

A GLOBALIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS EM SENTIDO AMPLO ATRAVÉS DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS FUNDAMENTAIS

Flávia Moreira Guimarães Pessoa*¹

RESUMO

O mundo do trabalho assiste hoje à crescente superação do paradigma das relações de emprego em sentido estrito, assistindo-se cada vez mais a relações de trabalho em sentido amplo que se desenvolvem a partir dos novos fenômenos da globalização e revolução tecnológica. Tais novas categorias de trabalhadores precisam de proteção. Essa tutela pode ser efetivada a partir da hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais trabalhistas consagrados na constituição. Com efeito, o intérprete constitucional deve ter compromisso com a concretização da constituição de forma que, entre interpretações possíveis, deverá preferir aquela que conduza à máxima efetividade constitucional, evitando-se soluções no sentido da não auto-aplicabilidade da norma. Analisando-se o disposto no art. 7º da Constituição Federal, podem-se apontar como aplicáveis às relações de trabalho dos trabalhadores em sentido amplo os seguintes incisos: IV, V, VI, VII, IX, X, XIII, XV, XVI, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXX, XXXI, XXXII e XXXIII. Além destes, são também aplicáveis às relações de trabalho de natureza contínua os direitos a férias e ao décimo terceiro salário. Assim, com base em tais *standards* mínimos, pode-se empreender uma tutela razoável às relações de trabalho em sentido amplo, que são a tônica no panorama atual do mundo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL; DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS; GLOBALIZAÇÃO; RELAÇÕES DE TRABALHO.

*Coordenadora e Professora da Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho (TRT 20ª Região/UFS), Juíza do Trabalho Substituta (TRT 20ª Região), Professora Assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF, Doutoranda em Direito Público pela UFBA.

ABSTRACT

The world of work is today witnessing the growing overcome the paradigm of the relationship of employment in the strict sense, while is increasing the number of relations of work in the broad sense that develop from the new phenomena of globalization and technological revolution. These new categories of workers need protection. This can be done by hermeneutics of fundamental labour rights inside the constitution. Indeed, the interpreter must have constitutional commitment to the implementation of the constitution so that, among possible interpretations, it should prefer one that leads to the constitutional maximum effectiveness, avoiding up solutions for the non self-applicability of the standard. Looking up the provisions of art. 7 of the Federal Constitution, may be pointing to apply to the relations of the workers in the broad sense the following propositions: IV, V, VI, VII, IX, X, XIII XV, XVI, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII , XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXX, XXXI, XXXII and XXXIII. In addition, they are also applicable to contracts of employment of continuous nature rights to vacation and the thirteenth salary. Therefore, based on these minimum standards, you can undertake a reasonable protection of work in the broad sense, which is each time more common in the current world of work.

KEYWORDS: CONSTITUCIONAL HERMENEUTICS, LABOUR FUNDAMENTAL RIGHTS, GLOBALIZATION, RELATIONS OF WORK.

1- INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a caracterização dos direitos fundamentais trabalhistas individuais previstos no art. 7º da Constituição, procurando verificar a possibilidade de aplicação das tais normas às relações de trabalho *lato sensu*. Com efeito, a Constituição estabelece, no caput do seu art. 7º, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, todos aqueles indicados em seus incisos.

É interessante assinalar que a Constituição não fala em empregados urbanos e rurais, referindo-se genericamente a “trabalhadores”. É clara a distinção entre as

figuras, uma vez que empregado é uma espécie do gênero mais amplo trabalhador. Tal redação poderia dar margem ao entendimento de que os direitos estabelecidos no art. 7º são aplicáveis a todos os trabalhadores, mas essa leitura do referido dispositivo constitucional acabou não prevalecendo.

Agora, quando se assiste ao fenômeno da globalização², com a superação do paradigma fordista de produção, ambiente no qual foi concebida a prevalência das relações de emprego em sentido estrito, cumpre discutir a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais trabalhistas individuais a todos os trabalhadores e não apenas aos empregados.

O presente trabalho procura, então, verificar, em cada caso, a aplicabilidade ou não do direito dos direitos previstos nos incisos do art. 7º da Constituição Federal às demais espécies de trabalhadores não empregado. O estudo se justifica em razão das mudanças sofridas pela realidade trabalhista, que deslocou o eixo da relação de emprego tradicional para novas formas de trabalho. As transformações na sociedade prosseguem assim por muitos caminhos distintos, mas que, em conjunto, levam ao “novo paradigma do mundo do trabalho”. Com efeito, as organizações sindicais se distanciam das antigas e medievais corporações de ofícios. A tecnologia cria novas formas e novas ênfases³. Como acontece hoje em todos os campos da atividade humana, o mundo do trabalho busca adaptar-se à nova realidade advinda do o impacto conjunto da revolução tecnológica e da globalização da economia que pôs em xeque as bases em que se assentavam as relações do trabalho assalariado, tanto na dimensão institucional quanto

