

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

**Cr terios de Identifica o
e Aplica o Pr tica**

FÁBIO RODRIGUES GOMES

*Juiz Titular da 41ª VT/RJ
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
Professor da Universidade Cândido Mendes
Professor da Escola Judicial do TRT da 1ª Região*

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

**Crériterios de Identificação
e Aplicação Prática**

LT[®]R



© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-001
São Paulo, SP – Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: RLUX
Projeto de capa: FÁBIO GIGLIO
Impressão: BARTIRA GRÁFICA E EDITORA

Fevereiro, 2013

Versão impressa - LTr 4760.4 - ISBN 978-85-361-2461-2
Versão digital - LTr 7527.5 - ISBN 978-85-361-2504-6

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gomes, Fábio Rodrigues

Direitos fundamentais dos trabalhadores :
critérios de identificação e aplicação prática /
Fábio Rodrigues Gomes. — São Paulo : LTr,
2013.

Bibliografia

1. Brasil — Constituição (1988) 2. Direito do
trabalho 3. Direitos fundamentais 4. Direitos
sociais 5. Relações de trabalho I. Título.

12-15648

CDU-34:331:347.121.1

Índice para catálogo sistemático:

1. Direitos fundamentais dos trabalhadores :
Direito do trabalho 34:331:347.121.1

AGRADECIMENTOS

Este livro corresponde, com pequenas alterações e atualizações, à minha tese de Doutorado em Direito Público, defendida na UERJ em dezembro de 2010, perante banca composta pelos professores Daniel Sarmento (orientador), Jane Reis Gonçalves Pereira, Ana Paula de Barcellos, Claudio Pereira de Souza Neto e Alexandre Agra Belmonte, que me honrou com distinção, louvor e nota 10,00 (dez).

Mas este não é o fim da história. Na verdade, é o encerramento de um longo trajeto percorrido nos últimos seis anos. Lembro-me ainda do dia em que, já no longínquo ano de 2004, ingressei no Mestrado em Direito Público pela UERJ. O primeiro contato com a academia e com as suas infundáveis discussões foi, ao mesmo tempo, cativante e atemorizante.

Entretanto, os intensos debates teóricos, as centenas de páginas de leitura semanal e as incontáveis noites insones, em busca da melhor ideia ou da palavra que a expressasse com exatidão serviram apenas para reforçar aquela minha intuição inicial, aquela que me levou a chegar até aqui. Querer aprender a pensar criticamente o direito e, mais do que isso, a participar, com humildade e segurança, da troca de impressões em torno do justo e do injusto: este era o meu sonho. Um sonho que, como disse, ganhou forma e corpo no Mestrado, mas cujo aprimoramento foi acontecendo mesmo ao longo do Doutorado, desde que nele adentrei em 2007.

Para defender os argumentos contidos neste livro, foram necessários mais debates instigantes, outras centenas de páginas de leitura e não menos noites maldormidas pela ansiedade de acertar e convencer o leitor, seja ele o meu orientador seja o estudante de graduação que manuseasse este trabalho. E aqui experimentei o que todo acadêmico deveria saborear. Apesar de já conhecer o caminho árduo a ser percorrido até chegar à defesa das minhas convicções, percebi, não sem um certo espanto, que a travessia nunca é a mesma quando nela voltamos a trilhar. As curvas se acentuam, as retas mostram-se escorregadias e a pressão da chegada é infinitamente maior, pois o medo de não corresponder às expectativas está continuamente a soprar nossos ouvidos e a quase nos fazer tropeçar.

E aqui volto ao ponto: a importância do agradecimento. Suplantar as dificuldades e preservar a vontade de construir o argumento ideal, tudo isso me exigiu uma dedicação e um esforço sobre-humanos. E sem a convivência pessoal e profissional com algumas pessoas muito especiais, acredito, sinceramente, que a minha vida teria sido muito mais difícil e o caminho muito mais extenso.

Por isso, agradeço, em primeiro lugar, a minha mulher, Clarissa. Companheira de viagem ao longo destes últimos dezessete anos, foi com ela que compartilhei as muitas dúvidas e as poucas certezas adquiridas. O seu equilíbrio, confortando-me com a palavra certa no momento oportuno, somado ao seu carinho acolhedor deram-me a força indispensável para permanecer firme e avançar. E, para coroar a nossa parceria, o nosso amor e a nossa amizade, fomos presenteados recentemente com a chegada do pacotinho mais especial de todos. Com o seu olhar penetrante e a sua simpatia contagiante, Marco Baldotto Gomes, nosso filho querido, já ocupa, agora e sempre, o lugar de maior destaque em nossas vidas.

Agradeço também aos meus pais, Nilton e Thereza. Uma daquelas certezas adquiridas a que me referi é a de que os filhos são o reflexo dos pais, pois a influência de ambos na formação da nossa individualidade é decisiva e inevitável. E, sendo assim, tirei a sorte grande. O apoio material, o estofo moral e o amor incondicional que os dois me oferecem foram determinantes para eu ser quem eu sou. E espero, de verdade, que esta influência ultrapasse a minha geração e a dos meus irmãos, e chegue sem demora na próxima que está por vir. Natália, Nicole, Manuela e Marco estão na fila de espera!

Agradeço a minha irmã, Vanessa, sempre calma e sorridente, pronta a ajudar quem dela estiver precisando. Agradeço ao meu irmão Renato, interlocutor incansável e inteligente, capaz de nos obrigar a sofisticar o nosso ponto de vista, sob pena de estarmos fadados a abandoná-lo por falta de contra-argumento. Duas pessoas que, juntamente com os meus pais, formatam aquele nosso primeiro lar, o porto seguro de todas as horas.

Agradeço aos meus sogros, José Jacinto e Lídia, e a minha cunhada, Fernanda, por tornarem a minha família ainda melhor e mais feliz. De fato, minha vida estaria mais empobrecida sem a presença de todos eles.

Agradeço, ainda, aos meus mais fraternos amigos Elisio Moraes, Fábio Goulart e Fernando Marques. Cada um, a sua maneira, participa da minha vida pessoal e profissional com plena liberdade de opinião e de intervenção. Verdadeiros irmãos por afinidade com os quais tenho o privilégio de conviver.

Agradeço especialmente ao meu orientador e amigo Daniel Sarmiento. Pensador arguto e leitor contumaz, fez da minha passagem pela UERJ o momento mais importante da minha formação. Com o seu exemplo, aprendi como deve portar-se um professor de direito em um país como o nosso, onde quase tudo ainda está por fazer. Sua acolhida sempre sincera e gentil, pronto a me apresentar novas perspectivas e a afastar-me de outras menos acertadas, sem jamais adotar um tom paternalista, permitiu que eu me arriscasse por conta própria, quando a decisão estava bem consolidada. Este grau de liberdade acadêmica, combinado com a advertência recorrente sobre a responsabilidade por aquilo que defendemos em público, ajudou-me a manter a atenção para os mínimos detalhes da minha argumentação, solidificando a confiança nas minhas impressões e interpretações, sem o perigo de cair numa retórica vazia, escorar-me no fácil argumento de autoridade ou, o que é pior, padecer de uma vaidade voluntarista típica dos que pouco têm a dizer.

Agradeço aos professores Jane Reis Gonçalves Pereira, Ana Paula de Barcellos, Claudio Pereira de Souza Neto e Alexandre Agra Belmonte pelos elogios e pelas críticas construtivas desenvolvidas durante a defesa da tese de doutoramento, as quais foram levadas em consideração para a versão apresentada agora aos leitores. Nada melhor do que três expoentes do direito constitucional brasileiro e um Ministro do TST, consagrado jurista nacional do direito do trabalho, para aperfeiçoar uma obra que visa a costurar estes dois assuntos do modo mais harmônico possível.

Agradeço aos amigos que fiz no Mestrado e no Doutorado, Rodrigo Brandão, Fernando Leal, Diego Werneck, Bruno Stieger e Marco Antonio Rodrigues, pois navegamos pelos mesmos mares nebulosos e encaramos, juntos, gigantescas tormentas intelectuais até conseguirmos apaziguar as nossas inquietudes. Mas apenas temporariamente, é claro, pois é exatamente o desconforto a respeito do que está posto que nos move a desbravar incansavelmente este horizonte de ideias que nem a vista alcança.

Por fim, agradeço à minha instituição, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. O suporte que me foi dado, com a concessão da licença-estudo imprescindível para que eu pudesse escrever um trabalho desta magnitude sem afogadilhos, faz com que eu mantenha acesa a esperança de um futuro melhor, não só para os meus colegas, componentes do Poder Judiciário Federal, mas, principalmente, para o destinatário final de nossas decisões, o povo brasileiro. Espero, como juiz, usar tudo o que venho estudando como acadêmico no meu dia a dia forense, pois o objetivo deve ser apenas um: fornecer uma prestação jurisdicional cada vez mais justificada, coerente e aceitável racionalmente pelos que sejam por ela afetados. Hoje, mais do que ontem, estou convencido de que a legitimidade, tão almejada pela Justiça brasileira, somente será alcançada (e mantida) pela comunhão da teoria com a prática. E será isso que o leitor encontrará nas páginas a seguir.

