem por objetivo investigar a possibilidade de utilização da referida ação constitucional para afastar a omissão inconstitucional inviabilizadora dos direitos fundamentais trabalhistas, e, inclusive, supri-la pelo Poder Judiciário.

Para atingir este objetivo, o método utilizado foi o dedutivo, construindo inicialmente as bases doutrinárias que permitiram afirmar a fundamentalidade dos direitos trabalhistas para após, com emprego do método de procedimento monográfico, apresentar os mecanismos constitucionais para suprir as omissões e verificar o cabimento do mandado de injunção para integração de normas constitucionais trabalhistas de eficácia limitada, verificando a evolução do tratamento jurisprudencial do tema junto ao Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, o artigo divide-se em duas seções. Na primeira seção, abordam-se os direitos fundamentais na Constituição de 1988. Em um primeiro momento, é feita a classificação desses direitos conforme sua eficácia, para que se possam conceituar as normas de eficácia limitada ou programáticas. Em seguida, trata-se especificamente dos direitos fundamentais trabalhistas, analisando quais desses direitos têm sua eficácia limitada pela ausência de regulamentação, conforme classificação realizada na primeira parte da seção.

A segunda seção versa sobre a omissão inconstitucional, delimitando seu conceito; pois cabe esclarecer, desde já, que nem toda omissão fere diretamente a Constituição. Resolvida essa questão, passa-se à análise dos mecanismos que a Constituição confere para que a omissão inconstitucional seja suprida. Por fim, como cerne da pesquisa, aprecia-se o cabimento do mandando de injunção para suprir a omissão inconstitucional, de forma a viabilizar os direitos fundamentais trabalhistas olvidados pelo Poder Legislativo brasileiro.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 é considerada pela doutrina como uma constituição *analítica*, ou *dirigente* como ensina Canotilho (2003), pois examina e regulamenta todos os assuntos que entende relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado (MORAES, 2009, p. 10). Esse cunho analítico e regulamentista, na busca de constitucionalizar o direito como forma de garanti-lo eficazmente, refletiu-se também nos direitos fundamentais (SARLET, 1999, p. 67).

Portanto, a previsão dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, em razão do processo de redemocratização pós-ditadura militar, deu-se expressivamente, de forma que a Constituição atual foi reconhecida como uma “reconquista dos direitos fundamentais,

notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País" (BARROSO, 2009, p. 41).

Por ter sido precedida por período marcado por forte dose de autoritarismo, atribuiu-se maior importância aos direitos fundamentais, de forma que, além de elencá-los amplamente, previu mecanismos para tornar possível o seu exercício, como a aplicabilidade imediata, consoante § 1° do seu art. 5°, e o mandado de injunção, inc. LXXI do art. 5°.

Imprescindível, nesse ponto, distinguir direitos fundamentais de direitos humanos, de forma a conceituá-los, para que não ocorra confusão terminológica, e se possa delimitar o objeto do presente estudo. Nesse sentido, Sarlet (1999, p. 33), precisamente, esclarece

> Em que pese sejam ambos os termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Apreende-se, então, que os direitos fundamentais são aqueles direitos próprios do ser humano, positivados nas constituições de cada Estado. No dizer de Silva (2011, p. 278), a expressão "direitos fundamentais" "é reservada para designar, *no nível do direito positivo,* aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas." (grifo do autor).

Diante do extenso rol de direitos elencados, cumpre analisar a eficácia dessas normas fundamentais; pois de nada adianta conceder ampla gama de direitos, se estes são inexequíveis. Nesse sentido, impõe-se trazer ao presente estudo, a classificação das normas constitucionais sob a ótica de sua eficácia.

1.1 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA

Diante do objetivo de verificar as omissões inconstitucionais em direitos fundamentais trabalhistas, imperioso classificar as normas constitucionais segundo sua eficácia.

Primeiramente, há uma classificação americana proposta por Diniz (2009, p. 107), que divide as normas constitucionais em: a) auto-executáveis (*self-executing*), quando forem

completas, não necessitando de complementação infraconstitucional, e o direito instituído já contém em si os meios de execução; e b) não auto-executáveis (*not self-executing*), "se somente indicarem princípios, sem, contudo, estabelecerem normas que lhes dêem eficácia", dependendo de norma infraconstitucional ulterior.

Todavia, adotar a classificação mencionada, no presente estudo, significa aceitar que existem normas constitucionais destituídas de qualquer carga eficacial, o que vai de encontro à afirmação de Sarlet (1998, p. 267): "[...] todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.".

Tem-se a classificação do italiano Azzariti, que propõe a discriminação das normas constitucionais em: a) preceptivas, quando de caráter obrigatório e impositivo; e b) diretivas, quando dispensam obrigatoriedade, podendo ser violadas por lei ordinária, contendo apenas uma diretriz (DINIZ, 2009, p. 108). Porém, tal classificação se mostra insuficiente para o presente estudo, pois, como observa Ribeiro (2003, p. 89), essa divisão decorre da primeira fase das constituições, em que "[...] as Cartas nada mais eram do que declarações gerais de boa conduta destituídas de normatividade".

Desse modo, entende-se que as classificações[3] supra são insuficientes ou precárias para o presente estudo, da forma que se colaciona a classificação feita por Silva (2003), de acordo com a eficácia normativa. Divide-se em: a) normas de eficácia plena; b) normas de eficácia contida; e c) normas de eficácia limitada.

As normas de *eficácia plena* têm aplicabilidade direta, imediata e integral. Assim, elas incidem imediatamente, independente de legislação infraconstitucional posterior, ou seja, desde a entrada em vigor da Constituição estas normas estão aptas a produzirem todos os seus efeitos. Vale considerar que tais normas permitem que lei posterior as complemente, porém jamais que as restrinjam. Toma-se como exemplo dessa categoria o inc. XII do art. 7° da Constituição, que limita a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais a duração do trabalho normal.

Entre as normas de eficácia contida, compreendem-se aquelas que possuem eficácia imediata, direta e restringível. Dessa forma, são normas absolutamente aptas à produção dos efeitos jurídicos, mas passíveis de sofrerem restrições em sua eficácia, por lei infraconstitucional posterior, ou, como no caso do inc. VI do art. 7°, em que por convenção ou acordo coletivo pode ser restringida a irredutibilidade do salário.

---

[3] Barroso (2009, p. 89-118), por sua vez, classifica as normas constitucionais em: a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direito; e c) normas constitucionais programáticas.

Por fim, têm-se as normas de eficácia limitada, as quais são objeto do presente estudo. Cumpre dizer, então, que são normas que necessitam de legislação integrativa, leis ordinárias e complementares para que tenham eficácia total.

As normas de eficácia limitada subdividem-se em: *princípios institutivos*, na medida em que a Constituição prevê a criação de órgãos ou instituições, e cabendo ao legislador infraconstitucional a estruturação ou regulamentação destes; e em *princípios programáticos*, estes visando à regulação do meio econômico social com o fito de atingir a democracia social.

A presente pesquisa limita-se às normas constitucionais trabalhistas de eficácia limitada, as quais necessariamente são normas programáticas de direitos fundamentais, dependentes de legislação infraconstitucional.