² Segundo Moura (1998, p.81-82), a globalização leva por terra os limites tradicionais e demais formas de demarcação de áreas de interesse. Operacionalmente, a globalização permite uma grande agilidade na administração. Por outro lado, a força das empresas transnacionais é cada vez mais surpreendente. pois lideram o progresso tecnológico, comandam os processos de pesquisa e desenvolvimento, determinam o limite do acesso público às informações e capacidade de consumo. Segundo o autor, ainda, a globalização prejudica, muitas vezes, a sobrevivência da indústria nacional, que fica à mercê da competição desigual com certos países produtores. Por fim, destaca ainda que a globalização onera fortemente os trabalhadores, tirando-lhes ou reduzindo-lhes empregos e salários, criando o paradoxo da produção cada vez mais abundante de bens e serviços, a preços cada vez mais competitivos, mas tendo como resultado a drástica diminuição de empregos, o rebaixamento dos salários.

³ Atualmente, os serviços dominam todos os setores de produção econômica, que cada vez são mais dependentes de pesquisa e tecnologia, de controle de qualidade, de financiamentos seletivos, de qualidade dos serviços, de distribuição eficiente, enfim da qualidade da mão-de-obra refletida na qualidade total dos serviços. Outra modalidade de trabalho que vem assistindo a um grande crescimento ao longo dos últimos anos é a do teletrabalho, ou o trabalho realizado fora do escritório, por muitos conhecido também como “empresa virtual”. Pelo lado do trabalhador, apresenta vantagens de economia do tempo gasto em locomoção da residência para o escritório ou fábrica, além de poder realizar suas atividades em casa, administrando o tempo disponível em conjunto com as atividades domésticas. Pelo lado da empresa, representa economia de instalações e material de consumo. (MOURA, 1998, p.44)

nas abordagens científicas, nos campos da administração, da economia, da sociologia e, até, da psicologia.

A globalização está longe de esgotar-se como tema de debates, não obstante o tanto que sobre ela já se escreveu. O que importa agora destacar, porém, não são os reflexos da globalização, dos avanços tecnológicos, do desemprego. Ao contrário, o que é relevante frisar dentro deste contexto é que a aplicação direta dos direitos fundamentais na relação de trabalho *lato sensu* pode servir de escudo protetor contra ondas de flexibilização que, elaboradas com o intuito de promover o crescimento econômico, não logram resolver o problema do desemprego, até porque esse é, nos dias atuais, essencialmente estrutural.

Eis, assim, a importância da contextualização do tema dentro do novo paradigma do mundo do trabalho. Com efeito, a interpretação tradicional no sentido de que os direitos inseridos no art. 7º da Constituição Federal apenas são aplicáveis aos empregados não mais pode subsistir diante da necessidade de tutela jurídica às novas formas de trabalho em sentido amplo que são a tônica da sociedade atual. Fixado tal ponto, adentra-se no conteúdo específico da interpretação constitucional concretizadora dos direitos fundamentais, o que se empreende no tópico seguinte.

2. A EVOLUÇÃO DO RACIOCÍNIO JUDICIÁRIO: DO DIREITO NATURAL À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETIZADORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O presente item procura apontar o desenvolvimento das teorias sobre o papel da interpretação. Parte da perspectiva de que é possível compreender a ciência do direito a partir da evolução do raciocínio judiciário, com base no pressuposto de que o ordenamento jurídico pode ser entendido como “o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz” (BOBBIO, 1995, p. 28).

Nessa busca de sistematização, adota-se a divisão proposta por Perelman, que distingue três fases na formação da ideologia judiciária ocidental: a primeira, desde seus primórdios até a Revolução Francesa; a segunda entre a Revolução Francesa e a

Segunda Guerra Mundial e a terceira a partir do final da Segunda Guerra (PERELMAN, 1998, p.184) ⁴.

Na primeira fase, não havia separação de poderes, sendo o soberano detentor das funções de administrar, legislar e julgar. Ainda não existia um corpo completo de leis, de forma que o julgador norteava-se pelo critério de “justiça”, devendo fundamentar-se em regras jurídicas, morais, religiosas etc. Prevalciam, à época, os primados e a legitimidade do chamado direito natural, cujo fundamento evoluiu, no decorrer dos tempos: tomava por base a natureza humana, na Antigüidade Clássica; ancorou-se no poder divino, durante a Idade Média⁵ e terminou por assentar-se na razão, com o iluminismo, na Idade Moderna.

A partir da Revolução Francesa, afirmaram-se os pressupostos da separação de poderes, bem como a exigência de motivação das decisões. Além disso, foram fixadas, em primeiro plano, a legalidade e a segurança jurídica como parâmetros para a coexistência social harmônica e a interferência estatal legítima. Nessa fase, prevaleceu o positivismo jurídico, na versão tradicional, sendo as decisões judiciais formuladas com base em um raciocínio lógico-dedutivo formal.