Portanto, para aquele que decidir enveredar-se por este livro e refletir comigo sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores, agradeço, desde já, pelo seu voto de confiança. Que tenha um boa leitura!

“Precisamos não nos esquecer nunca de que o trabalho é a lei da vida.

“Sem trabalho não se vive. Tudo que na terra existe a mais da natureza é produto do trabalho humano. Se assim é, nada mais inteligente do que trabalhar com alegria, consciência e boa vontade.”⁽¹⁾

Monteiro Lobato

“Fui há dias a um cemitério, a um enterro, logo de manhã, num dia ardente como todos os diabos e suas respectivas habitações. Em volta de mim ouvia o estribilho geral: que calor! Que sol! É de rachar passarinho! É de fazer um homem doido!

“Íamos em carros! Apeamo-nos à porta do cemitério e caminhamos um longo pedaço. O sol das onze horas batia de chapa em todos nós; mas sem tirarmos os chapéus, abríamos os de sol e seguíamos a suar até o lugar onde devia verificar-se o enterramento. Naquele lugar esbarramos com seis ou oito homens ocupados em abrir covas: estavam de cabeça descoberta, a erguer e fazer cair a enxada. Nós enterramos o morto, voltamos nos carros, e daí às nossas casas ou repartições. E eles? Lá os achamos, lá os deixamos, ao sol, de cabeça descoberta, a trabalhar com a enxada. Se o sol nos fazia mal, que não fazia àqueles pobre-diabos, durante todas as horas quentes do dia?”⁽²⁾

Machado de Assis

(1) Apelo aos nossos operários. In: LOBATO, Monteiro. *Fragments, opiniões e miscelânea*. São Paulo: Globo, 2010. p. 253.

(2) O nascimento da crônica. In: SANTOS, Joaquim Ferreira dos (org.). *As cem melhores crônicas brasileiras*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 28.

| | |
|---|----|
| Lista de Abreviaturas e Siglas | 17 |
| Prefácio | 19 |
| Apresentação | 21 |
| Introdução | 23 |

PARTE I

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES: COMO JUSTIFICÁ-LOS?

| | |
|---|----|
| Capítulo I — Direito constitucional do trabalho: o que há de novo? | 37 |
| I — Introdução | 37 |
| II — O Direito do Trabalho na Constituição | 39 |
| § 1º — O dilema de sempre: corporativismo <i>versus</i> libertarianismo | 39 |
| § 2º — O dilema do futuro: fundamentalismo <i>versus</i> fundamentalidade | 42 |
| III — A Constitucionalização do Direito do Trabalho | 49 |
| § 1º — Novas ideias para o novo mundo: corrigindo os desajustes dogmáticos ... | 49 |
| § 2º — O alargamento conceitual: em busca da proteção jurídica perdida | 51 |
| IV — Ajustes discursivos: para além da dupla fundamentalidade | 53 |
| V — Conclusão | 57 |
| Capítulo II — Análise econômica do direito do trabalho | 60 |
| I — Introdução | 60 |
| II — Fazendo as adaptações: alguns fundamentos teóricos para a análise econômica do direito do trabalho | 63 |
| § 1º — A utilidade sob o ponto de vista do empregado: o que significa isso? | 63 |
| § 2º — Maximizando a utilidade do trabalhador subordinado | 67 |
| III — A eficiência entra em cena: qual critério adotar? | 73 |
| § 1º — Variações sobre o mesmo tema: a eficiência se tornando mais eficiente | 74 |
| § 2º — O direito do trabalho na berlinda: algumas provocações para apimentar o debate | 79 |

| | |
|---|-----------|
| IV — Limites e possibilidades da análise econômica do direito do trabalho: pondo os pés no chão | 82 |
| § 1º — Fazendo o teste de impureza: quanto maior, melhor | 82 |
| § 2º — A moralidade sem pudor: por que não se deve escondê-la? | 83 |
| § 3º — Acertando os ponteiros: por uma justiça eficiente e uma eficiência justa | 85 |
| V — Conclusão | 87 |
| Capítulo III — Os direitos morais dos trabalhadores | 89 |
| I — Introdução | 89 |
| II — Poder e direito | 91 |
| § 1º — Poder originário? | 92 |
| 1. O exemplo de Carrió | 95 |
| § 2º — Poder arbitrário? | 98 |
| 1. Aceitando as regras do jogo: Hart, Nino e o ponto de vista interno | 100 |
| III — Direito e moral | 105 |
| § 1º — A razão que explica, mas não justifica | 106 |
| § 2º — Que discurso adotar? | 110 |
| 1. Nino e o seu modelo processual de discurso | 116 |
| § 3º — Legitimando o discurso legitimador: igual autonomia do início ao fim | 119 |
| 1. Necessidade e reconhecimento: uma justificação bidimensional para a intervenção igualitária | 122 |
| IV — Poder e moral | 128 |
| § 1º — O direitos fundamentais dos trabalhadores: em busca de um poder patronal legítimo | 131 |
| § 2º — Paternalismo, perfeccionismo e renúncia pessoal: o direito constitucional do trabalho na linha de fogo | 133 |
| § 3º — Esquadrinhando a Constituição de 1988 | 137 |
| 1. Primeira parte: a satisfação das necessidades básicas | 137 |
| 2. Segunda parte: o reconhecimento das diferenças que nos definem | 144 |
| 2.1. Um parágrafo único para um empregado ainda mais especial | 148 |
| V — Conclusão? | 156 |

PARTE II

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES: COMO MANUSEÁ-LOS?

| | |
|--|------------|
| Capítulo IV — O princípio democrático na relação de emprego | 161 |
| I. Introdução | 161 |

| | |
|---|-----|
| II. Democratizando a relação de emprego | 166 |
| § 1º — A democracia interna: dialogando consigo mesmo | 167 |
| 1. Monopólio sindical: pague para não entrar e esteja certo de não poder sair | 171 |
| 1.1. Duas doses de categorização forçada e uma de territorialismo pre-definido: a receita de um sindicalismo confuso, algemado e sufocado ... | 173 |
| 1.2. O <i>free rider</i> no caminho sindical brasileiro: como evitá-lo? | 176 |
| 2. Correções institucionais à vista: aplicando o critério democrático-cooperativo | 178 |
| 2.1. Pluralismo: ruim com ele, pior sem ele | 179 |
| a. Quebra do monopólio: da fissura à fratura | 181 |
| b. Categorização, sim; enquadramento, não | 189 |
| 2.2. Uma dose de quota de solidariedade e duas de direito de oposição: o antídoto normativo para a asfixia institucional | 196 |
| § 2º — A democracia externa: dialogando com o outro | 200 |
| 1. Estabilidade sindical: a volta ao passado para garantir um futuro melhor | 202 |
| 2. A greve no contexto constitucional brasileiro: uma violência consentida? | 210 |
| 3. Pluralismo de decisões: qual norma aplicar? | 217 |
| 3.1. O prelúdio da democratização da justiça: o Juiz Hermes pede passagem | 219 |
| 3.2. O Juiz Hermes e a norma mais favorável ao trabalhador | 222 |
| a. Um pequeno excursus sobre a incomparabilidade e a igual autonomia criativa | 225 |
| b. De volta ao assunto | 227 |
| 3.3. Um por todos ou todos contra um? | 229 |
| 4. A dispensa coletiva: até onde o Juiz Hermes deve ir? | 237 |
| 4.1. Anatomia judicial: dissecando o caso paradigmático | 239 |
| a. Tese: os argumentos a favor da nulidade | 240 |
| b. Antítese: os argumentos contrários à nulidade | 240 |
| c. Síntese: os argumentos que fundamentaram a decisão judicial | 240 |
| 4.2. Dúvidas e críticas: o que falta dizer e o que deve ser reformulado .. | 242 |
| a. A dúvida institucional: dificuldade contramajoritária e (in)capacidade técnica | 242 |
| b. Análise crítica | 244 |
| c. A dúvida estrutural: o perigoso furor principiológico | 245 |
| d. Análise crítica | 246 |
| e. A dúvida metodológica: o sopesamento em ação | 247 |
| f. Análise crítica | 248 |

| | |
|--|-----|
| 4.3. Afinando o discurso: o caminho rumo à legitimação | 249 |
| a. Exemplificando com um caso alternativo | 250 |
| b. Votando ao ponto: os dois princípios que não devem ser esquecidos ... | 252 |
| § 3º — A democracia garantida: o Juiz Hermes na Justiça do Trabalho | 255 |
| 1. O renascimento do poder normativo da Justiça do Trabalho | 259 |
| 1.1. Os precedentes letais: RE ns. 197.911 e 114.836 | 259 |
| 1.2. Ressurgindo das cinzas: legitimação espontânea ou automutilação .. | 263 |
| 2. A atuação “conciliadora” da Justiça do Trabalho: algumas notas finais sobre o Juiz Hermes e a autonomia do empregado | 265 |
| 2.1. Plano de Desligamento Voluntário (PDV): a vontade fatiada | 267 |
| 2.2. Comissão de Conciliação Prévia: a institucionalização do medo | 272 |
| III. Conclusão | 274 |