Dessa forma, cumpre referir que tais normas, as programáticas de direitos fundamentais, não são destituídas de eficácia; pelo contrário, ainda que não seja plena, sua eficácia é assente, produzindo efeitos no ordenamento jurídico vigente. Até porque, mesmo as normas de eficácia limitada, mas que consagram direitos fundamentais, são abarcadas pelo instituto da aplicabilidade imediata[4], consoante art. 5°, §1°, da Constituição, que prevê que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.". Piovesan (2003, p. 106) esclarece que

> [...] não obstante este princípio esteja situado topograficamente como parágrafo do art. 5° da Constituição de 1988, que prevê direitos e deveres individuais e coletivos, é objeto de seu alcance, reitere-se, todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental.

Sarlet (1999, p. 272) elenca os aspectos de sua eficácia: a) *eficácia derrogatória*, pois a vigência destas normas "[...] acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental"; para ilustrar esse efeito, basta notar que o art. 487, inc. I[5], da CLT, que previa aviso-prévio de oito dias, foi revogado em parte pelo inciso XXI do art. 7° da Constituição Federal, que garante no mínimo trinta dias

---

[4] Convém referir que há uma posição dissonante da maioria, no sentido de aplicar o art. 5°, §1, apenas ao próprio art. 5°, adotada por Gebran Neto (2002). Porém, segundo pesquisa empreendida, trata-se de posicionamento isolado, que rendeu, inclusive, a seguinte crítica "[...] houve inclusive quem propusesse uma 'nova exegese' de norma contida no art. 5°, §1°, sustentando a sua necessária interpretação restritiva quanto ao alcance (embora supostamente 'reforçada' quanto à eficácia) já que o Constituinte 'disse mais que o pretendido', advogando, por via de consequência, uma interpretação nitidamente inspirada em um peculiar e manifestamente equivocado 'originalismo', curiosamente ancorado numa 'vontade do Constituinte' presumidamente contrária ao próprio teor literal do dispositivo.", expressada por Sarlet (2009, p. 16-17).

[5] "Art. 487. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de: I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;".

aos trabalhadores despedidos sem justa causa, ainda que provisoriamente por dispositivo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (QUEIROZ JÚNIOR, 2006, p. 122).

Percebe-se, também, como efeito das normas programáticas de direitos fundamentais, a: b) *vinculação do legislador infraconstitucional*, uma vez que

> [...] contém imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações. (SARLET, 1999, p. 272).

Assim, o legislador tem o dever de legislar em consonância com a norma, mesmo que não seja o núcleo daquela legislação. Em decorrência dessa imposição, tem-se o seguinte aspecto: c) *inconstitucionalidade de normas posteriores contrárias à norma constitucional*, na medida em que "[...] impõe a declaração da inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais" (SARLET, 1999, p. 273).

Dessa forma, não é só o Legislativo que fica vinculado ao conteúdo da norma, pois a próxima característica é justamente, d) *a vinculação dos Poderes Judiciário e Executivo*, pois seus atos não podem ir contra a disposição da norma, de forma que esta constitui

> [...] parâmetro para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, já que contém princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, resultando nesse contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas. (SARLET, 1999, p. 273-274).

Finalmente, existem outros dois aspectos da eficácia destas normas, sendo: e) *direito subjetivo negativo*, de forma que o Estado deve abster-se de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma; e f) *proibição de retrocesso*, visando "[...] impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas" (SARLET, 1999, p. 275).

Portanto, ainda que não se tenha o direito subjetivo à prestação da norma de direito fundamental com cunho programático, não se pode dizer que tais normas são destituídas de eficácia[6].

---

[6] Romita (1991, p. 14), já em 1991, identificava o problema quanto aos direitos sociais, cuja eficácia é limitada; afirmou que "A tentativa do constituinte, de resolver os problemas sociais do Brasil mediante a enumeração de dezenas e dezenas de dispositivos sobre direito individual e coletivo do trabalho, previdência, assistência e seguridade social, *cai no vazio, porque diversos deles dependem de regulação pela lei infraconstitucional*.".

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

Como já mencionado, a nova Constituição inclui os direitos do trabalhador no rol dos direitos fundamentais, o que implica em atribuir às normas trabalhistas caráter de "[...] normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista" (MORAES, 2009, p. 196). Como bem pontuam Canotilho e Moreira (1993, p. 285),

> A individualização de uma categoria de *direitos e garantias dos trabalhadores*, ao lado dos de caráter pessoal e políticos, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos *direitos, liberdades e garantias* como direitos do *homem* ou do *cidadão* genéricos e abstractos, fazendo intervir também o *trabalhador* (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade. (grifos dos autores).

Não obstante, ainda que os direitos constitucionais trabalhistas tenham adquirido esse *status* normativo, suas características especiais possibilitam diferenciá-los dos demais direitos fundamentais. Essa distinção se faz imprescindível para, adiante, ser analisada a possibilidade de cabimento de ações constitucionais para integrar o direito inviabilizado pela omissão normativa. Nesse sentido, elencam-se três principais características, quais sejam: a) a titularidade do direito; b) o destinatário da prestação; e o c) caráter protetivo da norma.

Em um primeiro momento, verifica-seque os direitos constitucionais trabalhistas não possuem o caráter universal, próprio dos direitos fundamentais; uma vez que "[...] não são atribuíveis a todos os indivíduos em um dado ordenamento jurídico" (QUEIROZ JÚNIOR, 2006, p. 87), pois, como expresso no *caput* do art. 7° da Carta Constitucional, destinam-se apenas aos trabalhadores.

Necessário, portanto, definir a extensão e conceito de trabalhadores. Süssekind (1999, p. 80) esclarece que "[...] o *caput* do art. 7° alude à expressão genérica 'trabalhadores'; mas, na verdade, a quase totalidade das suas disposições se aplica somente a empregados, isto é, aos que são partes dos contratos de trabalho subordinado.".

Portanto, os direitos constitucionais trabalhistas têm como titulares aqueles indivíduos que se enquadram no art. 3° da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-lei n° 5.452/43, ou seja, conforme enumera Martins (2011, p. 139), cumpre os seguintes requisitos: "(a) pessoa física; (b) não eventualidade na prestação de serviços; (c) dependência; (d) pagamento de salário; (e) prestação pessoal de serviços".

A segunda característica que distingue os direitos constitucionais trabalhistas dos demais direitos fundamentais, dá-se quanto ao seu destinatário. Enquanto titular é aquele que goza do direito, o destinatário, por sua vez, é aquele contra o qual se exige o direito. Nos direitos fundamentais, em geral, têm-se o Ente estatal como destinatário exclusivo das normas, todavia, no âmbito dos direitos constitucionais do trabalhador, a vinculação não será apenas do Estado, pelo contrário, o principal obrigado será o particular empregador.

Queiroz Júnior (2006, p. 92) identifica duas facetas quanto ao destinatário, "[...] uma de cunho normativo, em relação ao Estado e outra de índole fática, no respeitante ao seu tomador de serviços". Assim, em um primeiro momento, há obrigação do Estado em legislar sobre a matéria, para, em seguida, obrigar o empregador a cumprir a legislação protetiva.