A partir da Segunda Guerra Mundial, com a verificação de que a decisão judicial, para ser justa, não poderia limitar-se à lógica dedutiva tradicional, os teóricos passaram a buscar novas perspectivas para a problemática da decisão. Teve início, assim, o terceiro momento do raciocínio judicial.

Essa fase, segundo Perelman (1998, p. 185), relaciona-se a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Nesta fase, é permitido ao Juiz, para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei, tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos

⁴ As datas assinaladas não são inflexíveis, servindo apenas como referência para fixação do momento histórico.

⁵ Na Idade Média, o direito romano difundiu-se com o nome de direito comum, o qual, por seu turno, se contrapunha ao *jus proprium*, ou seja, aquele direito próprio das diversas instituições sociais⁵. Contudo, conforme assinala Machado Neto (1975, p. 83), durante toda a Idade Média, os fundamentos do direito natural jamais deixaram de ser a inteligência e a vontade divinas. Como maiores expoentes da Idade Média, devem ser destacados Santo Agostinho –da primeira fase, chamada patrística– e Santo Tomás de Aquino, no período conhecido como escolástico.

princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. Essa nova concepção acresce a importância do direito pretoriano, fazendo do juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: Desta forma, Perelman destaca que se assiste à aproximação entre a concepção continental do direito e a concepção anglo-saxã. (PERELMAN, 1998, p. 185).

Assiste-se, portanto, a um período de maior aproximação entre direito e moral, muito embora não se trate propriamente de retorno ao direito natural. Essa nova fase busca a aplicação dos valores, quer por via dos princípios de direito, quer pela tópica jurídica.

De acordo com a vertente tópico-retórica do pós-positivismo, a estrutura das decisões jurídicas se funda no esforço de persuasão e convencimento. Esse novo modelo de legitimação das decisões judiciais tem como pressuposto o reconhecimento da natureza dialética e argumentativa do direito. A forma de pensar tópico-retórica visa, assim, dar ênfase aos mecanismos persuasivos que formam o discurso jurídico, buscando o consenso, para dar suporte e legitimidade à decisão judicial.

Outra vertente do pós-positivismo de fundamental relevância é aquela que busca recuperar a força normativa dos princípios de direito, com todo seu potencial valorativo. O estudo da teoria da decisão judicial recebeu grande contribuição de Ronald Dworkin que criou um modelo segundo o qual o trabalho do juiz é reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido.

A exemplo de Dworkin, Alexy desenvolve sua teoria inserindo os princípios no seu modelo de sistema jurídico. Além disso, comunga também com a preocupação de Dworkin, no sentido de restringir o âmbito da discricionariedade judicial. Entretanto, sob o ponto de vista da decisão judicial, a grande diferença entre os dois é que Alexy desenvolve uma teoria procedimental para a obtenção da resposta correta, evitando, dessa forma, o recurso ao juiz Hércules desenvolvido por Dworkin.

Dentro deste panorama do pensamento jurídico contemporâneo, não há como se olvidar os estudos hermenêuticos de Heidegger e Gadamer, que analisaram e difundiram o conceito da pré-compreensão. Heidegger (1988, pág. 207) entende que a interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão

prévia e concepção prévia. A interpretação, assim, segundo o autor, nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições.

Para Gadamer, de igual forma, toda experiência hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, a pré-compreensão, que constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se do círculo da compreensão.

As análises até aqui empreendidas são fundamentais para a concretização dos direitos fundamentais, pois, dado ao caráter aberto e amplo da constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que em outros setores do direito, em que as normas são mais detalhadas.

Nesse sentido, expõe Konrad Hesse (1992, p. 35) que o objetivo da interpretação constitucional é deduzir o resultado constitucionalmente correto através de um procedimento racional e controlável e fundamentar esse mesmo resultado, criando certeza e previsibilidade jurídicas e não apenas a solução de determinado caso concreto.

A teoria tradicional da interpretação persegue revelar a vontade objetiva da norma ou a vontade subjetiva do legislador mediante a análise do texto, de seu processo de criação, além do sentido e finalidade da norma. Porém, demonstra Hesse (1992, p. 38) que essa idéia tradicional apresenta uma série de dificuldades, em especial porque os métodos de interpretação tradicional não oferecem orientação suficiente, já que deixam em aberto qual orientação seguir quando conduzem a resultados de interpretação diferentes.