Capítulo V — O Direito Constitucional do Trabalho na Jurisprudência do STF e do TST

| | |
|--|-----|
| I. Introdução | 276 |
| II. O direito material do trabalho: guinadas para longe e para o mesmo lugar | 280 |
| § 1º — Adicional de insalubridade | 280 |
| 1. Análise crítica | 281 |
| § 2º — A aposentadoria espontânea e o contrato de emprego | 283 |
| 1. Análise crítica | 290 |
| § 3º — A sucessão trabalhista | 293 |
| 1. Análise crítica | 295 |
| § 4º — A estabilidade decorrente do acidente de trabalho | 297 |
| 1. Análise crítica | 300 |
| § 5º — A proteção da mulher | 305 |
| 1. ADI n. 1.946: um <i>leading case</i> para começar | 306 |
| 1.1. Análise crítica | 307 |
| 2. RE n. 234.186: o desconhecimento e a autonomia da vontade | 310 |
| 2.1. Análise crítica | 311 |
| 3. RE n. 287.905: intervenção e autonomia da vontade | 316 |
| 3.1. Análise crítica | 319 |
| 4. ADI n. 2.487: a lei estadual e o direito constitucional do trabalho | 322 |
| 4.1. Análise crítica | 327 |
| § 6º — A responsabilidade subsidiária da Administração Pública | 333 |
| 1. A constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 | 335 |

| | |
|---|------------|
| 2. A compatibilidade com o §2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 | 338 |
| 3. O consenso sobreposto: a Súmula n. 331, IV do TST | 339 |
| 4. O dissenso pacificador: o julgamento da ADC n. 16 e a nova redação da Súmula n. 331 do TST | 341 |
| 5. Análise crítica | 346 |
| III — O direito processual do trabalho: acessibilidade como bandeira normativa ... | 352 |
| § 7º — As Comissões de Conciliação Prévia: um caminho inevitável ou uma via alternativa? | 355 |
| 1. Análise crítica | 355 |
| § 8º — Com a palavra, o trabalhador subordinado: o <i>jus postulandi</i> e suas limitações no processo do trabalho | 357 |
| 1. ADIs n. 1.127 e 1.539: o STF e o direito de falar diretamente ao juiz | 357 |
| 2. A Súmula n. 425 do TST: quando o ativismo judicial não é bem-vindo | 361 |
| 3. Análise crítica | 362 |
| IV — Conclusão | 366 |
| Capítulo VI — O direito internacional do trabalho em revista | 369 |
| I. Introdução | 369 |
| II. Localizando a discussão a respeito do trabalho subordinado no mundo de hoje ... | 373 |
| § 1º — Aspecto espacial | 373 |
| § 2º — Globalização econômica | 374 |
| § 3º — Geodireito | 377 |
| § 4º — A ascensão normativa do direito constitucional | 378 |
| III. A internacionalização do direito do trabalho | 379 |
| § 1º — O nascimento | 380 |
| § 2º — O desenvolvimento | 381 |
| § 3º — A consolidação | 382 |
| IV — Padrão mínimo: uma rota de fuga internacional por meio do direito constitucional | 383 |
| § 1º — EC n. 45/04: uma terceira via? | 386 |
| § 2º — Uma última sugestão: o conteúdo essencial do direito internacional do trabalho como parâmetro normativo à atuação do legislador brasileiro | 392 |
| V. Conclusão | 394 |
| Capítulo VII — Flexibilização: Reverência ou aversão? | 396 |
| I — Introdução | 396 |
| II — Direito e argumentação: flexibilização de fio a pavio | 399 |

| | |
|---|-----|
| III — Indisponibilidade (ou irrenunciabilidade) e restrição dos direitos fundamentais do trabalhador subordinado: dogmas a caminho da relativização | 404 |
| § 1º — Direitos fundamentais indisponíveis ou irrenunciáveis: o que significa isso? | 405 |
| 1. Um caso paradigmático | 410 |
| § 2º — A restrição dos direitos fundamentais dos trabalhadores subordinados | 416 |
| 1. Um caso paradigmático | 422 |
| IV — Conclusão | 427 |
| Encerramento | 429 |
| Referências bibliográficas | 437 |

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- Ac. — Acórdão
- ADI — Ação Direita de Inconstitucionalidade
- ADCT — Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
- AI — Agravo de Instrumento
- AIRR — Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
- Art. — Artigo
- BGB — *Bundesgesetzsbucher*
- CC — Código Civil
- CC — Conflito de Competência
- c/c — Combinado com
- CDC — Código de Defesa do Consumidor
- Cf. — Confira
- CF — Constituição Federal
- CLT — Consolidação das Leis do Trabalho
- CP — Código Penal
- CRFB — Constituição da República Federativa do Brasil
- Des. — Desembargador
- DJU — Diário da Justiça da União
- EC — Emenda Constitucional
- ED — Embargos de Declaração
- ET — Ley del Estatuto de los Trabajadores
- FGTS — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
- FJ — Fundamento Jurídico
- HC — *Habeas Corpus*
- IUJ — Incidente de Uniformização de Jurisprudência
- MC — Medida Cautelar
- MI — Mandado de Injunção

Min. — Ministro
MS — Mandado de Segurança
OAB — Ordem dos Advogados do Brasil
OC — Opinião Consultiva
OIT — Organização Internacional do Trabalho
OJ — Orientação Jurisprudencial
Proc. — Processo
RE — Recurso Extraordinário
Rel. — Relator
Resp — Recurso Especial
RO — Recurso Ordinário
RR — Recurso de Revista
SDI — Seção de Dissídios Individuais
SS — Suspensão de Segurança
STF — Supremo Tribunal Federal
STJ — Superior Tribunal de Justiça
TC — Tribunal Constitucional
TRT — Tribunal Regional do Trabalho
TST — Tribunal Superior do Trabalho

Como eterno juiz do trabalho, causou-me satisfação a leitura desta obra, que é resultado de extensa pesquisa baseada na jurisprudência dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, no Direito Comparado e na doutrina dos mais abalizados juristas pátrios e estrangeiros.

A Constituição Federal de 1988, promulgada em meio à grande comoção nacional como símbolo maior da democracia, incluiu os chamados direitos sociais no título dos direitos e garantias fundamentais. Visou-se, certamente, considerada a forma de alteração das normas, evitar que os trabalhadores fossem alcançados por eventual sombra que se fizesse visível no horizonte, impedindo que o uso do poder pelos agentes públicos implicasse prejuízo à parte mais fraca da equação capital/trabalho. Passados 23 anos, urge perquirir os efeitos da opção. A previsão constitucional dos direitos trabalhistas e sindicais conseguiu, efetivamente, transformar o ideal em realidade? Teria sido benéfica ou terminou por afastar certos avanços disseminados em outros países? Quais são os direitos fundamentais dos trabalhadores, quais os critérios para identificá-los e que papel exerce o Judiciário na resolução de tão intrincadas questões?

O autor, com desassombro, ousou posicionar-se e oferecer interessantes soluções.

O tema, cujos reflexos atingem diretamente as relações de trabalho — sustentáculo do desenvolvimento nacional —, interessa à sociedade de modo amplo, abrangendo todas as camadas sociais e as esferas pública e privada. A par desse aspecto, a maneira pedagógica com que o assunto foi exposto alarga o universo de leitores. Conclamo-os a conferirem a valia desta publicação e a utilizarem, em prol do crescimento da justiça social brasileira, o aprendizado que dela obtiverem.

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello⁽³⁾

(3) Marco Aurélio Mendes de Farias Mello é Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral e Presidente do Instituto Metropolitano de Altos Estudos — IMAE.

Os Direitos Fundamentais, na atualidade, têm sido debatidos com rigor, de modo a despertar na consciência do homem do século XXI a preservação maior do princípio da dignidade da pessoa humana.

É da nossa formação histórica que lembramos o longo caminho percorrido, desde a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, passando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1946, pela Convenção Europeia de 1950 e pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, a demonstrar, com riqueza, o solo fértil do tema escolhido pelo Juiz Fábio Rodrigues Gomes.

Desafiado pelo privilégio do convite que me fez o autor. Desde a introdução de seu livro me vi envolvido pela narrativa fluida e instigante. O compromisso com o caráter científico da obra jurídica está evidenciado já na sua estrutura, mas em nada impede transparecer o entusiasmo do autor com a sua criação e a recorrente angústia de quem não apenas vive o Direito, mas que o aplica diariamente.

Ao combinar o estudo das principais concepções contemporâneas da Teoria e da Filosofia do Direito em torno dos direitos fundamentais, com o detalhado estudo de casos das mais altas Cortes brasileiras, especialmente o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal, o estudioso supera o debate teórico da tróvia acadêmica. Na extensa narrativa, ele avança para uma seara desafiadora: a realização dos direitos fundamentais do trabalho nas decisões dos Tribunais, com explicitações de vasta jurisprudência, sendo minha a honra de ter citados seis precedentes meus.

