

Técio Lins e Silva
Ilídio Moura
Leticia Jost Lins e Silva
Darcy de Freitas
Adriano Prata Pimenta
Matra Fernandes
ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS – ABRAINC, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 18.098.682/0001-82, com sede na Rua Dr. Bacelar, 1043, Sala A, Vila Mariana, Município de São Paulo – SP, CEP 04026-002, vem, por seus advogados abaixo assinados (doc. 1), com fundamento no artigo 102, inciso I, alíneas “a” e “p” da Constituição Federal de 1988¹ e nos moldes da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999², propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
com pedido de medida cautelar

para ver declarada a **inconstitucionalidade da Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011**³, que “*Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a Portaria MTE nº 540, de*

¹**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente;

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...].

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; [...].

² Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

³ DOU de 13-15-2011 Seção I pág. 9.

19 de outubro de 2004” e, conseqüentemente, da mencionada **Portaria nº 540, de 19 de outubro de 2004**, a qual criou o Cadastro, também eivada de inconstitucionalidade (doc. 2).

1. Urge que se realize o presente controle de constitucionalidade, pois a norma impugnada, editada na louvável intenção de fazer valer a dignidade e a liberdade da pessoa humana, negou vigência a normas também constitucionais e de igual envergadura.

2. Registre-se que o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Portaria não significa menosprezo à legislação nacional e internacional de combate ao trabalho escravo, e muito menos uma defesa de prática tão odiosa, a qual a Requerente repudia com veemência, ao passo que enaltece a construção de uma sociedade livre, a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho.

3. *In casu*, o que se discute são as inconstitucionalidades perpetradas pelos Ministros de Estado que, por meio absolutamente impróprio, legislaram e criaram restrições em total descompasso com o único dispositivo legal a tratar da prática de trabalho escravo no ordenamento jurídico pátrio - artigo 149 do Código Penal.

4. Em que pese o nobre movimento institucional a prestigiar os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, não podem ser mitigados os corolários da reserva legal, da presunção de inocência, da separação de poderes e do devido processo legal, pois **“a interpretação não é conforme um artigo da Constituição, a interpretação é conforme a Constituição na sua unidade, na sua ideologia”**⁴.

I. O ATO NORMATIVO FEDERAL IMPUGNADO

5. A inconstitucional Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011, ora submetida à análise da Suprema Corte, possui a seguinte redação:

⁴ ADI 4078/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Red. p. acórdão Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, Dje-072 de 13-4-12

O MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO e a MINISTRA DE ESTADO CHEFE DA SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhes confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, e tendo em vista o disposto no art. 186, incisos III e IV, ambos da Constituição Federal de 1988, resolvem:

Art. 1º Manter, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, originalmente instituído pelas Portarias n.ºs 1.234/2003/MTE e 540/2004/MTE.

Art. 2º A inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo.

Art. 3º O MTE atualizará, semestralmente, o Cadastro a que se refere o art. 1º e dele dará conhecimento aos seguintes órgãos:

I - Ministério do Meio Ambiente;

II - Ministério do Desenvolvimento Agrário;

III - Ministério da Integração Nacional;

IV - Ministério da Fazenda;

V - Ministério Público do Trabalho;

VI - Ministério Público Federal;

VII - Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República;

VIII - Banco Central do Brasil;

IX - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES;

X - Banco do Brasil S/A;

XI - Caixa Econômica Federal;

XII - Banco da Amazônia S/A; e

XIII - Banco do Nordeste do Brasil S/A.

§ 1º Os órgãos de que tratam os incisos I a XIII deste artigo poderão solicitar informações complementares ou cópias de documentos relacionados à ação fiscal que deu origem à inclusão do infrator no Cadastro.

§ 2º À Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República competirá acompanhar, por intermédio da CONATRAE, os procedimentos para inclusão e exclusão de nomes do cadastro de empregadores, bem como fornecer informações à Advocacia-Geral da União nas ações referentes ao cadastro.

Art. 4º A Fiscalização do Trabalho realizará monitoramento pelo período de 2 (dois) anos da data da inclusão do nome do infrator no Cadastro, a fim de verificar a regularidade das condições de trabalho.

§ 1º Uma vez expirado o lapso previsto no caput, e não ocorrendo reincidência, a Fiscalização do Trabalho procederá à exclusão do nome do infrator do Cadastro.

§ 2º A exclusão ficará condicionada ao pagamento das multas resultantes da ação fiscal, bem como da comprovação da quitação de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários.

§ 3º A exclusão do nome do infrator do Cadastro previsto no art. 1º será comunicada aos órgãos arrolados nos incisos do art. 3º.

Art. 5º Revoga-se a Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004.

Parágrafo único. A revogação prevista no caput não suspende, interrompe ou extingue os prazos já em curso para exclusão dos nomes já regularmente incluídos no cadastro até a data de publicação desta portaria.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

CARLOS ROBERTO LUPI

Ministro de Estado do Trabalho e Emprego

MARIA DO ROSÁRIO NUNES

Ministra de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos

6. Observe-se que, nos termos do artigo 1º, ficou mantido o Cadastro de Empregadores anteriormente criado pela Portaria MTE nº 540/2004, também editada com apoio no inciso II do artigo 87, para regulamentar os incisos III e IV do artigo 186, todos do Texto Constitucional.

II. ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO

7. Conforme já suscitado, as portarias foram editadas sob os mesmos fundamentos, cuidam de matéria idêntica e os dispositivos da Portaria revogada – 540/2004 – sofrem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que a Portaria revogadora – 2/2011 – objeto da presente ação direta.

8. A saber, a Portaria revogada foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3347, de relatoria do Ministro AYRES BRITTO, que a julgou extinta por perda de objeto, eis que revogada pela Portaria Interministerial 2/2011.

9. Deste modo, em razão da **eficácia repristinatória** que a Requerente quer evitar, é imprescindível que a declaração de inconstitucionalidade envolva a Portaria MTE nº540/2004, pois, apesar de revogada, carrega a mesma mácula de inconstitucionalidade que a Portaria revogadora. Neste sentido já decidiu esse Pretório Excelso:

[...] FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE E EFEITO REPRISTINATÓRIO.

- **A declaração de inconstitucionalidade "in abstracto", considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente** (RTJ 120/64 - RTJ 194/504-505 - ADI 2.867/ES, v.g.), **importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato.** É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida (RTJ 102/671), sequer possui eficácia derogatória.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "Informativo/STF" nº 224, v.g.).