Pode-se afirmar que a interpretação constitucional é concretização. O procedimento de concretização proposto por Hesse (1998, p. 63) prevê que no avanço tópico, guiado e limitado normativamente, devem ser achados e demonstrados pontos de vista dirigentes que são buscados e fundamentam a decisão final da maneira mais convincente possível. Se esses pontos de vista contêm premissas materialmente apropriadas, elas possibilitam deduções que conduzem ou contribuem para a resolução de problemas. O intérprete, então, deve escolher os pontos de vista – *topoi* - apropriados, excluindo os demais.

Hesse (1992, p. 45) refere que aos princípios de interpretação constitucional corresponde a missão de orientar o processo de interpretação. Dentre esses princípios, o autor ressalta, em primeiro lugar, o princípio da unidade da constituição, pelo qual a

constituição deve ser sempre interpretada de tal maneira que se evitem contradições com as outras normas da mesma constituição (HESSE, 1992, p. 45). Em íntima relação com o primeiro, Hesse relaciona o princípio da concordância prática, que estabelece os limites dentro da ponderação de valores, na hipótese de conflito entre os bens jurídicos protegidos pela norma constitucional (HESSE, 1992, p. 46).

Hesse (1992, p. 47) destaca, ainda, o princípio da correção funcional, segundo o qual, se a constituição regula de uma determinada maneira a repartição de atribuições dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve manter-se fiel às funções previamente estabelecidas. Outro princípio destacado é o da eficácia integradora. Assim, se a constituição se propõe a criação e manutenção da unidade política, tal fato exige outorgar preferência à interpretação que promova e mantenha a dita unidade.

Por fim, o último critério apontado por Hesse (1992, p. 47) é o da força normativa da constituição, que pugna que se dê preferência à solução dos problemas jurídico-constitucionais que conduzam à máxima efetividade da norma constitucional. De acordo com o princípio da máxima efetividade, o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da constituição de forma que, entre interpretações possíveis, deverá preferir aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando-se ao máximo soluções que “se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador” (BARROSO; BARCELOS, 2006, p. 364).

Fixadas as balizas essenciais da hermenêutica constitucional concretizadora, passa-se no item seguinte, a analisar a definição e conteúdo dos direitos fundamentais, como pressuposto para análise dos direitos trabalhistas individuais fundamentais.

3. DEFINIÇÃO E CONTEÚDO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS

A conceituação do que sejam direitos fundamentais é particularmente difícil, tendo em vista a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico. Aumenta essa dificuldade o fato de se empregarem várias

expressões para designá-los, como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”⁶ etc.

A expressão direitos fundamentais, consoante assinala José Afonso da Silva (2005, p. 56) não significa esfera privada contraposta à atividade pública, mas sim “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”. Da definição exposta pelo autor, verifica-se sua posição no sentido de limitar a expressão ao campo de abrangência da proteção dos particulares contra o Estado.

Uma noção mais atualizada dos direitos fundamentais, porém, conduz à conclusão de que estes representam a constitucionalização dos direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história e que são reconhecidos como condição para o exercício dos demais direitos. Haveria, dessa forma, “um conteúdo mínimo de direitos fundamentais que caracterizam o direito de um Estado Democrático” (SAMPAIO, 2006, p. 17).

Quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais, esse foi sendo paulatinamente alterado, a partir da verificação do seu caráter histórico. Com efeito, consoante assinala Canotilho (1989, p. 425), os direitos fundamentais “pressupõem concepções de Estado e de Constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais”.

Numa perspectiva atual, reconhecem-se os direitos fundamentais como tendo uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em sua significação objetiva “os direitos fundamentais representam as bases do consenso sobre os valores de uma sociedade democrática, ou seja, sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático escolhido pelos cidadãos”. Já em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais “têm a função de tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança dos cidadãos, não só em suas relações com o Estado, mas em relação aos demais membros da sociedade” (SAMPAIO, 2006, p. 34-35).

⁶ Consoante assinala Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 55) a expressão direitos naturais refere-se “àqueles inerentes à natureza do homem; direito inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem”. Já direitos humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais, sendo terminologia pouco usada na doutrina, salvo para referir-se aos direitos civis ou liberdades civis. Os direitos públicos subjetivos constituem “um conceito técnico-jurídico do Estado Liberal, preso, como a concepção direitos individuais, à concepção individualista do homem (SILVA, 2005, p. 55). Liberdades fundamentais ou liberdades públicas são expressões ligadas à concepção dos direitos públicos subjetivos e direitos individuais”.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS INSERTOS NO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Cumpre, agora, pormenorizar o estudo sobre o conteúdo do art. 7º da Constituição, ressaltando que o seu caput estabelece a consagração do princípio da proteção, ao estabelecer o rol como o mínimo de direitos aplicáveis.