Isso leva à terceira característica, as normas constitucionais cujo titular é o trabalhador são de caráter protetivo[7]. Essa proteção é decorrente da assente disparidade entre as partes da relação trabalhista, pois, conforme explana Gomes (2005, p. 57),

> [...] está na essência do ajuste laboral a distância entre as posições de largada nas negociações, podendo-se afirmar, figurativamente, que, enquanto o trabalhador está na linha de partida, o empregador já se encontra a um passo da linha de chegada. Quando afirmamos ser óbvia a existência de peculiaridades nesta espécie de relação jurídica privada, é porque nela *jamais haverá uma plena isonomia entre as partes*, ainda que o prestador de serviço seja altamente qualificado, porquanto sempre estará submetido às diretrizes de organização e às normas disciplinares estabelecidas pelo empregador. Em suma: *sempre estará juridicamente subordinado*. (grifos do autor)

Dessa forma, os direitos constitucionais trabalhistas são verdadeiros direitos de defesa frente ao poder superior do empregador, de forma que tentam estabelecer certa igualdade material à desigual situação fática. Isso leva Sarlet (1999, p. 177) a afirmar que

> [...] boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos arts. 7° a 11 da nossa Lei Suprema, são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas.

Distinguem-se, destarte, dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, por não exigirem prestação material para sua efetivação. Ainda que exijam prestação normativa, na medida em que o Estado é obrigado a legislar sobre a matéria, por disposição constitucional.

---

[7] Para compreender o caráter protetivo do direito do trabalho, decorrente do reconhecimento da disparidade fático-econômica entre empregados e empregadores, conferir Plá Rodriguez (2000).

Explanadas as características específicas de tais normas, passa-se a uma análise de quais direitos constitucionais trabalhistas elencados nos incisos do art. 7° da Constituição[8], efetivamente carecem de regulação normativa, tendo sua eficácia inviabilizada.

Nessa senda, já no primeiro inciso[9] do art. 7° é possível encontrar uma omissão legislativa, que só não inviabiliza integralmente o exercício de tal direito, em razão de mecanismo provisório do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): "Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição: I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no Art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; [...]".

O inciso I do art. 7° tem o intuito de proteger o trabalhador da despedida arbitrária[10], conforme disposição da lei, a qual preverá indenização e outros direitos, como o direito à reintegração do trabalhador ao emprego [11], por exemplo. Entretanto, enquanto não for editada a lei complementar mencionada, o percentual de indenização do FGTS é elevado para 40% (MARTINS, 2011, p. 375). Evidente, então, a omissão normativa, posto que até hoje não editada a lei complementar referida.

Seguindo a análise dos incisos do art. 7°, percebe-se outra lacuna legislativa quanto ao direito de licença-paternidade, no inciso XIX[12]. Prevendo a morosidade do Poder Legislativo, esse direito também foi regulado "provisoriamente" pelo art. 10, §1°, do ADCT,

---

[8] Queiroz Junior (1999, p. 96-106) defende a possibilidade de serem reconhecidos direitos fundamentais dos trabalhadores com assento infraconstitucional. Süssekind sustenta, no mesmo sentido, que "esse elenco é meramente exemplificativo, admitindo complementação" (1999, p. 79).

[9] "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; [...]".

[10] A Consolidação das Leis do trabalho entende por despedida arbitrária, "a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro", conforme redação do seu art, 165, *caput*.

[11] Esse direito – de reintegração - era previsto na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, de 1982, sobre Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Essa Convenção, ratificada pelo Brasil em 4 de janeiro de 1995, e promulgada pelo Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, buscava orientar, de modo geral, a legislação nacional para a garantia do emprego contra a dispensa imotivada (MARTINS, 2011, p. 372-373). Desse modo, suas disposições serviam como parâmetro, inclusive, para a lei complementar referida no inciso I do art. 7° da Constituição. Todavia, por pressões dos setores empresariais (KÜMMEL, 2004, p. 229), a Convenção foi denunciada, "em ato de duvidosa constitucionalidade" (SÜSSEKIND, 1999, p. 114), pelo Decreto n° 2.100, de 25 de dezembro de 1996, perdendo a vigência no ordenamento jurídico nacional. Em 19 de junho de 1997, foi proposta a ADI nº 1.625-2 questionando a constitucionalidade do decreto que denunciou a Convenção. O último movimento processual constante no site do STF é que o processo encontra-se no gabinete da Min. Ellen Gracie; contudo, esta se aposentou e foi sucedida pela Ministra Rosa Weber, proveniente do Tribunal Superior do Trabalho. Os Ministros Maurício Correia, Carlos Britto e Joaquim Barbosa votaram pela procedência da ADI. Esse assunto, por si só, rende uma pesquisa científica; portanto, para aprofundar, ver referências supra, bem como em Haddad (1998). O texto, na íntegra, da Convenção está disponível em: http://www.oit.org.br/printpdf/531 (acessado em 05 de junho de 2012).

[12] "XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;".

dispondo que "Até que a lei venha a disciplinar o disposto no Art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias".

Apreende-se, entretanto, que a falta da legislação referida acaba por mitigar o direito constitucional, na medida em que não há consenso sobre os aspectos desse direito. A doutrina trabalhista diverge quanto à licença-paternidade ser direito previdenciário, como é a licença-maternidade, ou direito trabalhista; quanto à necessidade de ser remunerado ou não[13]; bem como se pode ser somado à prerrogativa do inciso III[14], do art. 473, da CLT.

Há, ainda, o inc. XX, que promete uma "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei". O art. 373-A[15] da CLT, introduzido pela Lei n° 9.799/99, "[...] supriu em parte referida lacuna de eficácia, ao estabelecer vedações a condutas que discriminem o acesso da mulher ao mercado de trabalho, sem, nada obstante, prescrever incentivos a estimular a inserção da mulher no dito mercado" (QUEIROZ JUNIOR, 2006, p. 130).

Não se investigam quais seriam os incentivos específicos, entretanto, as diretrizes no tocante à proteção do trabalho da mulher, para a Organização Internacional do Trabalho,

> [...] giram em torno de duas preocupações fundamentais: a primeira é garantir a igualdade de oportunidades e de tratamento no acesso à formação, ao emprego, à organização e à tomada de decisões, e de lograr a igualdade de condições no que se refere a salários, às vantagens (contratuais), à seguridade social e às prestações de caráter social relacionadas com o emprego; a segunda é de proteger a mulher trabalhadora em especial no que se refere às condições de trabalho que possam representar riscos para a gestante. (SÜSSEKIND, 2000, p. 393).

---

[13] Martins (2011, p. 351), por exemplo, entende que "o fato de a licença paternidade ser um direito do empregado não implica que o empregador tenha de remunerá-la".

[14] "Art. 473. O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: [...] III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana;".

[15] "Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.".

Quanto ao inciso XXI, que trata sobre o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, há uma verdadeira conquista, haja vista que, até o advento da Lei n° 12.506, de 11 de outubro de 2011, não existia a regulamentação prevista no dispositivo constitucional.

Vigorava até então, os trinta dias mínimos previstos no inciso, mas de modo geral, e não proporcional ao tempo de serviço, como determinava a Constituição. Entretanto, após manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de julgar procedentes os mandados de injunção números 943, 1010, 1074 e 1090, os quais pleiteavam o direito, e regulamentar concretamente o aviso-prévio proporcional, operou-se uma incomum pressa no Congresso Nacional para regular a matéria, que ocasionou a edição da referida lei.

Outra lacuna refere-se à inexistência de legislação que regule o adicional de atividade penosa, direito previsto no inciso XXIII[16] do art. 7°. Apesar dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, previstos no mesmo dispositivo, terem sua devida regulamentação (por recepção da legislação infraconstitucional já existente quando da promulgação da Constituição em 05-10-1988), o adicional por atividade penosa "[...] nunca figurou em nossa legislação trabalhista" (SÜSSEKIND, 1999, p. 232).