- **Considerações em torno da questão da eficácia repristinatória indesejada e da necessidade de impugnar os atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação revogadora.**

- **Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual nº 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complexo normativo. Correta formulação, na espécie, de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados.**

(ADI 3148, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe-112 de 28-9-07)

III. AS INCONSTITUCIONALIDADES PERPETRADAS PELA PI 2/2011

III.1. OS LIMITES IMPOSTOS PELO INCISO II DO ARTIGO 87 DA CF/88

10. O inciso II, do artigo 87, da CF, no qual os Ministros de Estado fundamentaram sua competência para a edição da Portaria Interministerial é taxativo ao assim impor:

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. **Compete ao Ministro de Estado**, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: [...];

II – **expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos**; [...]. (grifamos)

11. Portanto, a competência atribuída ao Ministro de Estado **limita-se apenas a disciplinar a execução das leis, decretos e regulamentos**, por óbvio, **já existentes**.

12. **Sendo assim, indaga-se: qual lei, decreto ou regulamento, nos termos do art. 87, paragrafo único, II da CF, que a PI 2/2011 visa executar?**

13. **NÃO HÁ!** E justamente por inexistir, a Portaria não indica, já que se refere apenas ao artigo 186, que, por sua vez, não pode ser alvo de execução com base no artigo 87, ambos da Lei Maior, como já decidiu essa Suprema Corte ao afirmar que ***“Portaria ministerial não pode regulamentar norma constitucional”*** (ementa do acórdão produzido na ADI 1.946, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ 14-9-01).

14. Em verdade, no presente caso, os Ministros de Estado extrapolaram o poder regulamentar que lhes foi conferido pelo Texto Constitucional e, sob o pretexto de estarem a expedir instruções para a execução de leis, decretos ou regulamentos, criaram o denominado “Cadastro de Empregadores”, de caráter punitivo e restritivo, que **sem amparo legal de criação**, imputa aos empregadores nele inscritos a pecha de escravagista, além de acarretar seriíssimas consequências de ordem moral e financeira.

15. Ora, é sabido que aos Ministros de Estado foi conferida, pelo artigo 84 da Carta Magna, a atribuição de auxiliar o Presidente da República na direção superior da Administração Pública Federal. Todavia, no presente caso, a edição da PI 2/2011 prescinde do necessário fundamento constitucional – COMPETÊNCIA – a lhe garantir legitimidade. Afinal, em um Estado Democrático de Direito, a legalidade deve pautar sempre a atuação dos agentes públicos, cujos poderes são atribuídos por lei.

16. Dessa maneira, como **em direito administrativo não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito⁵**, e por se tratar de competência funcional, a atribuição do Ministro de Estado deve ser feita sempre por lei.

17. Neste ponto, recorre-se ao preciso magistério da Ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA:

Competência é a medida da capacidade concedida legalmente a um poder, órgão ou agente para atuar sobre uma matéria. As competências dos poderes públicos são mecanismos jurídicos para definir a sua ação, limitando-a, destarte, ao contingente descrito.

As normas constitucionais de organização e competências são fontes institucionalizadoras do Estado, de um lado, e de segurança política e jurídica das pessoas que nele se encontrem e nele convivam, eis que a competência é definição de atuação positiva e negativa, no sentido de traçar os deveres e as possibilidades de ação dos poderes públicos e, igualmente, balizar as fronteiras além das quais não podem eles prosperar.⁶

18. É neste sentido a afirmação precisa e firme do Ministro CELSO DE MELLO, em voto proferido nos autos da ADI 1075 MC/DF, ao abordar as limitações entre os poderes:

[...] O **poder regulamentar deferido aos ministros de Estado**, embora de extração constitucional, **não legitima a edição de atos normativos de caráter primário**, estando necessariamente subordinado, no que concerne ao seu exercício, conteúdo e limites, ao que prescrevem as leis e a CR. [...].

⁵ MUKAY, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 210.

⁶ ROCHA. Cármem Lúcia Antunes Rocha. Constituição e Constitucionalidade. BH: Ed. Lê, 1991. p. 43.

19. Dessa maneira, forçoso reconhecer que os Ministros de Estado extrapolaram o âmbito de incidência do inciso II, do artigo 87, da Constituição, eis que inovaram no ordenamento jurídico brasileiro, usurpando a competência do Poder Legislativo.

III.2. A OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

20. Para o filósofo ARISTÓTELES - que em sua obra “A Política”⁷ investiga a constituição do Estado - o exercício do poder por apenas um indivíduo seria perigoso e injusto. A concretização do interesse da coletividade dependeria de um eficiente exercício das funções estatais, tendo-se alcançado posteriormente um modelo tripartite de divisão de poderes.

21. Estava, portanto, patente para os pensadores a necessidade de haver a separação das funções estatais, efetivamente sistematizada por MONTESQUIEU com delimitações específicas de atribuições.

22. Como bem afirma PAULO BONAVIDES⁸, “*nenhum princípio de nosso constitucionalismo excede em ancianidade e solidez o princípio da separação de poderes*”.

23. Aponta ainda, como **fundamento para a divisão de poderes**, a **especialização funcional** – significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função – e a **independência orgânica** – significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros.

24. Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “*o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de persegui-los, cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária*”⁹.

⁷ ARISTÓTELES, A Política. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 146.

⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 508.

⁹ BANDEIRA, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 91.

25. No ordenamento jurídico brasileiro, o corolário da separação dos poderes, princípio fundamental de Direito Constitucional, está consagrado no artigo 2º do Texto Constitucional de 1988:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

26. Também traz a Constituição Federal, em seus artigos 22, inciso I e 84, inciso IV, respectivamente, a competência PRIVATIVA da União para **legislar** sobre Direito do Trabalho e do Presidente da República a competência para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis.

27. Nestes termos, **é possível afirmar que os Ministros de Estado, ao editarem a Portaria** em comento, **legislaram, sancionaram e publicaram norma** que, em verdade, inovou no ordenamento jurídico brasileiro, criando nova competência para os Auditores-Fiscais do Trabalho – o que apenas poderia ter sido feito por iniciativa do Poder Legislativo da União – consubstanciada na possibilidade de fiscalizar e condenar um empregador pelo cometimento de crime, já que apenas o artigo 149 do Código Penal confere tratamento *legal* à figura do “trabalho escravo”.