Estabelece, inicialmente, o inciso I do art. 7º da Constituição a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o que deverá ser feito nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Porém, a lei complementar que deveria regulamentar o referido inciso até hoje não foi formulada. Em consequência, o inciso ainda não tem eficácia plena⁷, já que faz expressa referência que a proteção se dará “nos termos de lei complementar”. O ato das disposições constitucionais transitórias, já prevendo a demora na promulgação da lei complementar, estabeleceu aumento na multa rescisória do fundo de garantia do tempo de serviço, além de fixar hipóteses de estabilidade provisória da gestante e do membro da comissão interna de prevenção de acidentes.

Questiona-se se o disposto no art. 7º, inciso I, constitui direito fundamental do trabalhador, independentemente de sua qualificação como empregado. Nesse aspecto, convém observar que a adoção de mecanismos que busquem evitar a despedida abusiva ou sem justa causa vem ao encontro dos princípios básicos de proteção da dignidade do trabalhador. Afinal, sua força de trabalho é a sua forma de sobrevivência. Contudo,

⁷ José Afonso da Silva (1998, p. 86-91) distingue as normas em eficácia plena, contida e limitada, as quais, por seu turno, se dividem em normas de princípio institutivo e de princípio programático. Segundo o autor, a norma constitucional de eficácia plena dispõe precisamente sobre a matéria que se trata, disciplinando a conduta positiva ou negativa a ser seguida. A aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia plena é imediata, sendo desnecessária e redundante a atividade do corpo legislativo ordinário. Tem os seguintes caracteres essenciais: a) contêm vedações ou proibições; b) conferem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designam órgãos ou autoridades especiais para execução do comando constitucional; d) não indicam procedimentos solenes para sua execução; e) não demandam do legislador ordinário. Já as normas de eficácia contida têm conteúdo que pode ser limitado pelo legislador ordinário, tendo os seguintes caracteres: a) são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo remissão a uma legislação futura. b) sua eficácia será plena enquanto não houver intervenção legislativa; c) são de aplicabilidade direta e imediata; d) alguma delas já contém um conceito ético judicizado; e) sua eficácia pode ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais. Por sua vez, as normas de eficácia limitada são dispositivos que não se encontram à disposição do destinatário para, desde sua criação, regular o objeto sobre o qual versa o enunciado. As de princípio institutivo visam dar corpo a órgãos e instituições, e as de princípio programático são aquelas que evidenciam o caráter compromissório das Constituições modernas.

deve-se ter em mente que, a partir do momento em que se repute o direito como universal para todas as categorias de trabalhadores, estar-se-ia a desconsiderar as condições peculiares de cada tipo, em especial em relação às relações de trabalho autônomo. Por tais motivos, pode-se concluir que o inciso não expressa um direito fundamental do trabalhador *lato sensu*.

O inciso II do art. 7º da Constituição estabelece o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário. Trata-se de dispositivo regulamentado pela Lei nº. 7.998/90, que em seu art. 3º estabelece os requisitos para concessão do benefício. Não se trata de direito fundamental do trabalhador, mas de medida que visa a garantir a sobrevivência do trabalhador no período de desemprego, mas que não constitui direito do trabalhador *lato sensu*.

O direito estabelecido no inciso III do art. 7º da Constituição, o fundo de garantia do tempo de serviço, é tradicional na legislação brasileira desde sua instituição em 1966. O FGTS foi criado, naquele ano, pela Lei nº. 5.107, inicialmente como sistema alternativo ao sistema estabilitário e indenizatório da CLT. O inciso II do art. 7º da Constituição, porém, generalizou o sistema do FGTS, deixando o regime de ser opcional. Assim, embora figure no rol do art. 7º como um direito do trabalhador, na realidade sua inserção na Constituição significou a superação do regime de estabilidade decenal preconizado pelo art. 492 da CLT e da indenização prevista no art. 478 do mesmo diploma legal. Portanto, o fundo de garantia do tempo de serviço não é um direito fundamental do trabalhador, sendo, ao contrário, uma criação do legislador brasileiro para elidir a estabilidade decenal do empregado.

A Constituição prevê, em seu art. 7º, inúmeras garantias relativas ao salário do trabalhador. Nesse aspecto, o inciso IV estabelece o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender, segundo seus termos, “a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. Por sua vez, o inciso V estabelece o “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” e o inciso VI a “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”. O inciso VII estabelece a “garantia de salário, nunca inferior ao

mínimo, para os que percebem remuneração variável”. Por fim, o inciso X fixa a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

O plexo de garantias salariais inseridas nos incisos IV a VII do art. 7º deve ser entendido como direito fundamental do homem trabalhador, independentemente da sua condição de empregado. Com efeito, a natureza alimentar da remuneração paga ao trabalhador, qualquer que seja a espécie, conduz à conclusão de que essas garantias são mínimas e essenciais. Ressalte-se, por outro lado, que, quando se menciona o salário mínimo, deve-se entender o salário mínimo hora, uma vez que muitas atividades autônomas desenvolvem-se em unidades de tempo inferiores a um mês.