Com singular sensibilidade, o autor religa a análise teórica com a análise empírica, porque sabe que não basta saber entender o Direito: é essencial saber aplicá-lo no caso concreto. Transitando entre Juízes reais e Juízes mitológicos, o autor assume confessadamente sua opção pelo Juiz Hermes, mas não deixa de reconhecer que outros, como os Juízes Janus e Hércules, também desempenham um papel importante nas Cortes reais e imaginárias.

A grande viagem que o autor oportuniza sobre os direitos fundamentais, voltados para a complexa questão social que representa o Direito do Trabalho no século XXI é, como ele mesmo qualifica, uma jornada de “esperança”. O percurso é longo e a paisagem é deslumbrante. O viajante, dominado pela razão na partida, ao escolher esse roteiro, paulatinamente, vai sendo desafiado pela emoção da narrativa, que contempla os dois “flancos” abertos pelo condutor.

Um deles é a busca da justificação criteriosa dos direitos fundamentais atribuídos ao indivíduo pela sua qualificação como trabalhador empregado. A questão, aparentemente insuspeita, atormenta o pesquisador quando ele olha mais perto o

elenco dos direitos fundamentais e começa a se perguntar se todos os direitos dos trabalhadores são mesmo fundamentais, e como se faz para identificá-los. E a resposta, como mostra o autor, não é tão simples como parece.

O outro desafio é entender como compatibilizar os direitos fundamentais do sujeito como pessoa humana com o seu papel de fator de produção nas relações ditas privadas. A questão, não menos preocupante, toma dimensões angustiantes quando os olhos se voltam ao Poder Judiciário e sua missão de garantidor desses direitos e, em especial, quando quem busca a resposta é um Magistrado do Trabalho que vê e vive o drama cotidiano de equalizar os conflitos sociais quase banalizados.

Estimula a leitura quando o estudo se mostra tão cauteloso, numa análise cuidadosa dos conceitos, diante da missão a que se dispõe o autor de se estabelecer um critério de aplicação prática com o fim de chegar à definição dos direitos fundamentais trabalhistas.

O autor, porém, não se furta a assumir posições. Ao analisar o fenômeno da flexibilização, em contraponto com o conceito de “desconstitucionalização dos direitos dos trabalhadores”, por exemplo, o autor se alia a uma das maiores preocupações, atualíssima, do pensamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao que se pode suprimir de direitos e qual o limite constitucional que se deve observar. Enfrenta com a coragem daquele que manifesta o interesse pela preservação dos direitos mínimos consagrados ao longo do tempo, sem se afastar dos princípios muito caros do Direito do Trabalho. A imunização dos direitos fundamentais acaba por se tornar um lume que é tecido, em estudo criterioso do autor, trazendo essa visão que, como já dito, não tem como ser esgotada, mas antes se torna um foco de reflexões novas a partir do descortinar do tema.

Em síntese, a qualidade da obra deixa revelar a coragem do autor em abordar assunto de tamanha complexidade, mas de não menores interesse e relevância na atualidade.

Na magistratura trabalhista, estamos a cada dia diante de elementos que alteram o estudo das matérias, instigando novas descobertas e despertando, no estudioso, reflexões a traduzir a beleza e a riqueza do pensamento que se aperfeiçoa com um novo jeito de ver esse ramo do Direito, com todas as suas peculiaridades. Na faina de julgar, nos deparamos diversas vezes com a dificuldade de estabelecer um critério de identificação prática dos direitos fundamentais, pela própria natureza dos Direitos Sociais. Não se trata de uma matéria que se possa esgotar na leitura do art. 7º da Constituição Federal. O alvorecer do século XXI torna essas reflexões indispensáveis, e o leitor é convidado a mergulhar nelas já nas primeiras linhas.

A leitura atenta dessa obra é suficiente, *per se*, para alavancar o conhecimento acerca dessa indagação diária sobre o que são os direitos fundamentais, numa abordagem rica e ao mesmo tempo teórica e empírica, em que o autor ousou desafiar o leitor, com êxito, a se envolver num estudo cuidadoso de uma matéria que tão somente o atizará na busca do conhecimento pleno.

Aloysio Corrêa da Veiga⁽⁴⁾

(4) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho e Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

“Deixai toda esperança, vós que entraís.” Não foi por acaso que Dante Alighieri nomeou a “desesperança” como o sentimento que, fatalmente, viria a marcar todos aqueles que atravessassem os “portões do inferno”⁽⁵⁾.

O princípio da esperança é o móvel que norteia a humanidade. Sua concepção figurou, por exemplo, na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776, quando os “Pais Fundadores” proclamaram o direito de *pursuit of Happiness*. Ou, mais recentemente, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão o considerou desrespeitado, na medida em que “o condenado, a despeito do desenvolvimento do seu direito de personalidade, precisa renunciar a toda esperança de recuperar sua liberdade”⁽⁶⁾.

O que, entretanto, teria a ver a esperança com o tema a que me proponho refletir? Ou, dito de outro modo, qual a relação entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e o “sentimento de que aquilo que se deseja é possível”⁽⁷⁾?

É de conhecimento comum o fato de que os direitos voltados especificamente para a “classe” dos trabalhadores surgiram num cenário de profunda desesperança. Em verdade, a epígrafe dantesca que transcrevi há pouco poderia muito bem ser deslocada para os “portões das fábricas” dos séculos XVIII e XIX. Jornadas de trabalho extenuantes, salários miseráveis, exploração de mulheres e crianças, e mais um punhado de situações nas quais a desumanização dos trabalhadores avançava a passos largos, fomentaram o caldo de cultura que, dali a bem pouco tempo, iria modificar o panorama da sociedade industrial. E, como não poderia deixar de ser, o Estado de Direito acompanhou de muito perto tais transformações.

O surgimento do direito do trabalho, num primeiro momento, e a sua posterior inclusão no texto constitucional, representaram as primeiras intervenções estatais no âmbito privado, com o fim de pôr cobro (ou de, pelo menos, amenizar) à flagrante inferioridade jurídica (e, na maior parte das vezes, também fática) do indivíduo que se coloca à disposição do outro, em troca dos meios necessários à sua sobrevivência⁽⁸⁾.

(5) *A divina comédia*. Trad. Vasco Graça Moura. São Paulo: Landmark, 2005. p. 47.

(6) Cf. NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo (coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul — AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 156-157.

(7) HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete “esperança”.

(8) Cf. GALVÃO, Paulo Braga; FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Interpretação judicial e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 712.

No Brasil, esta foi uma postura adotada abertamente pelo Estado a partir da Constituição de 1934⁽⁹⁾. Entretanto, ao contrário de alguns de seus inspiradores, ele permaneceu nesta toada até os dias de hoje⁽¹⁰⁾. Vejam a situação, por exemplo, do direito germânico. Na contramão da evolução brasileira, os alemães deixaram de lado a Constituição de Weimar e a substituíram pela Lei Fundamental de Bonn (1949), um documento jurídico de índole marcadamente liberal⁽¹¹⁾. Mas — repito — este não é o caso do direito brasileiro.

De fato, a Constituição de 1988 (tida como programática e dirigente⁽¹²⁾) desenhou, com traços fortes, um modelo de Estado Social bastante preocupado com as relações jurídicas travadas entre sujeitos desiguais⁽¹³⁾. E, dentre estas, deferiu especial atenção à mantida entre empregado e empregador, abraçando, sem cerimônia, um alentado rol de direitos destinados ao reequilíbrio jurídico das partes envolvidas nesta espécie de interação social. Mais do que isso, ao dar continuidade a esta trajetória, o poder constituinte originário transformou o art. 7º da CF/88 numa referência emblemática (ou no ponto culminante) do “processo de especificação” levado a cabo durante a formatação do direito constitucional do nosso país⁽¹⁴⁾.

Digo isso não apenas pelo fato de tal dispositivo trazer trinta e quatro incisos no seu bojo, mas também por um outro motivo, realmente inovador, de ocupar o lugar reservado aos “direitos e garantias fundamentais”. O direito do trabalho deixou para trás o capítulo da ordem econômica e social, onde, tradicionalmente, fixava a sua morada⁽¹⁵⁾.

Sendo assim, isto é, diante de tamanha notoriedade e riqueza normativa, eu poderia cogitar de seguir viagem? Pois qual seria a importância de analisar os direitos relacionados aos trabalhadores, quando todas as grandes questões já estão aparentemente resolvidas — e com destaque — pela Constituição em vigor?

Para ficarmos apenas no caso já mencionado, enquanto na Alemanha, regida pela Lei Fundamental de Bonn, foi preciso o desenvolvimento de toda uma teoria a

(9) BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 19.

(10) Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 17 *et seq.*

(11) Cf., neste sentido, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. 3ª reimpressão, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 420-421 e BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 14-16.

(12) BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 33-37 e 58-59.

(13) Cf., por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 73.