28. Como alerta o decano da Corte, Ministro CELSO DE MELLO, “*o poder é uno e incindível*”, havendo, no plano da teoria geral do estado, uma “*separação orgânica de instituições investidas, cada qual, de típica especialização funcional*”, de que decorre, “*na organização política do Estado, uma clara divisão **funcional** do poder*” (acórdão na **ADI 523**, DJe de 16-10-08).

29. Desse modo, quando o Supremo Tribunal Federal afirma ser obrigatória a observância ao princípio da separação dos poderes, abrigado no artigo 2º da Constituição Federal, significa que a *divisão funcional* das atribuições conferidas aos ditos três Poderes da República deve ser respeitada.

30. Assim, **havendo o devido respeito à independência e à harmonia entre os poderes, estará presente o pressuposto de legitimação das normas, porque mantida a integridade da ordem democrática.**

31. Portanto, **à Administração cabe tão somente obedecer, cumprir e por em prática as leis advindas do Legislativo e sancionadas pelo Executivo.**

32. Nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, é o mecanismo de freios e contrapesos que viabiliza a harmonia entre os Poderes:

[...] os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo) para evitar distorções e desmando. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.¹⁰

33. No presente caso, a manutenção do Cadastro de Empregadores criado também por Portaria inconstitucional – Portaria MTE nº 540/2004 – fulmina de morte o princípio da separação dos poderes, pois os Ministros de Estado legislaram e sancionaram o ato normativo federal ora impugnado, usurpando a competência reservada ao Poder Legislativo.

34. Vê-se que a legítima pretensão de suplantar o quadro de manifesta transgressão ao aludido princípio e à ordem democrática encontra alento no pacífico entendimento jurisprudencial fixado pela Suprema Corte:

[...] o art. 2º, da Constituição Federal, não veda a apreciação dos atos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário, ao contrário, o art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional, estabelece que a lei não pode afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...] cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 33ª edição, 2009, pág. 111.

atos dos três poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula ao ato impugnado, afastar a sua aplicação.

(AgRg no AI 640.272, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ 31-10-07).

III.3. O ALCANCE DO ART. 186 DA CF/88 – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL

35. O embasamento constitucional da Portaria Interministerial 2/2011, no artigo 186 do Texto Constitucional, sugere que se está a tratar da função social da propriedade rural.

36. Observe-se o teor do mencionado dispositivo, inserto no contexto constitucional da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária:

CAPÍTULO II DA POLÍTICA URBANA

Art. 182. [...].

Art. 183.[...].

CAPÍTULO III DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

Art. 184. [...].

Art. 185. [...].

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

37. Reconhecendo a possibilidade de haver trabalho escravo no âmbito urbano, denominado “trabalho escravo contemporâneo”, vale salientar que o dispositivo, ao abordar a função social da propriedade, o faz apenas no âmbito **rural**, não se aplicando ao ambiente urbano.

38. Portanto, os canteiros de obra das construções civis não se enquadram no conceito de propriedade rural, e muito menos na *mens legis* do dispositivo retro mencionado, por não serem objeto de reforma agrária, o que demonstra o manifesto desvirtuamento da norma, erroneamente

aplicada aos empregadores das áreas urbanas, cujas condições de trabalho em nada se assemelham às impostas aos trabalhadores da área rural.

39. Registre-se que na última atualização do Cadastro de Empregadores, ocorrida em 1º de julho do corrente ano, foram incluídas 24 (vinte e quatro) novas áreas urbanas, somando-se às outras 43 (quarenta e três) já inscritas noutras atualizações, totalizando **67 (sessenta e sete) empregadores urbanos, de um total de 609 (seiscentos e nove) inscritos, apesar de a PI 2/2011 apontar sua incidência na área rural!**

40. Dessa maneira, sabendo-se que a PI 2/2001 tem incidência somente na esfera rural, e sendo inadmissível que por meio dela (Portaria) seja conferida aos Auditores-Fiscais do Trabalho a atribuição de julgar, condenar e aplicar sanções, é forçoso reconhecer sua inconstitucionalidade, além da sua não incidência na esfera urbana, já que fundamentada apenas no artigo 186 da Constituição Federal.

III.4. A OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

41. O corolário da reserva de lei impõe que determinadas matérias sejam disciplinadas por lei, na sua concepção formal, primária, não sendo cabível a positivação por ato secundário.

42. Conforme já assinalado, a Portaria Interministerial nº 2/2011 trouxe inovação de caráter primário ao ordenamento jurídico, estabelecendo novas atribuições e competências no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

43. Exemplificativamente, atribuiu ao Ministério do Trabalho e Emprego a competência para “manter” e “atualizar” o tal Cadastro; aos auditores-fiscais do trabalho julgar empregadores pela prática de trabalho escravo; e à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República o mister de *“acompanhar, por intermédio da CONATRAE, os procedimentos para inclusão e exclusão de nomes do cadastro, bem como fornecer informações à Advocacia-Geral da União nas ações referentes ao cadastro”*.

44. Ora, aos Ministros de Estado não caberia atuar como legisladores primários, pois a administração é atividade subalterna à lei, ou seja, depende integralmente da lei para a sua execução, eis que a produção de “*regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito Brasileiro*”¹¹.

45. Para CANOTILHO¹², o princípio da reserva de lei possui dois significados: (i) reservar para a lei a regulamentação primária e essencial de determinadas matérias e (ii) fazer preceder de uma lei habilitante (*precedência da lei*) qualquer atividade administrativa regulamentar.

46. Assim, **o que não está antecipadamente permitido por lei à Administração, está totalmente proibido, por ser necessária uma anterior previsão legal que lhe faculte ou lhe imponha o dever de atuar, não sendo permitida a criação de atos normativos de caráter primário.**

47. De modo ainda mais taxativo e eloquente, assinala a jurisprudência cristalizada nessa Corte Suprema, como já mencionado acima: “**Portaria ministerial não pode regulamentar norma constitucional**” (ementa do acórdão produzido na ADI 1.946, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ 14-9-01).

48. Ocorre que a inconstitucionalidade do diploma estatal atacado não se limita ao quanto exposto até aqui. É que a Portaria em questão, ao inovar indevidamente na ordem jurídica, acaba também por alcançar e restringir direitos individuais, sem deter a necessária estatura normativa para tal fim.

49. Sobre o tema, vale destacar elucidativa passagem do parecer jurídico da lavra de GILBERTO BERCOVICI e IRENE NOHARA, Professores Titular e Livre Docente, respectivamente, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde afirmam que “*a imposição de inscrição da Empresa neste Cadastro de Empregadores deveria ser alicerçada em lei formal, sendo violador à reserva legal que alguém sofra uma pena sem prévia cominação legal, tendo em vista*

¹¹ BANDEIRA, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 18º. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 94.