Não obstante, outras legislações já fizeram referência à atividade penosa, especialmente quanto à aposentadoria especial. Nesse sentido, destaca-se o Decreto n° 53.831[17], de 15 de março de 1964, que em seu anexo traz exemplos de atividades consideradas penosas, das quais, elenca-se: a) "trabalhos permanentes no subsolo em operações de corte, furação, desmonte e carregamento nas frentes de trabalho"; b) "trabalhos permanentes, em locais de subsolo, afastados das frentes de trabalho, galerias, rampas, poços e depósitos, etc"; c) "motorneiros e condutores de bondes, motoristas e cobradores de ônibus, motoristas e ajudantes de caminhão"; d) "professores".

Outrossim, a Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, também prevê adicional de atividade penosa, no seguinte artigo: "Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento.".

Porém, ainda que o instituto já tenha sido referido por outras legislações do ordenamento brasileiro, a regulamentação específica do inc. XXIII permanece ausente, de forma que tal direito também é inviabilizado.

---

[16] "XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;".
[17] Esse decreto foi revogado expressamente pelo Decreto n ° 62.755/68.

Por fim, elenca-se o inc. XXVII que, na forma da lei, prevê proteção ao trabalhador em face da automação industrial. Trata-se de uma proteção diante da crescente mecanização e desenvolvimento de novas tecnologias que substituem o homem pela máquina, em todos os seus aspectos.

Rifkin (1995, p. 3), em 1994[18], já constatava que o número de desempregados cresceria acentuadamente, "[...] à medida que milhões de ingressantes na força de trabalho sem emprego se encontrarão, e muitos desses, vítimas de uma revolução tecnológica que está substituindo rapidamente seres humanos por máquinas virtualmente todo setor e indústria da economia global.".

No Brasil, pode-se elencar, na regulamentação do mencionado inciso XXVII, apenas a Lei n° 9.956/2000 que vedou a utilização de bombas de combustível de auto-serviço, operadas pelo próprio consumidor.

A referida legislação veda a utilização da tecnologia, no intuito de proteger uma determinada profissão. No entanto, essa proteção expressa na lei deveria ser muito mais ampla, segundo Süssekind (1999, p. 279-280),

> As despedidas coletivas, motivadas pelo implemento de nova tecnologia, deveriam ser submetidas a procedimentos especiais, na tentativa de reduzi-las ao mínimo indispensável, estipular justos critérios e promover a readaptação profissional dos trabalhadores atingidos.

Percebe-se que, dada à crescente evolução tecnocientífica, a proteção à automação industrial adquire relevos maiores que em sua acepção original. Pois se, quando da confecção da Carta Constitucional, pensava-se na simples substituição do homem pela máquina, atualmente, outras questões surgem.

Nesse sentido, destaca-se o desenvolvimento no setor informacional, no qual Silva (2008, p. 1316-1317) ressalta que

> [...] as novas tecnologias da área da informação promoveram movimentos de exclusão e de inclusão: exclusão porque todos aqueles que não detinham conhecimento suficiente ou que não conseguiram se adequar aos novos padrões utilizados em muitas empresas foram substituídos; em contrapartida, quem tinha desenvolvido habilidades e adquirido conhecimento nesta área conseguiu boas colocações no mercado de trabalho.

Kümmel e Silva (2011, p. 67) identificam ainda outro desafio que também pode ser inserido no dispositivo em comento, trata-se do risco biotecnológico "[...] resultado das

[18] Data da primeira edição da obra.

pesquisas e estudos com seres vivos, que se encontram em franca expansão nos Estados mais desenvolvidos, cujos reflexos, todavia, têm alcance global.”. O problema toma forma no caso do empregador ter à sua disposição os dados genéticos dos candidatos ao emprego, e, com isso, poder selecioná-los conforme melhores genes, insuscetíveis do acometimento de doenças, por exemplo (2011, p. 73). Nesse caso, a proteção ao empregado se torna ainda mais imperativa, quando se percebe que os trabalhadores não têm acesso a essas informações, o que os torna mais vulneráveis (2011, p. 76).

Essas questões expostas inserem-se no amparo do inc. XXVII do art. 7°, e também exigem regulamentação pela ainda ausente normatização protetiva.

Cabe referir que, não obstante haja omissão nos dispositivos apontados, a maioria desses direitos “[...] operam-se pela via das normas autônomas [...] por intermédio dos acordos individuais e dos acordos ou convenções coletivas” (QUEIROZ JÚNIOR, 2006, p. 136). Obviamente que isso não leva à perda de relevância da omissão inconstitucional, pelo contrário, legitimam a necessidade da legislação infraconstitucional que instituirá padrões mínimos para efetivação do direito, além de estender-se a todos os empregados, independente de negociação.

Na sequência, será abordado, então, quando essas omissões normativas constituir-se-ão em inconstitucionalidade, passíveis do ajuizamento de mandado de injunção.

2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A omissão normativa ocorre quando não existe legislação que regule determinado direito. No entanto, nem toda omissão normativa é considerada inconstitucional, pois somente acontecerá quando essa ausência de lei ferir a Constituição. Nesse sentido, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 1076) a definem como a “[...] inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto em comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação”.

Quando a Carta Magna submete a eficácia da norma constitucional de direitos fundamentais à produção legislativa ulterior, vincula o legislador infraconstitucional, criando um dever jurídico-constitucional, pois quando se faz aquilo que a Constituição proíbe, ou quando se deixa de fazer o que determina, a imperatividade de sua norma é vulnerada (BARROSO, 2009, p. 154). Nas palavras de Bitencourt Neto (2009, p. 101):

> Se é certo que os direitos sociais à prestações fáticas estão submetidos à liberdade de conformação legislativa, a Constituição de 1988 também impõe o dever de legislar, isto é, a liberdade de meios não induz a liberdade de regulamentar ou não

> o direito. Do contrário, tais direitos não seriam fundamentais, estaria sob o jugo das maiorias a decisão sobre a sua implementação, o que não condiz com disposição expressa do texto constitucional, que, no Capítulo II do Título II, dá expressamente aos direitos sociais a qualidade de direitos fundamentais.

Nesse sentido, esclarece-se que normalmente o legislador tem a faculdade de legislar, e nem todo *non facere* constitui-se uma afronta à Constituição. Entretanto, "[...] nos casos que a Lei maior impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora de atuação de determinado preceito constitucional, tal abstenção será ilegítima, e configurará uma inconstitucionalidade por omissão" (BARROSO, 2009, p. 158).

E, em se tratando de normas constitucionais de direitos fundamentais, a omissão que as inviabiliza é evidentemente relevante. Canotilho (1993 *apud* MORAES, 2009, p. 770) esclarece

> A omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever –jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas.

Caracterizada a inconstitucionalidade por omissão, tem-se o problema: a inviabilidade de exercício de direitos fundamentais. Fica evidente, portanto, que a mera declaração ou reconhecimento de um direito não é suficiente, ainda mais quando se trata de direitos fundamentais do homem, os quais, ao serem constitucionalizados, passam a desfrutar uma posição de relevo, perante o ordenamento jurídico interno (TAVARES, 2009, p. 855). Por isso, passa-se a analisar os mecanismos que a Constituição prevê para suprir a omissão inconstitucional.