O inciso VIII do art. 7º da Constituição Federal estabelece o direito ao décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria. Consiste em “parcela contraprestativa paga pelo empregador ao empregado, em caráter de gratificação legal, no importe da remuneração devida em dezembro de cada ano ou no último mês contratual, caso rompido antecipadamente a dezembro o pacto” (DELGADO, 2004, p. 740).

Questão importante é saber se a parcela se insere entre os direitos fundamentais do trabalhador. Nessa análise há que se separar a hipótese de qualquer gênero de trabalhador daquele outro, embora autônomo, possua vínculo com caráter de continuidade em relação ao tomador de serviços. Com efeito, para aquele trabalhador que desempenha um trabalho eventual, não há como se considerar o pagamento relativo ao 13º salário. Contudo, para aquele que desenvolve uma relação de continuidade no correr do ano, não há empecilho para tal pagamento, sendo, ao contrário, medida que se impõe.

O inciso IX do art. 7º da Constituição estabelece a remuneração do trabalho noturno superior ao trabalho diurno. Cuida-se de tratamento diferenciado conferido ao trabalhador noturno em razão da exigência de labor em período em que o ambiente físico externo induz ao repouso. Além disso, a proteção constitucional também se justifica em razão da maior dificuldade de inserção social daquele que trabalha em horário distinto da maioria da população. O adicional remuneratório noturno é um direito fundamental do trabalhador. É necessário salientar, contudo, que as regras da Consolidação das Leis do Trabalho no tocante a esse adicional não podem ser utilizadas de forma analógica para a fixação da remuneração devida a outras categorias que não se

inserir na relação de emprego. Para isso, é necessária prévia lei regulamentadora do tema.

Estabelece o inciso XI do art. 7º da Constituição a participação do trabalhador nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, a participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. Nem a participação nos lucros e resultados nem a participação na gestão da empresa constituem direitos fundamentais do trabalhador, não gozando das características da historicidade e caráter basilar de direito.

Fixa o inciso XII do art. 7º da Constituição o salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda, nos termos da lei. Atualmente, o benefício é devido, nos termos do art. 65 da Lei nº. 8.213/91, ao segurado empregado, exceto ao doméstico, e ao segurado trabalhador avulso. O direito ao salário-família não constitui direito fundamental do trabalhador. Na verdade, trata-se de parcela ineficaz como medida para promover a inserção social do trabalhador e sua prole e inadequada quanto à forma de instituição.

A Constituição estabelece, no inciso XIII do art. 7º, a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Fixa, ainda, no inciso XIV, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. Por sua vez, o inciso XVI estabelece a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal. A Constituição de 1988 inovou ao reduzir a jornada de quarenta e oito para quarenta e quatro horas semanais, fixando, além disso, a jornada nos turnos ininterruptos de revezamento. Outro ponto de avanço foi a fixação do adicional remuneratório mínimo em 50% para a realização de horas extras.

Não restam dúvidas de que as regras sobre a duração do trabalho inseridas na Constituição constituem direito fundamental de todos os trabalhadores, devendo ser observados os critérios constitucionais para a fixação de carga horária máxima de trabalho. Há, porém, uma ressalva, em relação ao tratamento jurídico do adicional remuneratório de horas extras. Isso porque, que, em geral, na prestação de serviços fora dos moldes da relação de emprego, não existe controle da jornada de trabalho do

prestador de serviços, o que tornaria incompatível a fixação de adicional remuneratório de horas extras.

A Constituição consagra o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos no inciso XV do art. 7º e estabelece, no inciso XVII, o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. Da mesma forma que o repouso semanal remunerado, também as férias são fixadas com o objetivo de assegurar a saúde do trabalhador e sua inserção familiar e comunitária. A exemplo das regras relativas à duração do trabalho, também a proteção ao descanso do trabalhador pode ser considerada como direito fundamental a ser garantido a todas as categorias de trabalhadores e não somente aos empregados. Há que salientar, porém, especialmente em relação às férias, que esse direito somente se poderá efetivar em relação às prestações de serviços de natureza contínua no decorrer do ano, não havendo como se verificar nas relações de trabalho meramente eventuais.

A Constituição estabelece a proteção à maternidade e à paternidade. Em seu art. 7º, inciso XVIII, fixa a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. O inciso XIX do art. 7º prevê a licença-paternidade, nos termos fixados em lei. Nos termos da Constituição, tanto a licença maternidade quanto a paternidade constituem direito fundamental do trabalhador, independentemente da sua condição de empregado. Em última análise, cuida-se de proteção à infância e, desta forma, trata-se de ônus para toda a sociedade, impondo-se o seu respeito.