¹² CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 7ª Edição, p. 840).

a exigência de previsão legal da pena, conhecida na máxima do nullum crimen, nulla poena sine lege. Tal hipótese não permitiria, reitere-se, que houvesse pena estabelecida em ato infralegal, como ocorreu no caso da Portaria Interministerial nº 2/2011” (fls. 16/17 do parecer - doc. 4).

50. Esclarecem, ainda, que o “*Ministro do Trabalho e Emprego como agente público está submetido ao regime jurídico-administrativo. Em um Estado Democrático de Direito, a atuação estatal se pauta pela legalidade, em todas as suas dimensões, estatuída de acordo com a hierarquia normativa estabelecida pela Constituição.*” (fls. 16/17 do parecer - doc. 4)

51. Nos termos do artigo 5º, II, “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. O texto não alude a “decreto”, “regulamento”, “portaria” etc ... ele é expresse e preciso: “em virtude de lei”.

52. Logo, é certo que a Administração não poderá tolher ou impor comportamento algum ao particular, salvo se estiver previamente embasada em lei que a autorize. Vale dizer, não é possível expedir qualquer ato (regulamento, instrução, resolução, portaria, etc.) capaz de limitar a liberdade dos administrados ou de aplicar sanções, salvo se em lei já existir delineada a restrição ou imposição que tal ato venha a regulamentar.

53. É manifesto o desrespeito ao princípio da reserva de lei, como bem pontuado pelo eminente Ministro TEORI ZAVASCKI, ao assim afirmar:

[...] o vício de iniciativa, por si só, conduz à declaração de inconstitucionalidade formal da lei impugnada. (ADI 2300, DJe-180 17-9-14)

54. Sobre a exigência de lei formal para a disciplina de determinadas matérias, essa Corte Constitucional já se posicionou de maneira inabalável. Anote-se:

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário,

de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador.

Não cabe ao Poder Executivo em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) **condição de legislador**, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. (ADI 2075-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 27-6-03)

55. Ora, os atos normativos previstos no inciso II do artigo 87 do Texto Constitucional são hierarquicamente inferiores à lei em sentido formal, cuja elaboração depende da legítima atuação do Poder Legislativo.

56. Da observância à supremacia do princípio da reserva legal decorre a segurança jurídica do cidadão, que tem na lei os limites impostos ao poder normativo exercido pelo Ministro de Estado.

57. Destarte, à luz da doutrina e da jurisprudência pátrias, é certo que a regência do tema objeto do ato normativo ora impugnado há de se fazer por meio de *lei* em sentido formal e material, e não por portaria interministerial.

III.5. A OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

58. A Constituição da República Federativa do Brasil assegura que **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.**

59. A propósito, cabe invocar uma vez mais o magistério abalizado da eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA:

O processo é, pois, uma garantia da democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade (...)

O princípio do devido processo legal compreende um conjunto de elementos jurídicos garantidores dos direitos fundamentais em sua persecução quando ameaçados, lesados ou simplesmente questionados, tais como o do direito à ampla defesa, ao contraditório, ao juízo objetivo, motivado prévia e naturalmente identificado, entre outros. Esse princípio é um instrumento de legitimação da ação do Estado na solução das indagações sobre os direitos que lhes são postos e um meio formal e, previamente conhecido e reconhecido de viabilizar-se o questionamento feito pelo administrado.^[1]

60. Especialmente no que concerne às empresas dedicadas ao ramo da construção civil, afiliadas à ora Requerente, a inscrição do nome na “lista suja”, ocorre **sem a existência de um devido processo legal, já que a PI 2/2011 não disciplina o seu processamento, e também porque o Ministério do Trabalho e Emprego não observa os ditamos legais aplicáveis à espécie.**

61. Tal modo arbitrário de proceder, aliás, já mereceu o repúdio veemente por parte desse Supremo Tribunal Federal, em julgado que versou sobre o crime tipificado no artigo 149 do Código Penal: **“O simples descumprimento de normas de proteção ao trabalho não é conducente a se concluir pela configuração do trabalho escravo, pressupondo este o cerceio à liberdade de ir e vir”** (RE 466.508, Rel.: Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 31/1/2008).

62. Com respeito ao tratamento especialíssimo que vem sendo historicamente conferido pela jurisprudência da Suprema Corte à garantia do devido processo legal, é exemplo primoroso o julgado conduzido por voto do Ministro CELSO DE MELLO, nos autos da AC 2.403. Após asseverar que o *“postulado constitucional do devido processo legal”* é *“também aplicável aos procedimentos de caráter meramente administrativo”*.

^[1] Rocha, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. RTDP 17/5-7, 1997.

63. Em esclarecedor parecer jurídico, o Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Dr. ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JÚNIOR, afirma que “*À mingua de qualquer permissivo legal expresso, e até mesmo de autorização superior da Presidência da República, como dito, a Portaria Interministerial 2/2011 sufraga inovadora modalidade de ação punitiva transministerial ad hoc, desacompanhada de chancela dos seus próprio titulares, confiando a auditores de uma das Pastas o Poder de Ministar hermenêutica analógica de invulgar severidade, para exercer juízo atributivo da autoria de grave ilícito a empregador, sem que se lhe tenha dado o direito de prévia imputação para contraditório e defesa.*” (fls. 57 do parecer – doc. 6).

64. Para além de seu aspecto processual ou procedimental, a garantia do devido processo legal também se mostra ferida pelo ato normativo impugnado em sua dimensão **substantiva**. É nesta que se fundamenta o controle da função legislativa e do poder regulamentar da Administração Pública exercido pelo Poder Judiciário.

65. O *substantive due process of law* se concretiza por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

66. Com efeito, a jurisprudência desta Suprema Corte preconiza que o “*critério da razoabilidade*” atua, “*enquanto projeção concretizadora da cláusula do ‘substantive due process of law’, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado*” (ADI 1158, Rel.: Min. CELSO DE MELLO, DJ de 26/05/95). E, ainda, que o “*princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law – acha-se vocacionado a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.*” (ADI 1407, Rel.: Min. CELSO DE MELLO, DJ de 24.11.2000).