(14) Por “processo de especificação”, entende-se a consideração de certas condições sociais, culturais, físicas e psicológicas, enfim, da consideração do homem “situado” (v. g., trabalhador subordinado, consumidor, mulher, criança, homossexual, índio, idoso e deficiente físico), quando lhe é conferida uma “proteção reforçada” por “direitos específicos” (obtidos por meio da técnica da igualdade como diferença), com o objetivo de reequilibrar a sua participação social e viabilizar o desenvolvimento de seus projetos pessoais (de sua personalidade). Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 245, PECES-BARBA, MARTINEZ Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 180-182 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 134-135.

(15) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 79 e SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 15.

respeito da eficácia imediata dos direitos fundamentais (*unmittelbare Drittwirkung*), a fim de legitimar, por exemplo, a aplicação do princípio da igualdade na relação de emprego⁽¹⁶⁾, no Brasil bastaria a observância do art. 7º, inciso XXX da CF/88, para que isto ocorresse. Portanto, volto a perguntar: *os direitos fundamentais dos trabalhadores são uma questão resolvida no quadro jurídico nacional traçado pela Constituição de 1988?*

Apesar de todas as evidências, creio que não. Esclarecendo um pouco mais a minha assertiva, diria que ainda existem dois grandes flancos em aberto. Porém, antes de avançar, devo proceder a uma rápida “suspensão reflexiva”⁽¹⁷⁾ em torno do conceito de direito do trabalho. Isso porque este é um *gênero* que cuida da relação de emprego como um todo, conferindo não apenas deveres, mas também direitos ao tomador de serviços (como, por exemplo, o direito potestativo de encerrar injustificadamente o contrato)⁽¹⁸⁾.

Seguindo esta linha de raciocínio, os *direitos fundamentais dos trabalhadores* aparecem como *espécie*, ou seja, como a parcela do direito do trabalho, na qual se inserem apenas as posições jurídicas protetoras da pessoa humana que detém o *status* de empregado⁽¹⁹⁾. E é aqui, nesta esfera mais restrita, onde identifico o primeiro flanco a descoberto: o da justificação criteriosa dos direitos fundamentais específicos ou, ainda, o dos direitos fundamentais titularizados pelo indivíduo (ou a ele concedidos), em face de sua qualificação atual como trabalhador juridicamente subordinado.

Com efeito, não devemos olvidar que a inserção dos direitos dos trabalhadores no Título II da CF/88 não lhes garantiu, *de per si*, a qualidade de direitos fundamentais. Autores já frisaram, com muita habilidade, as incoerências da Constituição brasileira, de modo a tornar insuficiente o argumento calcado na ideia de fundamentalidade formal, para garantir a proteção reforçada destes direitos específicos contra as majorias eventuais⁽²⁰⁾. Mas isso não é tudo, porquanto, a questão de fundo (de índole material) também não está isenta de dúvidas.

Sem embargo de terem sido o ponto de inflexão no processo de transformação do Estado Liberal em Estado Social (*Welfare State*)⁽²¹⁾, isto não impediu que o alto

(16) Cf. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 272 e DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação dos contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 135 *et seq.*

(17) Tomei emprestada a expressão do Professor J. J. Gomes Canotilho, em seu artigo *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 345.

(18) Cf. COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. p. 173-174 e GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 201 *et seq.*

(19) COUTINHO, Aldacy Rachid. *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*, p. 175.

(20) Cf., por todos, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 227-233.

(21) VALDÉS DAL RÉ, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. In: XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social — 2 al 5 de Setiembre de 2003, Montivideo, Uruguay”. In: *Libro de informes generales*, p. 38-41.

grau de importância de muitos dos direitos dos trabalhadores se encontrasse atualmente na berlinda. Isso acontece não apenas por causa da globalização econômica, do enfraquecimento do Estado nacional ou do refluxo neoliberal, marcado pela ascensão revigorada do mercado, em cujo “altar são imolados os direitos sociais, vistos como causas do déficit público, de opressão e da ineficiência dos atores econômicos”⁽²²⁾. Mas, também, por falta de uma argumentação mais precisa, acerca do que é realmente essencial à garantia da dignidade humana daquele que se põe voluntariamente na qualidade de empregado.

E, tanto é assim, que um dos direitos mais enraizados no dia a dia do trabalhador brasileiro, quando submetido à análise de um respeitado jusfilósofo contemporâneo, obteve a seguinte avaliação: “Não são direitos do homem (...), por exemplo, o direito garantido no art. 7º, VIII da Constituição brasileira a um 13º ordenado mensal.”⁽²³⁾ Mas por que não?

Eis aqui, portanto, a primeira leva de questões que pretendo investigar: (1) *todos os direitos dos trabalhadores positivados na Constituição de 1988 são fundamentais?* (2) *Existe algum critério metodológico capaz de identificá-los?* (3) *O que deve nortear a formulação deste critério?*

Para oferecer as respostas adequadas, proponho-me a construir parâmetros convincentes o bastante para justificar o grau de fundamentabilidade material de um, alguns ou, quiçá, de todos os direitos dos trabalhadores. Mas isso me conduzirá, inexoravelmente, para o segundo flanco desguarnecido. Trata-se do impasse a respeito da operacionalização destes direitos fundamentais, especificamente reconhecidos aos que vestiram a camisa de empregado. A questão subjacente agora é: quem pergunta sobre o que é fundamental e por quê⁽²⁴⁾?

Quando friso o problema operacional, quero, com isso, sublinhar o “fator institucional”⁽²⁵⁾. Por outras palavras, almejo destacar a importância prática assumida pelo critério abstratamente formatado neste estudo: não basta idealizá-lo; é preciso testá-lo e ver como ele se comporta quando feito de carne e osso.

No alvorecer do liberalismo, o escopo de melhor regulamentar o moderno contrato de trabalho fez com que os juristas de outrora efetuassem a “abstração” do trabalhador em face da atividade que exercia. Assim, apesar de identificarem o indivíduo com o *sujeito* de direito, a sua atuação profissional propriamente dita não mais lhe pertencia enquanto tal, ou seja, destacou-se o homem de sua ação, de modo a associá-la isoladamente com o *objeto* do ajuste⁽²⁶⁾. Ocorre que esta separação fictícia gerou uma

(22) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 44.

(23) ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, p. 61, jul./set. 1999. Cf., também, com idêntica opinião, STARK, Christian. Direitos sociais em tratados internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 284.

(24) TRIBE, Laurence. *The invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 8.

(25) *Idem, ibidem* (tradução livre).

(26) SUPIOT, Alain. *Le droit du travail*. 12. ed. Paris: PUF, 2004. p. 11-12.

“esquizofrenia jurídica”: de um lado, o indivíduo era visto como pessoa humana nas suas relações (públicas) com o Estado; de outro, era tido como fator de produção nas suas relações (privadas) com o empregador. Pois é isso que eu pretendo evitar.

Em um ambiente democrático e informado por uma Constituição normativa como a brasileira de 1988, na qual a centralidade do princípio da dignidade humana e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas já adquirem ares de “consenso sobreposto” no debate jurídico nacional⁽²⁷⁾, não há como prosperar uma visão desencarnada do trabalhador subordinado. Neste sentido, a busca por um meio racional de aferição da fundamentalidade dos direitos que o cercam estaria incompleta, caso ela não avançasse, também, para onde o critério normativo deve ser manuseado.

Em suma, para fugir do bacharelismo retórico, é imperioso que noções tais como “desenho institucional”, “precedentes judiciais” e “diálogo internacional” ocupem os seus respectivos espaços, a fim de que ajudem na construção das pontes de transição entre a teoria e a sua aplicação prática⁽²⁸⁾. Amaciar o terreno necessário para que coloquemos os “pés no chão” e, desta maneira, sejamos capazes de examinar *in loco* o que foi projetado em laboratório. Eis aí uma etapa indispensável para o sucesso desta empreitada intelectual.

E foi exatamente, a partir deste instante, que veio a lume a segunda onda de questionamentos: (1) *como devemos compaginar a existência de direitos fundamentais do empregado que, supostamente, antecedem ao Estado de direito?* (2) *Existem critérios institucionais capazes de solucionar esta potencial incompatibilidade?* (3) *O que deve nortear a formulação destes critérios, de maneira que a resposta encontrada seja racional e adequada à Constituição?* (4) *O Judiciário tem um papel a desempenhar nesta equação?* (5) *E o mundo exterior? São relevantes as opiniões dos outros países a respeito deste assunto?*

Depois destas linhas introdutórias, acredito que o objetivo central deste estudo já tenha sido entrevisto: o de passar a limpo os direitos fundamentais específicos aos trabalhadores subordinados mediante a construção de critérios aptos a delinearlos.

Encontrar *parâmetros*, standards ou *diretrizes metodológicas* que auxiliem o intérprete a identificá-los, com maior segurança, e a defendê-los contra as maiorias eventuais, quando for necessário. Aprender a manuseá-los de forma coerente, objetiva e racional, levando em conta o tempo, o lugar e as ideias de todos os seus potenciais

(27) Cf., por todos, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 277-297, BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 1-42, abril/junho de 2005, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13-30, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 431-497, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, p. 259 et seq., SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 392-401, STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

(28) Sobre o bacharelismo como um “distanciamento retórico da pesquisa”, cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 178-179.

aplicadores e destinatários. Algo que, nas palavras de Chaïm Perelman, tornará o critério sugerido bem mais aceitável perante um auditório universal⁽²⁹⁾.