O art. 7º estabelece, em seu inciso XXI, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei. Trata-se de garantia de mão dupla, que atinge empregados e empregadores, sendo ambos obrigados a conceder o aviso. Cuida-se, portanto, de direito fundamental do trabalhador nas hipóteses de relação jurídica de trabalho de natureza continuativa e por tempo indeterminado. É que o prestador de serviços desenvolve suas atividades de modo continuado e deve conceder aviso prévio de que não mais deseja continuar na prestação de serviços. Tem também o direito de ser pré-avisado da intenção de rescisão contratual.

O art. 7º da Constituição estabelece, também, em seu inciso XXII, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Por outro lado, o inciso XXVIII determina a obrigatoriedade de seguro contra acidentes de

trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Os direitos estabelecidos nos incisos XXII e XXVIII do art. 7º da Constituição constituem direitos fundamentais dos trabalhadores, não apenas dos empregados. Convém salientar que, neste caso, a redução dos riscos inerentes ao trabalho deve ser aplicada a qualquer tipo de trabalho humano, eventual ou contínuo, subordinado ou não, tendo em vista a necessidade de se assegurar a dignidade do homem trabalhador.

A Constituição estabelece, no seu inciso XXIII do art. 7º, o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Pode-se afirmar que os adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade não constituem direitos fundamentais do trabalhador. Na realidade, o direito fundamental está em assegurar-se ao trabalhador um meio ambiente que não tenha agentes insalubres, perigosos ou penosos. Com efeito, ao se aceitar a tarifação estabelecida pela regulamentação dos adicionais, está-se a tolerar o trabalho humano em tais condições, o que, sem dúvida, não pode ser alçado à condição de direito fundamental do empregado. Assim, a existência dos adicionais e a conseqüente permanência dos agentes insalubres, perigosos e penosos é uma característica para funcionamento do sistema econômico, sem, contudo, configurar direito fundamental do trabalhador.

Estabelece o inciso XXIV do art. 7º da Constituição o direito à aposentadoria. O próprio texto constitucional estabelece as condições e requisitos para sua concessão. A aposentadoria é um direito fundamental do trabalhador. Com efeito, trata-se de um benefício de ordem previdenciária, sujeito, portanto, às contribuições do trabalhador e sua filiação ao regime de previdência social. Como o trabalhador, em geral, conta apenas com a sua força de serviço, é necessário algum mecanismo para assegurar sua subsistência no momento em que a prestação de serviços se torna mais dificultosa. Assim, a aposentadoria é um dos direitos básicos do homem trabalhador.

O inciso XXV do art. 7º da Constituição prevê que é assegurada a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas. O inciso refere-se à educação infantil. A previsão do art. 7º, inciso XXV, da Constituição Federal constitui direito fundamental do trabalhador. Tal direito deverá ser assegurado prioritariamente pelo Estado e subsidiariamente pela iniciativa privada, através da instalação de creches patrocinadas pelos empregadores. Convém, entretanto,

observar que, antes da necessária regulamentação, a exigência inserta no inciso sob exame somente se sustenta nas hipóteses em que as normas coletivas da categoria regulamentem o dever de criação de creches e educação pré-escolar patrocinadas pelo empregador.

O art. 7º, inciso XXVI, da Constituição preceitua o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Tal reconhecimento é importante na medida em que o direito do trabalho, além das regras de ordem heterônoma, convive, também, com diversas regras de ordem autônoma. O reconhecimento de convenções e acordos coletivos é um direito fundamental do trabalhador, intimamente ligado aos direitos fundamentais coletivos dos trabalhadores, como o direito de sindicalização e de greve.

De acordo com o inciso XXIX do art. 7º da Constituição, o direito de ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, tem o prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. A redação do dispositivo foi dada pela Emenda Constitucional nº. 28/00, pois anteriormente os créditos trabalhistas rurais eram imprescritíveis no curso da relação de emprego. A inserção do inciso XXIX no art. 7º causa estranheza porque se está a tratar de extinção do direito de ação e não propriamente de direito assegurado ao empregado.

A redação inicial do dispositivo parece fazer crer que o que se estabelece é o direito de ação. Porém, logo se verifica que tal interpretação não corresponde à realidade, uma vez que a pretensão foi realmente a de elevar ao nível constitucional os prazos prescricionais dos créditos trabalhistas. Ressalte-se, neste aspecto, que, se não fosse para estabelecer o prazo prescricional, o inciso seria completamente desnecessário, porquanto o direito de ação já se encontra previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição. Não se trata, assim, de direito fundamental do trabalhador, sendo, ao contrário, medida apenas conjuntural, de verificação dos prazos hábeis ao reconhecimento da prescrição.

O art. 7º da Constituição fixa um rol de medidas antidiscriminatórias e protetivas, com o objetivo de favorecer o mercado de trabalho para categorias especialmente prejudicadas. Com esse objetivo, estabelece, em seu inciso XX, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos

termos da lei. Outrossim, no inciso XXVII, fixa a proteção em face da automação, na forma da lei.