67. Já foi demonstrado anteriormente que, por intermédio da Portaria Interministerial nº 2/2011, a Administração Pública instituiu a possibilidade concreta de a conduta da pessoa natural

ou jurídica ser enquadrada naquela descrita no tipo penal de que trata o artigo 149 da Lei Criminal, com a aplicação de gravíssimas sanções.

68. A imputação ao particular da prática de crime, em relação ao qual não tenha havido sentença *judicial* passada em julgado, por si só, configura afronta direta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

69. Ante o exposto, à luz do tradicional entendimento jurisprudencial plasmado no âmbito desta Corte (**ADPF 156**, Rel.: Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 28/10/2011; **ADI 1969**, Rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ de 31/08/2007; **ADI 173**, Rel.: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 20/03/2009; **ADI 2290**, Rel.: Min. MOREIRA ALVES, DJ de 23/02/2001; **ADI 1753**, Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 12/06/1998; dentre outros julgados), impõe-se o reconhecimento da inconstitucionalidade da famigerada Portaria também por ofensa aos princípios albergados no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Lei Maior.

III.6. A OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

70. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF/88).

71. É neste sentido a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), ao afirmar em seu artigo XI, item 1:

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso **tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei**, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (grifamos)

72. Ao se abordar o tema “trabalho escravo”, traz-se à baila a esfera penal porque somente nela está positivada a definição deste tipo penal, em seu artigo 149. **Não existe na seara administrativa, e nem mesmo no âmbito da legislação trabalhista, qualquer definição legal**

que tipifique referida conduta como infração administrativa, e muito menos como infração trabalhista.

73. Ocorre que, mesmo diante da ausência de norma que legitime a atuação do Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de seus auditores-fiscais, a Portaria Interministerial permite que a Administração Pública deduza que o empregador cometeu uma conduta tipificada como crime.

74. Vê-se, portanto, que o ato aqui impugnado, editado conjuntamente por dois Ministros de Estado, criou um rol de culpados pela prática de conduta descrita no Código Penal Brasileiro, sem que para tanto tenha havido o devido processo legal, como se à esfera administrativa não fossem aplicadas as garantias constitucionais, dentre elas a presunção de inocência.

75. Neste sentido vale destacar elucidativa passagem do voto do Ministro DIAS TOFFOLI, no MS 23262¹³:

E, se for transposto esse princípio para o campo administrativo-disciplinar, tem-se de admitir que é necessária a existência de um juízo condenatório ou, em casos extremos, a instauração de um procedimento sancionador para que se ponha em causa a aplicabilidade ou não desse princípio. Dito de outro modo, **até para se discutir o alcance da presunção de inocência, é necessário a existência de alguma forma de constrição procedimental contra o arguido.** (grifamos)

76. Ora, se nem mesmo na esfera penal é permitida a publicidade do rol dos culpados, não se pode criar, na esfera administrativa, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, um Cadastro informalmente denominado de “lista suja”, no qual são inscritos nomes de empregadores que a Administração Pública compreende ter analogicamente cometido o crime do artigo 149 do Código Penal, os quais são publicamente divulgados, colocando os inscritos em situação vexatória!

¹³ MS 23262, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe-213 de 30-10-14)

77. O tratamento conferido ao Cadastro e a consequente inserção de nomes no mesmo, em certa medida, mitigam o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana. Isso porque as consequências impostas ao empregador, seja na sua dimensão de pessoa natural ou na de empresário responsável pela pessoa jurídica, que tem o nome inserto na institucional “lista suja” são gravíssimas. Correspondem à aplicação de uma pena sem possibilidade de reparação.

78. Ao discorrer sobre o significado da dignidade, o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁴ assim leciona:

Voltemos, assim, à filosofia de Kant, segundo a qual no reino dos fins tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. Aquilo que tem um *preço* pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa *equivalente*. Daí a ideia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem e tem um *preço de mercado*, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma *dignidade*, é o que tem uma *dignidade*.

79. Ora, assim como é inconcebível que empregadores submetam trabalhadores a condições análogas às de escravo, também é inaceitável que pessoas, titulares de direitos e garantias fundamentais, sejam submetidas a situações vexatórias e restritivas de tais direitos e garantias, sem que exista uma prévia norma a legitimar tal conduta da Administração Pública. O exercício efetivo desta ponderação se mostra indispensável para o equilíbrio da relação entre o indivíduo e a empresa, de modo a impedir que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana termine por aniquilar a liberdade econômica ou o “direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição)” (ADI 173, Rel.: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 20/03/2009).

80. O Professor Titular de Direito Penal da Universidade de São Paulo, Dr. RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, em parecer exarado especificamente sobre o tema, assinala, a propósito,

¹⁴ Silva, José Afonso da. Direito constitucional: estudos e pareceres / José Afonso da Silva. Brasília: Fórum, OAB, Conselho Federal, 2014, p. 47.

que a **Constituição Federal, vista como estatuto jurídico e político do Estado, tem se caracterizado, cada vez mais, como baliza de princípios que regem o Direito Penal.** E, em tal contexto, os bens jurídicos obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada sob essa lógica. A disciplina jurídica conferida a determinada infração ou pena aplicável não deve ir além nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição (fls. 52, 53, 66 e 68 do parecer jurídico - doc. 5).

81. Ainda segundo o renomado parecerista, **é insustentável que, em âmbito trabalhista, se tenha configurado *trabalho escravo*, mas penalmente não.** Isso porque o Direito Penal, o único ramo em que o tema se encontra positivado, é vinculante nesse sentido. Até mesmo por sua força cogente, é ele que *“deve determinar o horizonte de definição do que venha a ser condição análoga à de escravo”* (fl. 52/53 do parecer jurídico - doc. 5).

82. Diante deste quadro manifestamente ofensivo ao princípio da presunção de inocência, urge que se declare a inconstitucionalidade da norma também por este fundamento, eis que a Administração Pública apenas pode exercer seu juízo de valor dentro das competências que lhe foram legalmente atribuídas.

IV. O CABIMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A PI 2/2011

83. Não obstante a louvável intenção dos Ministros de Estado em materializar o compromisso do País com a erradicação da prática do trabalho escravo, forçoso reconhecer a existência de inconstitucionalidades no meio utilizado. Afinal, o ordenamento jurídico pátrio não abre espaço para a máxima de MAQUIAVEL, ao afirmar que ‘o fim justifica os meios’, ou seja, os governantes estão acima da ética, moral e legalidade para alcançar seus objetivos ou realizar seus planos. O Estado de Direito erigido pela Constituição de 1988 não admite tal raciocínio.