Em síntese: trata-se de uma aposta na razão prática, ancorada num firme propósito de sedimentar os direitos fundamentais dos trabalhadores em bases menos fluidas e ideológicas.

Ainda mais um pouco sobre o porquê do tema

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, seguiu a linha de suas congêneres italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978), sendo o resultado do esmaecimento, e posterior encerramento, de um tenebroso regime de exceção⁽³⁰⁾.

Deste modo, é compreensível que um afã reformador tenha se apoderado dos parlamentares brasileiros, os quais, situados naquele contexto histórico, personalizaram o chamado “poder constituinte originário”. Representantes de diversas correntes antagônicas, represadas, até então, pela ditadura militar, cada qual se deixou conduzir pela ânsia de inscrever a sua visão de mundo na carta constitucional, ainda que muito distantes umas das outras⁽³¹⁾. Dentre os poucos consensos obtidos, um era o que mais se destacava: o da desconfiança em relação aos poderes constituídos⁽³²⁾. Logo, não é de admirar a constatação de alguns excessos em nosso documento jurídico fundamental, eis que, sendo fruto de compromissos dilatórios e de disputas partidárias⁽³³⁾, revelou-se, em alguns momentos, extremamente casuístico, prolixo e corporativista⁽³⁴⁾.

Entretanto, independentemente das acomodações (ou das concessões) realizadas durante a elaboração da Constituição de 1988, certo é que ela se tornou um símbolo da reconquista democrática. Rompendo como o atávico imobilismo das instituições políticas brasileiras, a “Constituição cidadã” difundiu e aprofundou o sentimento constitucional da população. Colocando-se como centro de gravidade de todo o sistema jurídico, pôs-se a interagir com a realidade social, no intuito de conformá-la aos seus ditames fundamentais e materializar a reconciliação entre a norma (dever ser) e o mundo dos fatos (ser)⁽³⁵⁾.

Este movimento pela efetividade (ou eficácia social) da Constituição deu ensejo a uma profícua agitação dos meios acadêmicos (com reflexos nas decisões dos

(29) PERELMAN, Chaïm; TYTECA-OLBRECHTS, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 34-37.

(30) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 78.

(31) BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 37-43 e VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 125-130 e 139.

(32) SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 77 e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 130-131.

(33) BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 38.

(34) BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988 (Uma breve e acidentada história de sucesso). In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-46 e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 134.

(35) Neste sentido, HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 28-32.

tribunais), tomando corpo uma pujante reação com vistas à sua *normatividade*. Neste sentido, um dos maiores exemplos deste esforço conjunto se caracteriza pela releitura dos princípios e do seu papel na ordem jurídica. A partir do pensamento de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, a doutrina brasileira tem realçado a imperatividade destas normas jurídicas, deixando para trás ideias como as da não vinculatividade e programaticidade⁽³⁶⁾. Descortinou-se, portanto, um novo estágio do pensamento jusfilosófico nacional⁽³⁷⁾.

Contudo, o que se iniciou como um virtuoso processo de evolução e legitimação do direito constitucional, acabou por esbarrar num verdadeiro “impasse metodológico”.

Isso porque, de um lado, deparamo-nos com uma Constituição normativa que, em virtude de seu conteúdo moral, elevou acentuadamente o nível de responsabilidade do Poder Judiciário: agora, aos julgadores não é mais deferido o argumento fácil das concepções formalistas lavradas sob o pálio jusfilosófico do positivismo. Associados à cadência mecânica (e, por isso, confortável e rotineira) do raciocínio subsuntivo, estes modelos interpretativos autorizavam os juízes a adotar uma atitude permissiva, de modo que, em situações-limite, simplesmente “lavavam as mãos” perante as omissões do Legislativo ou diante dos abusos do Executivo⁽³⁸⁾.

De outra parte, emergiu o risco do decisionismo sem peias. Nas palavras o professor Oscar Vieira Vilhena:

“A alternativa de buscar escapar da armadilha positivista inserindo nas Constituições preceitos morais e elevando sua estatura, para que não possam ser atingidos pelas paixões das maiorias, embora crie maiores dificuldades para a erosão do texto, como ocorria em Weimar, estabelece enormes problemas na órbita da interpretação e aplicação destes dispositivos.”⁽³⁹⁾

Ainda a propósito dos riscos derivados desta mudança de paradigma, deve ser lembrada a advertência formulada por Jefferson e Thomas Paine, de uma possível ditadura dos mortos sobre os vivos⁽⁴⁰⁾. O entrincheiramento de parcela muito vasta do texto constitucional nos levaria a situações que, além de perigosas, seriam flagrantemente ofensivas aos princípios democrático e da separação dos poderes⁽⁴¹⁾.

(36) Cf., por todos, BARCELLOS, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 80 *et seq.*

(37) Cf. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 336.

(38) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 21-23 e 55-63 e GALVÃO, Paulo Braga e FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *Op. cit.*, p. 713 e 718.

(39) *Op. cit.*, p. 112.

(40) Cf. SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 1-3, VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 66 e 85, SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a Reforma da Previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 349 e 364.

(41) SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, p. 237 e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 84-85.

Neste sentido, é preciso avançar. Fala-se já em “direitos fundamentais sem fundamentalismos”, para salientar-se que “a hipertrofia constitucional acaba convertendo a Lei Maior num instrumento totalitário, que asfixia as forças sociais, ao subtrair-lhes o espaço vital de atuação”⁽⁴²⁾. Ultrapassa-se o deslumbramento momentâneo com relação aos princípios e à sua efetivação, dando-se lugar à preocupação crescente com a questão “de como, e em que grau, se pode justificar esta pretensão mediante ponderações feitas com perspicácia e orientadas pelo Direito”⁽⁴³⁾. A busca por “parâmetros para aferir quando a atuação do Judiciário pode ser autorizada”⁽⁴⁴⁾ é uma realidade que precisa ser cada vez mais aprofundada.

Daí por que ser crucial que os intérpretes abram os olhos e apurem os ouvidos para a *reabilitação da razão prática*. Focada no debate qualificado, nela o que se pretende não é, simplesmente, uma querela intelectual na qual vença o que possui o melhor argumento (à moda dos antigos sofistas). Almeja-se, ao contrário, a realização de uma dialética pautada por regras éticas, que viabilizem a formação de um consenso sobre qual a melhor forma de resolução do problema suscitado.

Trata-se, portanto, de estimular uma *argumentação racional* que, a despeito de não garantir o estabelecimento de uma única solução correta (ou justa), tornará o resultado mais aceitável, por meio de um processo de aproximação, num ambiente impregnado por princípios já consagrados, que constringerão a tentação de preenchimento da abertura constitucional com valores pessoais⁽⁴⁵⁾.

Mas que não se confunda esta forma de raciocínio, com aquela desenvolvida pelos físicos ou matemáticos⁽⁴⁶⁾. Nas palavras de Larenz, ao ingressarmos na esfera do pensamento jurídico, devemos: “justificar a decisão com base no Direito vigente, mediante ponderações a empreender sabiamente. Mesmo quando isto não seja plenamente alcançado, o juiz, que entenda correctamente a sua função, há de esforçar-se nesse sentido com as suas melhores aptidões.”⁽⁴⁷⁾

Pois bem. É com lastro neste recorte epistemológico que pretendo compreender melhor o que significam os direitos fundamentais dos trabalhadores, seja pelo ângulo da sua justificação, seja diante da questão do seu manuseio em circunstâncias assaz peculiares. Sob os dois aspectos, a necessidade de uma investigação teórica mais sofisticada já está em atraso.

De fato, basta uma leitura superficial dos periódicos nacionais para nos darmos conta de que os embates ideológicos, em torno de ambas as temáticas, estão na ordem do dia. Vez por outra, notamos sugestões de “reformas trabalhistas”, “revisões

(42) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 170-171.

(43) LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 410.

(44) BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

(45) Cf. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Op. cit.*, p. 352-358 e LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 409.

(46) LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 413.

(47) *Idem, ibidem*.

constitucionais” ou de convocação de “assembleias constituintes”, sob o argumento de adequar a Constituição à realidade atual. E para que não haja dúvidas a respeito da relevância prática desta discussão, devemos lembrar que tramita, na Câmara dos Deputados, um Projeto de Emenda Constitucional (PEC n. 157/03), com o fim de instituir uma “revisão” sobre determinadas matérias da Lei Maior.

De toda a sorte, independentemente de a própria constitucionalidade da Emenda referida ser de natureza precária⁽⁴⁸⁾, ao deslocarmos este debate para o universo do trabalho humano, a palavra que se realça é, para alguns, a da “flexibilização”, ao passo que, para outros, é a da “desconstitucionalização” dos direitos dos trabalhadores⁽⁴⁹⁾.