2.1 MECANISMOS CONSTITUCIONAIS PARA SUPRIR OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Considerando a possibilidade de omissão normativa e para, então, "[...] assegurar a supremacia e rigidez da ordem constitucional são criados instrumentos jurídicos capazes de eliminar as violações à Constituição" (PIOVESAN, 2003, p. 84-85). Assim, frente às omissões inconstitucionais, a própria Constituição dispõe da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2°) e do mandado de injunção, garantido no art. 5°, inc. LXXI.

Quanto ao primeiro mecanismo, trata-se de ação do controle de constitucionalidade concentrado. Sua legitimação ativa é prevista constitucionalmente em rol taxativo, que não

inclui o cidadão, "[...], pois está reservada aos entes elencados pelo art. 103, I a IX." (PIOVESAN, 2003, p. 114).

Além disso, sua eficácia, ao menos na prática, é declaratória, na medida em que se limita à declaração da inconstitucionalidade por omissão, e em dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Critica-se, porém, a ação constitucional, uma vez que ineficaz. Barroso (2009, p. 168) censura, arguindo que

> Dar "ciência" é ato de reduzida valia jurídica, na medida em que não cria qualquer vínculo. Admite-se, é certo, que ele possua efeito moral e político, mas a eventual recalcitrância do órgão legislativo perpetuará, sem qualquer sanção, a inobservância do comando constitucional.

No mesmo sentido, Piovesan (2003, p. 126) percebe que, em razão do efeito meramente declaratório da inconstitucionalidade e da simples ciência ao legislador, "[...] este instrumento se torna insuficiente e insatisfatório para efetivação das normas constitucionais.". A própria Corte Constitucional reconhece a limitação da ação de inconstitucionalidade por omissão, pois no julgamento da ADI nº 1.458[19], o Ministro Celso de Mello pontuou

---

[19] EMENTA: DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO. - A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. - O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) -, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. [...] (ADI 1458 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996, STF).

> A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. (BRASIL, 1996).

Todavia, o segundo mecanismo apresenta-se distinto da ação de inconstitucionalidade por omissão, porque o mandado de injunção, já na sua concepção[20], quando discutido na Assembleia Nacional Constituinte, tinha a vocação de concretizar, integrar judicialmente a lacuna que a omissão ocasionava; enquanto a ação de inconstitucionalidade visa apenas "dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias", conforme §2° do art. 103.

Logo, trata-se de uma ação judicial, "[...] que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa-regulamentadora, para que se viabilize o exercício concreto de direitos e liberdades constitucionalmente previstos" (TAVARES, 2009, p. 973). O texto legal que prevê o remédio constitucional, *ex vi* do inc. LXXI do art. 5°, assim dispõe: "LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;".

Diferindo do primeiro mecanismo, este não é ação do controle concentrado de constitucionalidade, mas remédio constitucional concebido para garantir direitos fundamentais. A diferença não é apenas doutrinária, basta perceber que a legitimidade ativa será de qualquer cidadão titular de direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora, enquanto na ação de inconstitucionalidade por omissão a legitimação ativa é pré-fixada *numerus clausus*.

O mandado de injunção nem sempre teve o efeito integrador mencionado; pelo contrário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só recentemente admitiu a possibilidade de concretizar judicialmente o direito obstado.

Logo após a promulgação da Lei Fundamental de 1988, por ser uma ação judicial inédita, sem previsões em Constituições anteriores, nem mesmo no direito comparado, havia certo descaso com o mandado de injunção. Ora, chegou a se cogitar que o mandado de injunção, para ser utilizado, necessitaria de norma que o regulamentasse; pois "[...] não faltou

---

[20] Conforme Ata da Reunião de Instalação da Comissão de Sistematização da Constituição: "pretende introduzir no Direito brasileiro o denominado mandado de injunção, que se origina no sistema americano e no common law através dos injunctions, que se destinam exatamente àquilo que não é abrangido pelas leis de inconstitucionalidade por omissão e por ação; destinam-se, pois, a proteger e assegurar a realização concreta dos direitos, garantias e liberdades constitucionais e de suas prerrogativas, através de medida judicial típica e dirigida para este objetivo." (BRASIL, 1987, p. 282).

quem cultivasse a ironia de sustentar que o instituto criado precisamente para superar a paralisia resultante de normas constitucionais não auto-aplicáveis, não era em si auto-aplicável" (BARROSO, 2009, p. 254). Ironicamente, ainda não há legislação específica para regular o mandado de injunção; de forma que, consoante parágrafo único do art. 24 da Lei n° 8.038/90, "no mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.".

Quando do primeiro julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção (MI) nº 107[21], o instituto ganhou algum contorno, embora muito acanhado. Sua procedência tinha, praticamente, os mesmos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão, isto é, uma eficácia declaratória quando à constitucionalidade.

Por muitos anos, esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal[22], pois "[...] o Tribunal entendeu, e assim firmou sua jurisprudência, no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas." (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 1261).

Dessa forma, existiam dois instrumentos jurídicos – mandado de injunção e ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão – com idêntica finalidade: declarar a omissão inconstitucional e dar ciência da omissão ao órgão competente; o que, segundo PIOVESAN (2003, p. 151) demonstrava ausência de razoabilidade, logicidade e coerência do sistema constitucional, na medida em que limitava a legitimidade ativa para proposição da ação declaratória de inconstitucionalidade, no entanto, abria, no mandado de injunção, para qualquer pessoa.

Paulatinamente, avanços eram alcançados, na medida em que a doutrina criticava intensamente a posição tímida adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, reconheceu-se

---

[21] EMENTA: Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, e ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., LXXI, dos quais o exercício esta inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providencias necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. - assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte - que esta devidamente definida pelo artigo 102, i, 'q' -, autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe e analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator. (MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990, STF).

[22] O primeiro MI que o STF teve oportunidade de julgar teve decisão em 23 de novembro de 1989; entretanto, no julgamento "a Corte partiu do princípio de que a solução recomendava a expedição de normas geral ou concreta haveria de ser desde logo afastada" (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 1260).

que a similitude com a ação de controle de constitucionalidade não poderia permanecer, uma vez que seria ilógica a previsão de dois institutos constitucionais com o mesmo fito declaratório.

Dessa forma, no julgamento do MI 283[23], a Corte Constitucional "[...] estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados" (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 1262). Outra decisão que promoveu um avanço ocorreu no julgamento do MI 232[24]. Tavares (2009, p. 977) reconhece que o

> Supremo Tribunal foi mais além para reconhecer, após vencido o prazo razoável para que o Congresso editasse a legislação adequada, o direito de o interessado passar a gozar da imunidade, ainda que não atendesse os requisitos estabelecidos em lei, como determina desde 1988 a Constituição, no art. 195, § 7°, justamente, por não haver lei.

Nesse sentido, a Corte começou a admitir a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, em semelhança à sentença aditiva, proveniente do direito italiano (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 1264). A decisão no âmbito concreto *inter partes* caracterizou-se em importante conquista, comemorada pela doutrina, que há muito clamava pela diferenciação do instituto da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Contudo, a ampliação máxima de reconhecimento do mandado de injunção se deu por ocasião do julgamento do MI 670[25]. Os impetrantes dessa ação pleiteavam o exercício do

---

[23] EMENTA: Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos. [...] (MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991, STF).