Em relação à vedação de práticas discriminatórias, estabelece o art. 7º, em seu inciso XXX, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Já no inciso XXXI fixa a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Por fim, no inciso XXXII preceitua a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, ou entre os profissionais respectivos.

Assim, ao vedar práticas discriminatórias e ao promover o mercado de trabalho, a Constituição atende à promoção do princípio da igualdade, já analisado neste trabalho. Trata-se, portanto, de direitos fundamentais dos trabalhadores, aplicáveis não apenas às hipóteses de relação de emprego, mas também às diversas formas de relação de trabalho.

Estabelece o inciso XXXIII do art. 7º da Constituição a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Trata-se da proteção constitucional contra o trabalho infantil e adolescente, aperfeiçoada pela Emenda Constitucional n. 20, que aumentou de quatorze para dezesseis anos a idade mínima para o trabalho. Conforme se verifica, a previsão constitucional de proteção à infância e à adolescência vai ao encontro de todo o normativo internacional protetivo, configurando-se, assim, direito fundamental dos trabalhadores.

O inciso XXXIV do art. 7º da Constituição estabelece a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Esse último é aquele trabalhador que presta serviços a inúmeras empresas, através de entidade de classe, por intermédio desta e sem vínculo empregatício. Assim, caracterizam o trabalho avulso a intermediação do sindicato ou órgão específico de colocação de mão-de-obra, a curta duração dos serviços e a prevalência da forma de rateio para a remuneração.

A igualdade de direitos, propiciada pela Constituição de 1988, entre avulsos e empregados fortalece a tese de que também alguns direitos, dado o seu caráter de

direitos fundamentais, devem ser assegurados às categorias não inseridas nas relações de emprego.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já foi referido, este trabalho tem como proposta apresentar os parâmetros mínimos de proteção ao trabalhador *lato sensu*, a serem aplicados com base no reconhecimento dos direitos fundamentais trabalhistas. Neste aspecto, ressalte-se a possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais aos trabalhadores independentemente de qualquer alteração legislativa.

Essa aplicação direta dos direitos fundamentais pode ser reconhecida pela jurisprudência, a partir do desenvolvimento de interpretações que primem pelo reconhecimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, a partir de uma hermenêutica constitucional concretizadora. A partir de tal hermenêutica, reconhece-se que os direitos fundamentais trabalhistas são aplicáveis a todas as categorias de trabalhadores, não apenas àqueles que sejam empregados.

Assim, podem-se apontar como aplicáveis às relações de trabalho dos trabalhadores em sentido amplo os seguintes direitos trabalhistas fundamentais indicados no art. 7º da Constituição Federal: incisos IV (salário mínimo hora), V (proporcionalidade da contraprestação à extensão e complexidade do trabalho), VI (irredutibilidade da contraprestação), VII (garantia do salário mínimo), IX (contraprestação noturna superior à diurna), X (proibição da retenção dolosa da contraprestação), XIII (limitação da jornada de trabalho) XV (repouso semanal remunerado), XVI (remuneração superior do trabalho extraordinário), XVIII (licença à gestante), XIX (licença-paternidade), XX (proteção do mercado da mulher), XXI (aviso-prévio) XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho) XXIV (aposentadoria), XXV (assistência gratuita aos filhos e dependentes), XXVI (reconhecimento dos acordos e convenções coletivas), XXVII (proteção em face da automação), XXVIII (seguro contra acidentes de trabalho), XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivos discriminatórios), XXXI (proibição de discriminação com o portador de deficiência), XXXII (proibição de distinção entre trabalhadores intelectuais e manuais), XXXIII (proibição de trabalho

noturno, insalubre ou perigoso ao menor de dezoito anos e de qualquer trabalho ao menor de dezesseis anos). Além dos direitos trabalhistas fundamentais individuais citados, são também aplicáveis às relações de trabalho de natureza contínua, os direitos a férias e ao décimo terceiro salário.

Com base em tais *standards* mínimos, pode-se empreender uma tutela mínima às relações de trabalho em sentido amplo, através do reconhecimento da aplicação direta dos direitos fundamentais trabalhistas individuais às relações de trabalho em sentido amplo, que são a tônica no panorama atual do mundo do trabalho

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y constitucionales, 2002.

_____. *Teoria de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad de Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoria Juridica Y Filosofia del Derecho n. 28. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 271-298.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, 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, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.339-357.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis, Vozes, 1997

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo, Parte I*. Petrópolis, Vozes, 1988

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Escritos de Direito Constitucional*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: SAFE, 1998.

MOURA, Paulo C. *A crise do emprego: uma visão além da economia*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. de Vergínia k. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTR, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: Ltr, 1999.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.