Dito de maneira bem resumida, defende-se a prevalência do “negociado sobre o legislado”, da autonomia privada sobre a autonomia pública, relegando-se aos atores sociais o direito de combinarem entre si as suas regras de convivência⁽⁵⁰⁾. Mas poderiam eles transigir até que ponto? Até onde poderiam ser suprimidas (ou tornadas dispositivas) as normas constitucionais relativas aos direitos dos trabalhadores? Enfim: haveria um limite a partir do qual a Constituição deve intervir?

Creio que sim. E a fronteira seria demarcada justamente pelos direitos dos trabalhadores, cujo alto grau de importância não pode ser suprimido pela manifestação dos sujeitos privados e/ou das maiorias eventuais.

Já no tocante à difícil tarefa de integrar o critério de identificação dos direitos fundamentais dos trabalhadores com o que há no cenário jurídico brasileiro, penso que três exemplos podem ajudar a desenrolar este novo teórico.

De acordo com o art. 8º, VI da CF/88, o sindicato detém o monopólio da comunicação coletiva dos empregados. O que for dito fora deste espaço institucional, de nada valerá. Mas por que deve ser assim? É como se o legislador dissesse que — fora a sua própria autoridade — a única maneira de se atribuir legitimidade (e imperatividade) a uma norma sobre a relação de emprego é passando pelo crivo sindical. Pergunto mais uma vez: por que deve ser assim? Como fazer para justificar este monopólio da validade?

Numa outra hipótese, o STF compreendeu que a aposentadoria espontânea não rompe o contrato de emprego⁽⁵¹⁾. Todavia, o TST decidia há anos de modo diametralmente oposto, afirmando que sim, isto é, que se trata de um ato do empregado que encerra a relação jurídica com o empregador⁽⁵²⁾. Quem está com a razão? É possível encontrar um fio condutor capaz de explicar, refutar ou corrigir alguma das decisões?

(48) Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição. In: *Op. cit.*, p. 340-341.

(49) Cf. SÚSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho, p. 48-52. FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: CITTADINO, Giselle. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. XV e Direitos sociais e justiça. In: *Op. cit.*, p. 112-115, SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 578-579.

(50) Cf. SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: Presses Universitaires de France — PUF, 2002. p. XXVI.

(51) ADI n. 1.721-3, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 29.6.2007.

(52) OJ n. 177 da SDI-I do TST.

Por fim, menciono o caso da liberdade sindical, abordada pela Convenção n. 87 da OIT. Tida como a norma internacional mais importante⁽⁵³⁾, até hoje ela não foi ratificada pelos sucessivos governos brasileiros, em face do princípio da unicidade, inscrito no art. 8º, II da CF/88. Cuida-se de um problema jurídico sem solução? Estaríamos, todos, manietados pela rigidez constitucional e, assim, só nos restaria aguardar a mudança de mentalidade política? Ou haveria alguma forma de reinterpretarmos o direito constitucional do trabalho, a fim de traçar novas estratégias argumentativas em prol da plena liberdade sindical?

Considerando-se que o direito não contém regras previamente definidas para resolver tais situações, vemos que o desenlace final só conseguirá se sustentar racionalmente, caso a tomada de posição seja pautada por uma metódica objetiva, capaz de desnudar o raciocínio do julgador e, conseqüentemente, verificar se foi feita justiça no caso concreto que lhe foi submetido à apreciação⁽⁵⁴⁾.

Deste modo, friso mais uma vez que a minha expectativa é a de contribuir para a racionalização dos direitos fundamentais dos trabalhadores como um todo, a fim de tornar mais controláveis as decisões que (1) a eles visem proteger e promover, cerrando fileiras contra a autonomia pública e/ou privada, ou que (2) a eles venham a se contrapor, em benefício destas mesmas autonomias.

Objetivos

Não obstante ter esboçado as linhas gerais do que pretendo desenvolver, deixo ainda, nos tópicos abaixo, algumas proposições sintéticas a respeito do objetivo central deste estudo.

1. Objetivo geral

Investigar os direitos fundamentais dos trabalhadores, de modo a estabelecer critérios metodológicos aptos a: (i) delimitar a fundamentalidade dos que estejam nomeadamente positivados na Constituição (específicos); e (ii) realizar a concordância prática entre o critério normativo desenvolvido e a realidade jurídica brasileira.

2. Objetivos especiais

2.1. Pesquisar as teses a respeito da caracterização de certos direitos constitucionais como sendo direitos fundamentais, de modo a torná-los imunes às investidas das maiorias eventuais.

2.2. Transportar a discussão anterior, relativa à fundamentalidade dos direitos, para o espaço reservado aos direitos dos trabalhadores, levando em conta as peculiaridades inerentes a esta parcela específica da situação jurídica do indivíduo.

2.3. Procurar estabelecer critérios identificadores da fundamentalidade dos direitos dos trabalhadores, a fim de possibilitar a indicação de quais seriam, efetivamente, aqueles que merecem uma proteção reforçada em face das maiorias eventuais.

(53) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 322.

(54) Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 237-238.

2.4. Investigar o impacto da utilização destes critérios no contexto jurídico nacional, com destaque para o desenho das instituições, os precedentes judiciais, o diálogo travado na esfera internacional e a concepção argumentativa do direito.

Metodologia de pesquisa

Como já deixei assentado em momento anterior, tanto o encadeamento de ideias, como a procura dos subsídios necessários ao seu aperfeiçoamento e sustentação, serão ambos deflagrados com vistas a reafirmar o Estado Democrático de Direito e a força normativa da Constituição brasileira de 1988, juntamente com o seu sistema de direitos fundamentais.

Posto isso, tenho para mim que a metodologia de pesquisa deve permanecer localizada, essencialmente, na:

(1) *análise teórica*, voltada para a verificação bibliográfica, com consulta a livros, artigos, capítulos de livros, teses e dissertações; e

(2) *análise empírica*, com destaque para a seleção e hierarquização dos problemas a serem enfrentados e investigados, valendo-me principalmente das decisões proferidas pelos tribunais superiores do nosso país, de modo a cumprir este desiderato⁽⁵⁵⁾.

Além disso, buscarei, paralelamente, subsídios na doutrina e jurisprudência estrangeira, com especial direcionamento para os países de tradição jurídica romano-germânica, eis que mais próximos da realidade brasileira no tocante à temática dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Por fim, sempre que se fizer necessário, pretendo recorrer à filosofia do direito, bem como a noções de economia, ciência política, sociologia e história, de modo a conferir uma visão de conjunto (interdisciplinar) sobre determinado objeto de estudo. Mas sempre com o cuidado de não descaracterizar o caráter eminentemente jurídico da tese a ser produzida.

(55) Sobre a importância da seleção e hierarquização dos problemas para a investigação teórica, cf. BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 31-32.

PARTE I

Direitos Fundamentais dos Trabalhadores: como justificá-los?

DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO: O QUE HÁ DE NOVO?

I — INTRODUÇÃO

Completamos, no dia 05 de outubro de 2008, 20 anos de Constituição. Sob o olhar do “cidadão desencantado”, nada de muito espantoso. Ora — pensaria ele — logo a primeira das Constituições brasileiras (de uma série de oito) vigorou por 67 anos. A segunda permaneceu no cenário jurídico por 43 anos. Se fizermos uma comparação meramente “quantitativa”, a Constituição de 1988 ocupará, na melhor das hipóteses (se desconsiderarmos a Carta outorgada em 1967), um honroso terceiro lugar. Medalha de bronze.

Sob a perspectiva trabalhista então, pior ainda! Pois não é de hoje que os direitos dos trabalhadores estão no texto constitucional. Isso acontece por aqui desde 1934.

Caberia, assim, ao cidadão perguntar: Direito Constitucional do Trabalho, o que há de novo?

Este é o objetivo deste Capítulo de abertura: empreender um sobrevoo panorâmico por cima das possibilidades do direito do trabalho, dentro do marco da Constituição brasileira de 1988. Apresentar àqueles que não enxergam qualquer novidade, ou que desconfiam das boas novas, as razões “qualitativas” que possam modificar-lhes o ceticismo. E nada melhor do que o Direito Constitucional do Trabalho para reverter este cenário de desencanto.

Deveras, a comunhão entre o direito constitucional e o direito do trabalho tem a virtude de ressaltar, de uma única vez, as facetas positivas e negativas que integram a nova onda axiológico-normativa que avança numa velocidade sem precedentes. Falo do “constitucionalismo” ou da “constitucionalização do direito”. Vejamos, brevemente, como não há exagero nesta aproximação.

De um lado, ambos derivam do mesmo *ideal emancipatório*, do mesmo movimento de limitação do poder. O primeiro, do poder público (exercido pela autonomia política); o segundo, do poder particular (executado pela autonomia privada). De outra parte, estes dois ramos do direito compartilham da mesma dificuldade: a *dificuldade contramajoritária*. Pois tanto no direito constitucional, quanto no direito do trabalho, surge a possibilidade de as maiorias eleitas (na arena política e na arena sindical, respectivamente) terem sua vontade reprimida por juízes (não eleitos).