84. Como se sabe, é inconteste o cabimento de controle de constitucionalidade em relação às normas primárias, exaradas pelo poder público com base diretamente na Constituição Federal, de forma autônoma, ainda que editadas sob o *nomen juris* de Portaria, hipótese dos autos.

85. Merece destaque o fato de que, *in casu*, a PI 2/2011 não está a disciplinar o funcionamento interno do Ministério do Trabalho, no intuito de possibilitar a execução dos diplomas legais e atos normativos primários que abordam a matéria por ser **inexistente norma primária anterior que crie a condenação e execução impostas pela inscrição no Cadastro.**

86. A ÚNICA norma primária a tratar **especificamente** do tema “trabalho escravo” em nosso ordenamento jurídico – e não está a PI 2/2011 a regulamentá-la – é o Código Penal, que em seu artigo 149, assim dispõe:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

87. Válido registrar que sobre a abolição do trabalho forçado, da escravatura e da servidão, existem os Decretos **nº 41.721**, de 25 de junho de 1957; **nº 58.822**, de 14 de julho de 1966; **nº 678**, de 6 de novembro de 1992 e **nº 58.563**, de 1º de junho de 1966, que promulgaram no Brasil, respectivamente, a **Convenção nº 29** e a **Convenção nº 105**, ambas da Organização Internacional do Trabalho, a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São

José da Costa Rica) e a **Convenção sobre Escravatura de 1926**, emendada pelo Protocolo de 1953 com a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956.

88. Observe-se que dos diplomas retromencionados, apenas o Código Penal traz a figura da “condição análoga à de escravo”. Todos os demais dispositivos cuidam dos direitos humanos numa concepção ampla, sem prever a condição análoga à de escravo no viés positivado pelo direito penal.

89. Vê-se, portanto, que se a PI 2/2011 fosse norma secundária, teria sido editada no intuito de regulamentar algum dos diplomas supramencionados, a exemplo do que ocorreu na PI 501/2012¹⁵, do Ministro de Estado das Relações Exteriores e do Ministro de Estado da Justiça, com menção expressa a tratados e outros instrumentos de cooperação jurídica internacional. Todavia, nos termos em que afirmado no seu próprio bojo, a atribuição do artigo 87, inciso II foi utilizada para normatizar somente o artigo 186, incisos III e IV, ambos da Constituição Federal.

90. Desta maneira, é manifesta a sujeição da PI 2/2001 ao controle de constitucionalidade concentrado, em consonância com remansosa jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal. Como revela o seu teor, antes reproduzido, trata-se de ato estatal provido de densidade normativa, possuindo manifesta autonomia jurídica, além de notável coeficiente de generalidade abstrata e impessoal.

¹⁵ **PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 501, DE 21 DE MARÇO DE 2012** - O Ministro de Estado das Relações Exteriores e o Ministro de Estado da Justiça, no uso de suas atribuições legais, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal, na Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e nos Decretos nos. 7.304, de 22 de setembro de 2010, e 6.061, de 15 de março de 2007; Considerando o disposto no artigo 105, inciso I, alínea "i", da Constituição Federal, nos artigos 202, 210 e 212 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, nos artigos 783a 786 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, **bem como nos tratados vigentes na República Federativa do Brasil sobre tramitação de cartas rogatórias e outros instrumentos de cooperação jurídica internacional**; Considerando a Resolução nº 9, de 04 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça; Considerando a Portaria Conjunta MJ/PGR/AGU nº 1, de 27 de outubro de 2005, que dispõe sobre a tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal entre o Ministério da Justiça, o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União; Considerando a Portaria MJ nº 1.876, de 27 de outubro de 2006, que dispõe sobre a tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal no âmbito do Ministério da Justiça; Considerando a necessidade de uniformizar o trâmite de cartas rogatórias e pedidos de auxílio direto referentes a países que não têm tratado de cooperação jurídica internacional com a República Federativa do Brasil; Considerando a necessidade de reduzir o tempo de tramitação das cartas rogatórias e dos pedidos de auxílio direto e as hipóteses de descumprimento das solicitações por falta de definição dos procedimentos; **Resolvem:**

91. Neste sentido, colaciona-se trecho do voto do eminente Ministro CELSO DE MELLO, exarado nos autos da ADI 4015 MC/PA:

Preliminarmente, conheço da presente ação direta de inconstitucionalidade, eis que **o ato estatal nela impugnado - portaria** que, emanada de Tribunal Regional do Trabalho, “Regulamenta, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, o procedimento a ser adotado nas execuções de pequeno valor contra entes públicos” (fls. 03) – **reveste-se de caráter normativo, como tem sido assinalado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerados os elementos que lhe compõem o próprio conteúdo material**, tal como se reconheceu no julgamento da ADI 3.057-MC/RN, Rel. Min. CEZAR PELUSO (RTJ 188/825), na qual se questionava provimento expedido por Tribunal Regional do Trabalho impregnado de teor idêntico ao do diploma ora em exame.

A Portaria nº 219/2006, objeto da presente ação direta, subsume-se, a meu juízo, ao conceito de ato normativo, tal como delineado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 143/510, Rel. Min. CELSO DE MELLO), cuja orientação reconhece que a noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade.

Todos esses elementos - autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade - qualificam-se como requisitos essenciais que conferem ao ato estatal a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou de condutas individuais.

92. Forçoso reconhecer, portanto, que se está a tratar de espécie normativa primária, exarada pelo poder público com base diretamente na Constituição Federal, de caráter geral e coercitivo, por conseguinte, de forma autônoma.

V. A LEGITIMIDADE ATIVA DA REQUERENTE

93. A Requerente é uma associação de âmbito nacional, que possui como associadas empresas de incorporação imobiliária e construção civil de atuação em todo o País, com previsão estatutária de criação de filiais em todo o território nacional.

94. Por ter como missão a representação das “*empresas de incorporação imobiliária no âmbito nacional*”¹⁶, detém o mister de zelar pelos direitos e deveres de suas associadas, empresas de incorporação e construção civil, segundo atestam os estatutos sociais anexados (doc. 3).

95. Sabendo-se que o exercício das atividades de suas afiliadas demanda imprescindível contratação de trabalhadores para a construção civil, seja para empregos diretos ou indiretos, e que referidas contratações se submetem à fiscalização do trabalho efetuada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, tem-se por **demonstrado** o estreito **liame entre os objetivos institucionais da Requerente e o objeto do presente pedido de declaração de inconstitucionalidade**.