[24] EMENTA: Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992, STF).

[25] EMENTA: mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso vii). Evolução do tema na jurisprudência do supremo tribunal federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nºs 7.701/1988 e 7.783/1989. [...] (MI 670, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206, STF).

direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, inc. VII, que, por ausência de norma reguladora, era inviabilizado. Determinou-se, portanto, em fundamentada decisão, que enquanto não se suprisse a omissão legislativa, fosse aplicada a Lei n° 7.783/89, que trata do exercício do direito de greve no âmbito da iniciativa privada. Porém, não apenas aos postulantes, mas em caráter geral, ou seja, estabeleceu-se eficácia *erga omnes*. Não por acaso, embora na área pública, a decisão precursora tratava de um problema de direito do trabalho.

A decisão, por óbvio, gerou frêmitos, principalmente quanto ao Poder Legislativo, pois, alguns entendem que há afronta à separação dos Poderes. Entretanto, para a maioria da doutrina, a decisão foi bem-vinda. Nesse sentido, Barroso (2009, p. 274) comemora,

> Com essa decisão, o STF finalmente diferenciou, no que concerne aos efeitos, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conferindo ao primeiro a potencialidade de afastar, desde logo, a omissão inconstitucional. Trata-se de um avanço capaz de retirar do limbo o mandado de injunção, sobretudo pelo fato de o STF ter admitido a possibilidade de dar à decisão eficácia *erga omnes*, a despeito da inexistência de previsão legal ou constitucional nesse sentido.

Dessa forma, tem-se, atualmente, que o mandado de injunção se presta à efetiva solução das omissões inconstitucionais que inviabilizem o exercício de direitos fundamentais, através da posição concretista da Corte Constitucional brasileira. Nesse sentido a utilização do mandado de injunção para provocar a atuação do STF no âmbito da omissão legislativa visa

> [...] a concretização de direitos cuja omissão legislativa impedia o seu exercício. Logo, é por vontade do constituinte originário que ao Poder Judiciário compete suprir os vácuos legislativos.
>
> Assim, não há extrapolação de competência quando o STF exerce a jurisdição e dá efetividade às normas constitucionais. (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 219).

Entretanto, cumpre, no presente trabalho, verificar a possibilidade de utilizar a ferramenta para suprir lacunas que impossibilitam o exercício de normas constitucionais trabalhistas, as quais são direitos fundamentais, como já referido.

2.2 CABIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO PARA INTEGRAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS DE EFICÁCIA LIMITADA

O mandado de injunção é remédio constitucional, consagrado no inc. LXXI do art. 5° da Constituição de 1988, “[...] apto a superar a falta da lei que inviabilize o exercício de uma posição ativa jusfundamental.” (BITENCOURT NETO, 2009, p. 143).

Para verificar o cabimento do instrumento jurídico quanto às omissões inconstitucionais em direitos fundamentais trabalhistas, mister identificar quais são as condições específicas para sua impetração. Nesse sentido, Barroso (2009, p. 255) enumera dois pressupostos:

> a) a indicação de um direito ou liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania cujo exercício esteja inviabilizado; e b) a ausência de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa demandada, criando a indesejável inviabilização.

Já se viu que os direitos elencados nos incisos do art. 7° constituem-se em verdadeiros direitos fundamentais, gozando de todas as prerrogativas inerentes a essa categoria de direitos. Na mesma linha, podem-se identificar direitos fundamentais trabalhistas que, por carecerem de norma regulamentadora, tem sua fruição inviabilizada.

Dessa forma, tem-se que iniludível o cabimento do instituto na tentativa de viabilizar os direitos estudados. No entanto, o desafio maior centra-se na possibilidade do mandado de injunção suprir a lacuna normativa, garantindo o efetivo gozo dos direitos constitucionais.

Antes, porém, de adentrar na questão dos efeitos, cumpre verificar a legitimidade ativa e passiva da referida ação. Quanto à legitimidade ativa não há grandes dissensos, posto que legítima toda e qualquer pessoa, titular do direito subjetivo obstado pela omissão, que, no presente caso, é o empregado subordinado. Além disso, no julgamento do MI nº 361[26], o Supremo Tribunal Federal passou a admitir acertadamente a impetração coletiva por sindicatos, entidades de classe ou associações.

Importante referir que o Ministério Público do Trabalho, autorizado pelo art. 83, inc. X, da Lei Complementar n° 75/93, também poderá "[...] promover mandado de injunção, quando a competência for da Justiça do Trabalho", caso que serão tutelados direitos difusos e coletivos (BARROSO, 2009, p. 263).

Quanto aos sujeitos que figurarão no polo passivo há divergência entre a doutrina e a jurisprudência, a qual, paulatinamente, adere aos apelos doutrinários. Assentou-se, inicialmente, no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1991) que "Somente pessoas estatais podem figurar no polo passivo da relação processual instaurada com a impetração do

---

[26] EMENTA: Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5°, LXX, da Constituição. Legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e medias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, tem interesse comum na eficácia do art. 192, par. 3°, da Constituição, que fixou limites aos juros reais. (MI 361, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/1994, STF).

mandado de injunção, eis que apenas a ele é imputável o dever jurídico de emanação de provimentos normativos.“.

Tal posicionamento é oriundo da atribuição de eficácia mandamental ao instrumento pela Corte Constitucional (BARROSO, 2009, p. 265), corroborado pela divisão de competências estabelecida pelo texto constitucional[27]. Todavia, “[...] quando o texto constitucional fixa ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça tais competências, não está, com isso, a apontar o polo passivo da ação do mandado de injunção” (PIOVESAN, 2003, p. 146), mas apenas dividir as competências para julgamento.

Não obstante, com a evolução do instituto para uma eficácia constitutiva, tem-se admitido a formação de litisconsórcio passivo entre o órgão público inerte e a parte privada ou pública sobre a qual recairá o ônus da concessão da ordem, como ocorrera no julgamento do MI nº 305, no qual se admitiu a inclusão dos bancos aos quais se imputava a cobrança extorsiva de juros (BARROSO, 2009, p. 265); bem como nos mandados de injunção[28] que pleiteavam a implementação do aviso-prévio proporcional, nos quais também se formou litisconsórcio passivo entre o Congresso Nacional e a empresa Vale S/A, empregadora dos impetrantes.

Dessa forma, o Supremo condescende com a doutrina que reputa necessária a inclusão da parte privada ou pública que se verá obrigada a suportar os efeitos da concessão da injunção. Piovesan (2003, p. 145) sustenta, inclusive, que “[...] no mandado de injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção [...] e não recai, sobre a autoridade competente para elaborar a norma reguladora faltante.”.

Não obstante, parece correta a posição exposta por Barroso (2009, p. 264), no sentido de existir litisconsórcio passivo necessário formado pela autoridade que se imputa a omissão e a parte privada ou pública que suportará as consequências de eventual desfecho favorável ao impetrante. Nesse sentido, o empregado que teve seu direito fundamental inviabilizado pela omissão inconstitucional impetrará o remédio constitucional contra o órgão que se atribui a

---

[27] O art. 102, inc. I, alínea *q*, prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;”. Enquanto, seguindo o art. 105, inc. I, alínea h, cabe ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do “mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;”.