Eis aí, portanto, razões mais do que suficientes para um casamento promissor: identidade de vícios e virtudes.

Mas isso não é tudo. Ao consagrarmos a natureza híbrida do Direito Constitucional do Trabalho, torna-se indispensável uma melhor precisão conceitual. Por outras palavras, impõe-se o esclarecimento da seguinte indagação: o que é Direito Constitucional do Trabalho?

A imersão do direito do trabalho nas ondas do constitucionalismo impede que o seu significado continue “congelado” no tempo, isto é, não há como persistir numa definição voltada para o passado, alheia ao presente e de costas para o futuro.

A partir do instante em que novas ideias chegam, sem cerimônia, no panorama jurídico nacional — como, por exemplo: (1) a da Constituição como uma “ordem objetiva de valores” (*objektive Wertordnung*); (2) a da ascensão normativa dos princípios, (3) a da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; e (4) a da reabilitação da razão prática —, o jurista não deve negar o inevitável e agarrar-se às suas pré-compreensões, tal qual um turista aterrorizado que, diante de um *tsunami*, agarra-se ao coqueiro mais próximo. Ele deve, ao contrário, avaliar criticamente quais são as melhores alternativas de ação (interpretação) para, em seguida, posicionar-se estrategicamente, a fim de diferenciar, com equilíbrio, os excessos (causadores de estragos desnecessários) das oportunidades (geradoras de renovações há muito esperadas).

Dito isso, fica mais fácil explicar a organização deste primeiro Capítulo que o leitor tem em mãos.

Nele estão contidas algumas observações sobre os artigos que tratam dos direitos dos trabalhadores positivados no texto constitucional (arts. 7º a 11). A versão tradicional, portanto, do tema proposto. Só que, no seu conjunto, cuidam de (re)avaliar a natureza, o grau de importância e os efeitos extraídos daquelas posições jurídicas protegidas pelo constituinte e que, num ambiente de globalização econômica, têm sofrido severas críticas. Até onde estas críticas são verdadeiras?

Escrito não a duas mãos ou a quatro mãos, mas a dezenas de mãos e mentes interessadas em aprofundar o diálogo entre o direito constitucional e o direito do trabalho brasileiros, o Direito Constitucional do Trabalho vem avançando num caminho já desbravado por outros juristas⁽⁵⁶⁾. Intérpretes que sempre se mostraram atentos ao mundo do trabalho humano, com suas agruras e prazeres, muitas dúvidas e poucas certezas.

(56) Cf., por todos, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. ROMITA, Arion Sayão. *Direitos sociais na constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991. BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Direito constitucional do trabalho: aspectos controversos da automatização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. COUTINHO, Aldacy Rachid. *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004. ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. MALLETT, Estevão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. STÜMER, Gilberto (org.). *Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. *Constituição e liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 2007. GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

O incansável espírito pioneiro destes e de outros notáveis pensadores brasileiros deverá servir de exemplo para os que quiserem nos acompanhar nesta empreitada (nada confortável) em busca do consenso possível, entre a emancipação necessária à preservação do homem-trabalhador e o respeito (não menos indispensável) à autonomia da vontade que lhe confere as tão sonhadas oportunidades.

Feita a introdução, apertem os cintos e aproveitem o passeio. Pois nada melhor do que um sobrevoo argumentativo para se ter uma boa visão panorâmica do que está por vir.

II — O DIREITO DO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO

§ 1º — O dilema de sempre: corporativismo *versus* libertarianismo

Intervenção estatal desmedida *versus* liberdade sem meias-medidas; paternalismo inconsequente *versus* pragmatismo econômico; excesso de autonomia pública *versus* carência de autonomia privada. Estas, e também a do subtítulo acima, são algumas das ideias lançadas no debate entre os que defendem o direito do trabalho e os que almejam a sua redução, flexibilização ou, quiçá, a sua supressão. De um lado, estão os que ressaltam a falácia da igualdade formal, geradora da exploração impiedosa dos trabalhadores, desde os idos da Revolução Industrial⁽⁵⁷⁾. Na outra ponta, estão os que registram a ineficiência da atuação estatal, que, ao inflacionar os direitos “protetores”, acaba por criar uma legião de desprotegidos, isto é, de excluídos do mercado formal de trabalho, em virtude do excessivo custo que ele proporciona⁽⁵⁸⁾.

Pois bem. Este antigo dilema, conhecido de todos, chegou à Constituição de 1988. Nela, a desconfiança foi a palavra de ordem, levando os diferentes grupos de pressão a recheiar o texto constitucional com o máximo de interesses que conseguissem emplacar⁽⁵⁹⁾. Vista por todos como uma fortaleza em face de um futuro incerto, a Constituição foi construída com base em compromissos inclusivos, a partir dos quais se inseria um direito aqui, uma imunidade acolá, um monopólio ali ao lado, sempre com o intuito de resguardar o que já se possuía ou de, quem sabe, se conseguir um pouquinho mais.

Resultado: um documento com 250 artigos no seu corpo principal e 95 artigos na sua parte (supostamente) transitória. E, no que nos interessa, reservaram-se 5 artigos diretamente relacionados com o direito do trabalho (arts. 7º a 11), sendo que o mais importante deles (o art. 7º), com 34 incisos. Está feita a confusão.

Digo isso porque, ao se manufacturar uma Constituição, pretende-se (ao menos em tese) que ela seja um norte jurídico permanente, isto é, que sirva como guia e

(57) PARIJS, Philippe van. *O que é uma sociedade justa?* Trad. Cíntia Ávila de Carvalho. São Paulo: Ática, 1997. p. 82 *et seq.*

(58) POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Fifth edition. New York: Aspen Law & Business, 1998. p. 349. *et seq.*

(59) VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 130-131.

também como limite aos atos públicos e privados, seja no momento atual, seja daqui a duzentos anos⁽⁶⁰⁾. Como levar a sério esta característica, quando lidamos com um texto tão detalhista e gigantesco? Será que tudo o que está ali escrito será adequado a regular a vida dos nossos filhos, netos e bisnetos?

Basta dar uma olhada na quantidade de reformas que já foram efetuadas nestas duas décadas de vigência, para se esboçar uma resposta. Nada mais, nada menos do que 6 alterações por meio de revisão e 66 mediante emenda constitucional⁽⁶¹⁾. E, aí, chega-se ao paradoxo.

Tirando a EC n. 20/98 (que cuidou da previdência e, de quebra, aumentou a idade mínima para o trabalho), a EC n. 28/00 (que tornou prescritíveis as pretensões dos trabalhadores rurais) e a EC n. 53/06 (que reduziu a idade máxima para assistência gratuita dos filhos e dependentes em creches e pré-escolas), na esfera do direito do trabalho, justamente aquela que regulamenta uma das fatias mais complexas e dinâmicas das interações humanas e cujas necessidades variam na mesma velocidade das revoluções tecnológicas⁽⁶²⁾, não se efetuou nenhuma reforma sistêmica digna do nome. À exceção das modificações esparsas e superficiais acima referidas, até hoje ainda não se promoveu uma reforma de peso em quaisquer dos 5 artigos mencionados. Como se explica isso?

Uma primeira resposta poderia ser a da falta de consenso político. Já que o procedimento de alteração formal da Constituição exige um quórum bastante alargado (3/5) e um percurso mais demorado (2 turnos), seria muito difícil alcançar uma maioria tão qualificada para efetuar modificações sobre um tema que desperta tantas paixões. Se um mero projeto de lei, que visava a pôr fim ao imposto sindical, tornou os parlamentares objeto de xingamentos regados a ameaças de agressão física⁽⁶³⁾, imaginem o que poderia acontecer se a proposta almejasse acabar com algum direito usufruído (diretamente) pela totalidade dos trabalhadores. Imaginem, por exemplo, se fosse proposta a desconstitucionalização do adicional de 1/3 das férias.

Faço esta provocação, um pouco à queima-roupa, para advertir sobre o risco que se corre num contexto de engessamento normativo de tal envergadura. E não falo apenas de um risco retórico. Mas de um risco real, empiricamente comprovado pelo mundo afora, de que tanto o número excessivo de emendas constitucionais, quanto uma quantidade insuficiente delas, pode acarretar consequências bastante desagradáveis. De imediato, levaria a um enfraquecimento normativo tenebroso; e, a médio prazo, poderia estimular a substituição da Constituição vigente por uma nova⁽⁶⁴⁾, ou seja, parafraseando Aristóteles, a virtude está no meio: nem o congelamento paralisante, nem, tampouco, uma plasticidade deformadora⁽⁶⁵⁾.

(60) NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. 1. ed. 3. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 89.

(61) Ao menos, até a dia 13 de julho de 2010.

(62) ROMITA, Arion Sayão, *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, p. 392.

(63) Cf. O Globo *on line*, 1º.11.2007 (<<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/11/01/326989110.asp>>).

(64) Cf. LUTZ, Donald. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. In: LEVINSON, Sanford (ed.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995. p. 243-246 e 252.

(65) *Idem*, p. 243.