96. Neste sentido é o precedente¹⁷ julgado em 2004 pela Corte Suprema, ao atestar que o **conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista**.

97. Passada pouco mais de uma década, mantém-se firme¹⁸ para legitimar a propositura de ações de controle concentrado, a exigência de correlação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação, conforme comprovado pela Requerente.

98. Como bem pontuado pelo Ministro LUIZ FUX, na ADI 4029/AM¹⁹:

2. A **participação da sociedade civil organizada** nos processos de controle abstrato de constitucionalidade **deve ser estimulada**, como conseqüência de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional.

3. *In casu*, a **entidade proponente da ação sub judice possui ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional**, e que **representam a integralidade da categoria interessada**, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente.

¹⁶ Artigo 3º do Estatuto Social – doc. 1.

¹⁷ ADI 3153 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Rel. p/Acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 9-9-05.

¹⁸ ADI 4441 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe-195 de 7-10-14.

¹⁹ ADI 4029, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe-125 de 27-6-12.

99. Assim, demonstra a Representante, também por meio dos estatutos de suas associadas, o seu caráter nacional, conforme exigido por essa Corte Constitucional.

100. Vale ressaltar que o caso em apreço é em tudo semelhante ao que decidido na ADI 3102-ES, de Relatoria do Ministro DIAS TOFFOLI, na qual se reconheceu a legitimidade ativa de associação composta de empresas distintas e que satisfizessem a exigência numérica.

101. Anote-se:

O novo estatuto social prevê que a associação é composta apenas por entidades singulares de natureza empresarial, com classe econômica bem definida, não mais restando caracterizada a heterogeneidade de sua composição, que impedira o conhecimento da ADI nº 1.804/RS. Prova, nos autos, da composição associativa ampla, estando presente a associação em mais de nove estados da federação.

102. Com efeito, além de os objetivos institucionais da ABRAINCO terem direta relação com o ato impugnado, as associadas da Requerente estão presentes em mais de nove Estados da Federação, sendo, portanto, irrefutável a sua legitimidade para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (anexados os documentos comprobatórios da existência das associadas da Requerente em 22 Estados – doc. 3).

VI. A PERTINÊNCIA TEMÁTICA

103. Como afirmado anteriormente, a jurisprudência do STF é firme no sentido de se exigir, para a caracterização da legitimidade ativa da entidade de classe para as ações de controle abstrato, a existência de **correlação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação** (ADI 4441 AgR/SE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe-195 de 7-10-14).

104. Na presente hipótese, a **Requerente**, além de buscar o aperfeiçoamento das relações de trabalho (doc. 1), possui como **associados empregadores submetidos a inspeções efetuadas por Auditores-Fiscais do trabalho**, servidores estes dotados de poderes conferidos pela Portaria

impugnada, **capazes de fazer incluir o nome de quaisquer das associadas no Cadastro de Empregadores.**

105. Diante deste quadro, é manifesto ser a norma impugnada de interesse da Requerente, pois todas suas associadas ficam sujeitas à livre valoração efetuada pelo Auditor-Fiscal, a quem a Portaria indevidamente conferiu poderes de fiscalizar, julgar e punir.

106. Neste sentido já decidiu essa Corte Constitucional - ADI 4462 MC/TO²⁰, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA -, ao reconhecer a legitimidade de associação para propor ação direta de inconstitucionalidade contra norma de interesse de seus representados.

107. Logo, sendo manifesta a existência de correlação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da Requerente, é certa a sua legitimidade.

VII. CONCLUSÕES

108. Encontra-se cristalizado nos anais da Corte célebre passagem de sua jurisprudência, verdadeiro libelo, da lavra do eminente Ministro CELSO DE MELLO, produzida por ocasião do julgamento da ADI 2010:

A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

²⁰ [...] – **Anamages não tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade contra norma de interesse de toda a magistratura. É legítima, todavia, para a propositura de ação direta contra norma de interesse da magistratura de determinado Estado-membro da Federação.** Precedentes. [...].
(ADI 4462 MC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe-217 de 16-11-11)

O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

109. Em obediência e em homenagem ao excerto acima transcrito, tem-se que a Portaria Interministerial nº 2/2011 deve ser declarada inconstitucional pelos insuperáveis fundamentos:

i) norma editada por autoridades incompetentes, eis que o dispositivo constitucional na qual se fundamentou não permite a edição, por Ministro de Estado, de norma primária (ofensa ao inciso II do artigo 87 da CF);

ii) o embasamento constitucional da PI 2/2011 é o artigo 186 da CF, que trata da função social da propriedade rural, não sendo possível admitir a sua incidência na esfera urbana, na qual as afiliadas da Requerente exercem suas atividades, e que vem sofrendo a aplicação da malfadada norma (ofensa ao artigo 186 do CF);

iii) os Ministros de Estado, integrantes do Poder Executivo, ao editarem a Portaria, legislaram, sancionaram e publicaram norma jurídica, usurparam competência constitucional do Poder Legislativo, em verdadeira ofensa ao art. 2º da CF - separação de poderes;

iv) a Portaria inovou no ordenamento jurídico pátrio ao criar novas atribuições e competências no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (ofensa ao art. 5º, inciso II, da CF - reserva de lei);

v) é insustentável que se tenha configurado trabalho escravo em âmbito trabalhista, mas criminalmente não, já que o Direito Penal é o único ramo em que o tema se encontra positivado, sendo vinculante nesse sentido, devendo, inclusive, determinar o horizonte de definição do que venha a ser condição análoga à de escravo. (ofensa ao art. 5º, inciso LVII, da CF/88 - presunção de inocência);

vi) as empresas nem ao menos são chamadas a se defender da gravíssima sanção trazida pela mencionada PI nº 2/2011, são autuadas por infrações trabalhistas, e acabam sendo condenadas por trabalho escravo (ofensa ao devido processo legal);

110. Neste cenário, diante de todo o alegado, por serem diretas e manifestas todas as ofensas suscitadas, a declaração de inconstitucionalidade se impõe para garantir a segurança jurídica e evitar maiores prejuízos ao ordenamento jurídico.

VIII. A MEDIDA CAUTELAR

111. A tutela definitiva que se busca com a presente ação direta consubstancia-se na declaração de inconstitucionalidade da Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011 e, em razão do efeito repristinatório, a consequente declaração de inconstitucionalidade da Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004.