[28] MIs n°s 943, 1010, 1074 e 1090.

omissão e seu empregador que, em eventual procedência, se verá obrigado a prestar o direito concretamente[29]. Essa medida possibilita, inclusive, o contraditório e a ampla defesa do empregador, em consonância com a garantia do inc. LV do art. 5° da Constituição; bem como, é imperativa para que se atribua efeitos concretos ao mandado de injunção, atingindo sua esfera jurídica.

Superada a questão da legitimidade das partes, verificam-se os efeitos da procedência da ação, conforme a mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de atribuir eficácia constitutiva, no lugar da eficácia meramente mandamental. Logo, tem-se como firmada a atribuição de efeitos concretos ao mandado de injunção, no sentido de garantir o direito fundamental.

Dessa forma, em um primeiro momento, convém a análise da eficácia no tempo, ou seja, ao julgamento serão atribuídos efeitos *ex tunc*, retroativo, ou *ex nunc*, a partir de então; em seguida, será apreciado o alcance do julgamento, com eficácia *inter partes*, limitada aos postulantes, ou atribuição da eficácia *erga omnes*, oponível contra todos.

Em geral, percebe-se que a doutrina não enfrenta os efeitos da concessão da injunção retroativamente; no entanto, cabe elaborar uma proposição para a questão. Para ilustrar, pode-se tomar como exemplo um empregado que trabalha em uma atividade penosa: poderia ele ser indenizado, em eventual procedência de mandado de injunção, por período trabalhado antes da impetração do remédio?

Para responder a questão, percebe-se, com efeito, que o empregador, ao deixar de pagar adicional por atividade penosa, não incorre em ilegalidade, justamente pela ausência de lei. Nesse sentido, tem-se que o princípio da legalidade, que consagra a máxima "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", prevalece nessa situação, impedindo que o empregador seja condenado ao pagamento retroativo do adicional de penosidade.

Não obstante, parece razoável que a procedência do remédio concretizador imponha condenação ao empregador a partir da citação para responder ao mandado de injunção. Essa posição baseia-se em uma analogia ao art. 219 do Código de Processo Civil, em que a citação constitui em mora o devedor. Dessa forma, o empregador, integrando o polo passivo da ação constitucional, poderia vir a ser compelido ao pagamento do adicional de penosidade.

Quanto ao alcance do julgamento, ao contrário do ponto anterior, há relevante contenda doutrinária, principalmente após o julgamento do MI nº 670, sobre o direito de

[29] As observações são também compartilhadas por Hachem (2012, p. 172-173).

greve dos servidores públicos. Nessa senda, a atribuição de eficácia *erga omnes* ao julgamento do mandado de injunção gerou intensas críticas doutrinárias, pois, segundo Pucinelli Júnior (2007, p. 186-188) há violação do princípio da separação dos poderes, na medida em que não cabe ao Poder Judiciário elaborar norma geral e abstrata, mas, em julgamento do remédio concretizador, apenas colmatar a lacuna *inter partes*.

Todavia, destaca-se o posicionamento de Barroso (2009, p. 274) que julga o fato de o Supremo Tribunal Federal ter dar à decisão eficácia *erga omnes*, verdadeiro "[...] avanço capaz de retirar do limbo o mandado de injunção". Principalmente, quando se nota que o objeto da ação é concretizar direitos fundamentais inviabilizados.

A atribuição de eficácia geral constitui-se verdadeira censura à omissão do Poder Legislativo, pois, como observado no julgamento do MI nº 670, "[...] ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, pode tão somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina" (BRASIL, 2007). A inércia do órgão legislativo constitui-se em afronta à supremacia da Constituição, pois, como observa Silva (2011, p. 46), "[...] nem governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental.".

Constata-se ainda, que a mora do Poder Legislativo, atualmente, é de 23 anos; evidenciando o descaso com certos direitos fundamentais que o Poder Constituinte tentou garantir. Dessa forma, o mandado de injunção "[...] serve justamente para evitar a eternização dessa situação de desrespeito à força normativa da Constituição." (BARROSO, 2009, p. 275).

Sem embargo, cabe enfrentar o princípio da separação dos poderes, que em análise superficial, parece estar sendo violado. Entretanto, a própria Constituição consagra o instrumento jurídico como legítimo para o controle das omissões constitucionais. Pode-se dizer, então, que se trata de uma situação excepcional, considerando a relevância dos direitos fundamentais, em que se admitir a "[...] definição política do juiz significa manter a integridade mesma do sistema constitucional" (BITENCOURT NETO, 2009, p. 129-130).

O inc. XXXV do art. 5° consagra ainda que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Ora, o indivíduo, titular de direito subjetivo não exercível pela omissão legislativa, sofre iniludível lesão, portanto, passível de controle judicial.

Além disso, Barroso (2009, p. 274) pondera que "[...] a adoção de um regime temporário não impede a atuação superveniente do Poder omisso"; pelo contrário, a eficácia *erga omnes* pressiona o Poder Legislativo a editar a norma regulatória. Isso foi claramente

percebido, quando na edição da Lei n° 12.506/2011, que tratou de regular o aviso-prévio proporcional. Meses antes da edição da lei, o Supremo Tribunal Federal havia se manifestado no sentido de julgar procedentes os mandados de injunção n°s 943, 1010, 1074 e 1090, os quais pleiteavam a fruição do direito previsto no inc. XXI do art. 7° da Constituição, e ainda, supriria a lacuna legislativa, criando parâmetros para a viabilização do direito[30].

Por fim, a legitimação do Ministério Público do Trabalho, pelo art. 83, inc. X da Lei n° 75/93, para impetrar o mandado de injunção em matéria trabalhista, acaba por confirmar a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes*, posto que o *Parquet* postularia pelos direitos coletivos e difusos, de modo que a decisão aproveitaria a todos os trabalhadores titulares do direito inviabilizado.

Assim sendo, o mandado de injunção apresenta-se como instrumento jurídico apto e viável a suprir as omissões normativas que impossibilitam o exercício e fruição de direitos fundamentais trabalhistas, inviabilizados pela histórica inércia do Poder Legislativo, na medida em que é possível a atribuição de efeito concreto ao remédio constitucional, e, igualmente, eficácia *erga omnes*, mas *ex nunc*, permitindo o efetivo e justo exercício dos direitos fundamentais trabalhistas consagrados na Constituição de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988, intitulada de Constituição Cidadã por primar pela plena realização da cidadania, consagrou-se pela reconquista e ampla previsão dos direitos fundamentais. Dentre tantos avanços, destaca-se a inclusão de direitos trabalhistas na categoria de direitos fundamentais, pela previsão do art. 7° dentro do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

No entanto, apesar de destacada relevância que foi atribuída aos direitos trabalhistas, percebe-se que muitos dos direitos consagrados não eram auto-aplicáveis, mas de eficácia limitada, posto que dependiam da atuação do legislador para tornar possível seu exercício. Assim, foi analisado todo o art. 7° da Constituição, no intuito de identificar os direitos fundamentais trabalhistas que, pela omissão legislativa, não são, atualmente, exercitáveis; de forma que foi identificado considerável número de direitos olvidados pelo legislador.

O Poder Constituinte, prevenido da histórica inércia do Poder Legislativo, tratou de prever mecanismos constitucionais para tornar viáveis os direitos fundamentais. Assim, sagrou-se a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, consoante §1° do art. 5°, e o

---

[30] Conforme notícia veiculada no site do STF; disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667>. Acesso em 21 de junho de 2012.

mandado de injunção, pelo inc. LXXI do mesmo dispositivo, um remédio constitucional para tornar exercível determinado direito fundamental inviabilizado pela omissão inconstitucional.