112. Apesar de a edição da norma impugnada ter-se dado no ano de 2011, é manifesto o seu latente *periculum in mora*, que se renova por força do seu artigo 3º, ao prever a atualização semestral do Cadastro de Empregadores.

113. No presente caso, o perigo da demora se avizinha, eis que nos últimos cinco semestres, as atualizações foram efetuadas em **31.07.2012; 28.12.2012; 28.06.2013; 30.12.2013 e 1º.07.2014** (doc. 7). Vê-se, portanto, que a próxima atualização semestral está na iminência de ser efetivada pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego.

114. Sabe-se que o **artigo 10 a Lei nº 9.868/1999** impõe a necessidade de maioria absoluta do colegiado para a concessão de medida cautelar na ação direta. Mas também é cediço que o mesmo dispositivo **permite a mitigação de referida exigência, no período de recesso.**

115. O artigo 13, inciso VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal confere ao seu Presidente a competência para, durante o recesso, apreciar pedidos de urgência excepcional.

116. E foi neste período que a Presidência dessa Suprema Corte, por vezes, afastou a exigência do colegiado e concedeu monocraticamente diversas medidas liminares *ad referendum* do Plenário, como por exemplo, nos autos da **ADI 4707 MC/SC** e da **ADO 23 MC/DF** pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI; da **ADI 5017 MC/DF** pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA; da **ADI 4102 MC/RJ** pelo Ministro GILMAR MENDES; das **ADIs 3929 MC/DF, 3847 MC/SC e 3647 MC/MA** pela Ministra ELLEN GRACIE; das **ADIs 3652 MC/RR, 3395 MC/DF, 3255 MC/PA e 3262 MC/MT** pelo Ministro NELSON JOBIM; das **ADIs 3115 MC/MG e 3097 MC/SC** pelo Ministro MAURÍCIO CORRÊA; e das **ADIs 2643 MC/RN e 2223 MC/DF** pelo Ministro MARCO AURÉLIO.

117. Da atualização que se aproxima – feita a partir de conclusões retiradas de procedimento diverso instaurado para outros fins – decorre imensurável risco à tutela jurisdicional almejada em definitivo, pois, a pretexto de combate ao trabalho escravo, está-se, de fato, a desestabilizar o equilíbrio empregatício dos trabalhadores, que fatalmente terão que reduzir seus quadros de emprego.

118. Em tal circunstância, e diante da exaustiva demonstração das inconstitucionalidades que maculam a Portaria Interministerial, é manifesto o *fumus boni iuris*, como também o é o *periculum in mora*, vislumbrado no enfraquecimento da força normativa da Constituição Federal. Afinal, a manutenção dos efeitos do ato aqui impugnado importa na mitigação de direitos e garantias constitucionais a que fazem jus os empregadores abarcados pela defeituosa Portaria.

119. Sobre a necessidade de suspensão da eficácia do ato impugnado, bem esclareceu o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, nos autos da ADI 293, cujo trecho abaixo se transcreve:

Parece-me, com efeito, que, se a mera plausibilidade da argüição legítima, quando somada a razões de conveniência, sejam elas, ou não, as do *periculum in mora*, a evidência de inconstitucionalidade impõe a suspensão imediata, porque traz em si mesma a necessidade de pôr cobro, de logo, à ofensa já verificada da ordem jurídica fundamental.

A essa conclusão, Senhor Presidente, não afasto que possa haver temperamentos e objeções, se cuida de norma que afete os interesses privados, irreparáveis. Mas, a mim, ela me parece

indiscutível, quando se cuida do restabelecimento de princípios básicos do regime constitucional de poderes, cuja ofensa continuada é, por si mesma, o maior *periculum in mora* que se possa configurar.

(ADI 293 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 16.4.1993)

120. Foi também neste sentido o julgado que deferiu medida liminar nos autos da ADI 768, ao afirmar que:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Liminar. A concessão, ou não, de liminar em ação direta de inconstitucionalidade faz-se considerados dois aspectos principais – o sinal do bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo. Este último desdobra-se a ponto de ensejar o exame sob o ângulo da conveniência da concessão da liminar, perquirindo-se os aspectos em questão para definir-se aquele que mais de aproxima do bem comum. [...].

(ADI MC 768/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ 13-11-92)

IX. OS PEDIDOS

121. Delineados os fatos e suas consequências jurídicas, **requer-se**:

a) o recebimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade na forma da Lei nº 9.868/99;

b) seja concedida a **medida liminar**, nos termos dos artigos 10 e seguintes da Lei nº 9.868/99, suspendendo-se imediatamente os efeitos da **Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011** e, conseqüentemente, da **Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004** em razão da eficácia repristinatória, até o julgamento final da ação direta;

c) sejam solicitadas informações ao Ministério do Trabalho e Emprego e à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República;

d) sejam o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União oficiados para se manifestarem, cada qual, no prazo de 15 (quinze), conforme artigo 8º da Lei nº 9.868/1999;

e) seja **declarada, em caráter definitivo**, confirmando-se a liminar, **a inconstitucionalidade da Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011** e, conseqüentemente, **da Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004**, revogada pela primeira, eis que eivada das mesmas inconstitucionalidades, já suscitadas nos autos da ADI nº 3347, da relatoria do então Ministro AYRES BRITTO, julgada extinta por perda de objeto em razão da revogação pela Portaria Interministerial nº 2/2011.

Brasília, 22 de dezembro de 2014.

TÉCIO LINS E SILVA
Advogado – OAB/RJ 16.265

ILÍDIO MOURA
Advogado – OAB/RJ 20.408

LETÍCIA LINS E SILVA
Advogada – OAB/RJ 75.217

DARCY DE FREITAS
Advogado – OAB/RJ 71.133

MAÍRA FERNANDES
Advogada – OAB/RJ 134.821

DOCUMENTOS QUE INSTRUEM A INICIAL:

DOC. 1 – PROCURAÇÃO E ATOS CONSTITUTIVOS DA ABRAINIC

DOC. 2 – PORTARIAS 2/2011 E 540/2004

DOC. 3 – ATOS CONSTITUTIVOS DAS FILIADAS À ABRAINIC

DOC. 4 – PARECER – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PROFESSORES GILBERTO BERCOVICI E IRENE PATRICIA NOHARA.

DOC. 5 – PARECER – PENAL – PROFESSOR RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

DOC. 6 – PARECER – TRABALHISTA – PROFESSOR ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JR.

DOC. 7 – COMPROVAÇÃO DE ATUALIZAÇÃO SEMESTRAL DOS CADASTROS.