Não obstante, em um primeiro momento, a ação constitucional, talvez por ser inédita no ordenamento jurídico brasileiro, teve aplicação assaz tímida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, por intensas críticas doutrinárias, acabou, paulatinamente, alterando a interpretação acerca do instrumento. Assim, no julgamento do MI nº 670, em que se pleiteava a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, foi atribuído efeito concreto e *erga omnes*, alterando completamente a posição da Corte.

Dessa forma, tomou-se o julgamento do mandado de injunção referido como paradigma para uma concretização dos direitos fundamentais trabalhistas não exercitáveis em razão da inércia legislativa.

Em um primeiro momento, restou demonstrado que os direitos fundamentais trabalhistas inviabilizados pela omissão inconstitucional, conforme elencados na segunda parte da primeira seção, posto que presente o nexo causal entre o *vacum juris* e a impossibilidade de exercício de direitos e liberdades constitucionais.

Em seguida, analisou-se a legitimidade passiva do mandado de injunção, pelo qual, firmou-se a necessária formação de litisconsórcio passivo entre o órgão omisso e a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual injunção, que, no presente caso, seria o empregador.

A eficácia da decisão, todavia, que se apresentou como o maior desafio, de forma que foi analisado quanto ao tempo (eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*) e ao alcance (eficácia *inter partes* ou *erga omnes*). Quanto àquele, entende-se razoável a aplicação *ex nunc*, pois em eventual condenação retroativa ao empregador, pelo direito constitucional não exercido, encontraria óbice no princípio da legalidade. Por outro lado, cabível a condenação do empregador a partir da citação para responder ao mandado de injunção, em analogia ao art. 219 do Código de Processo Civil, em que a citação constitui em mora o devedor.

Sem embargo, quanto ao alcance, tomando como paradigma o julgamento do MI nº 670, a eficácia *erga omnes* e *ex nunc* apresentou-se plenamente aplicável, constituindo-se em efetiva medida de censura à inércia do legislador despreocupado com os direitos fundamentais trabalhistas. Pode o mandado de injunção, inclusive, ser proposto pelo Ministério Público do Trabalho, em defesa de direitos difusos e coletivos dos trabalhadores.

Assim, conclui-se que a omissão inconstitucional em matéria de direitos fundamentais trabalhistas pode ser suprida pelo mandado de injunção, que poderá ser utilizado como verdadeiro remédio constitucional do empregado para sanar essa “doença”

histórica, mas atual, que é a inércia do Poder Legislativo; pois tal como assevera Bobbio (1992, p. 34), "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.".

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais.* Salvador: JusPodivm, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Ata da Reunião de Instalação da Comissão de Sistematização da Constituição*,1987. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/sistema.pdf>. Acesso em: 22 jun 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.458-DF.* Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS X Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min Sepúlveda Pertence. 23 de maio de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347068>. Acesso em: 21 de junho de 2012.

_____. _____. *Mandado de Injunção 107-DF.* José Emídio Teixeira Lima X Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>. Acesso em: 22 de junho de 2012.

_____. _____. *Mandado de Injunção 232-RJ.* Centro de Cultura Prof. Luiz Freire X Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. 2 de agosto de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759 >. Acesso em: 22 de junho de 2012.

_____. _____. *Mandado de Injunção 283-DF.* Alfredo Ribeiro Daudt X União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 20 de março de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>. Acesso em: 22 de junho de 2012.

_____. _____. *Mandado de Injunção 305*. Jair Athaide Comércio e Exportação de Café LTDA X Congresso Nacional, Banco Safra S/A, Banco Bradesco de Investimentos S/A, Banco do Estado de São Paulo S/A e Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Marco Aurélio. Impetrado em 19 de abril de 1991.

_____. _____. *Mandado de Injunção 335-DF*. Carvalho Café e Alimentos LTDA X Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. 09 de setembro de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325448>. Acesso em: 21 de junho de 2012.

_____. _____. *Mandado de Injunção 361-RJ*. Sindicato das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Comércio do Estado do Rio de Janeiro X Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. 08 de abril de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794>. Acesso em: 22 jun. 2012.

_____. _____. *Mandado de Injunção 670-ES*. Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo X Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa. 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 22 de junho de 2012.

_____. _____. *Mandado de Injunção 943*. Raimundo Nonato de Almeida X Congresso Nacional, Presidente da República e Vale S/A. Min. Gilmar Mendes. Impetrado em 12 de janeiro de 2009.

_____. _____. *Mandado de Injunção 1010*. Luiz Vieira Santos X Congresso Nacional, Presidente da República e Vale S/A. Min. Gilmar Mendes. Impetrado em 02 de março de 2009.

_____. _____. *Mandado de Injunção 1074*. José Geraldo da Silva X Congresso Nacional, Presidente da República e Vale S/A. Min. Gilmar Mendes. Impetrado em 05 de abril de 2009.

_____. _____. *Mandado de Injunção 1090*. Jonas de Melo Junior X Congresso Nacional, Presidente da República e Vale S/A. Min. Gilmar Mendes. Impetrado em 05 de abril de 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*: e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos.* São Paulo: Saraiva, 2009.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego*:* algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. *Revista do TST*, Brasília, v. 71, n. 3, p. 47-77, set/dez-2005.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de injunção e direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

HADDAD, José Eduardo. *Aspectos controvertidos de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

KÜMMEL, Marcelo Barroso. As convenções da OIT como instrumento dos direitos humanos trabalhistas e sua posição no ordenamento jurídico brasileiro. *In:* KÜMMEL, Marcelo Barroso; VIEIRA, Gustavo Fontoura. (Orgs.). *Revista do Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho de Santa Maria.* Direitos Humanos do Trabalhador: Efetividade em Tempos de Globalização. Org.: V.1, n. 1. Santa Maria, 2005, p. 217-230.

KÜMMEL, Marcelo Barroso. SILVA, Rosane Leal. Globalização e intimidade: o risco biotecnológico e seus reflexos sobre o mundo do trabalho. *Revista Estado, Direito e Sociedade*. Pontifícia Universidade Católica do Rio do Janeiro. n. 37, jul./dez.2010, p. 62-79.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. *A intangibilidade dos direitos trabalhistas.* São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho.* São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* São Paulo: Atlas, 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões normativas.* Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: RT, 2003.

PUCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador.* São Paulo: Saraiva, 2007.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988.* São Paulo: LTr, 2006.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas.* Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

RIFKIN, Jeremy. *O Fim dos Empregos.* O Declínio Inevitável dos Níveis dos Empregos e a Redução da Força Global de Trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995.

ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos.* São Paulo: LTr, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais*:* Seu Conteúdo, Eficácia e Efetividade no atual marco Jurídico-Constitucional Brasileiro. *Revista Justiça do Trabalho*. Ano 26, n. 305. Porto Alegre: HS Editora, 2009, p. 7-38.

SILVA, José Afonso da. *A aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Rosane Leal da. Regulação ou emancipação? Os desafios do Estado Brasileiro na Era Digital. In: *Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI,* XVII, 2008, Salvador. Anais. p. 1308-1327.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Direito internacional do trabalho.* São Paulo: LTr, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.