

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SEU SISTEMA ESPECIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

José Felipe Ledur*

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988 constitui evento único na história constitucional brasileira, resultado da mobilização social e política que levou à convocação da Assembleia Nacional Constituinte encarregada de dar conteúdo normativo às reivindicações de variada natureza que mobilizavam a sociedade civil do país, o qual emergia de longo período de arbítrio político. O objetivo do presente artigo é identificar e discorrer sobre alguns dos elementos que conformam o assim designado *sistema especial de direitos fundamentais do trabalho* introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988.

Como questão preliminar, reporto de modo sucinto aspectos que dão configuração a um “sistema” jurídico, especialmente sob o ponto de vista interno, com a finalidade de fixar conceitos que sejam úteis para a compreensão do propósito do presente texto.

As motivações que levam ao reconhecimento do caráter fundamental de um direito em dado momento da vida de um país são objeto de consideração inicial. As implicações que a experiência estrangeira teve na recepção de direitos fundamentais clássicos por nossas constituições e na própria categorização jusfundamental de direitos do trabalho pela Constituição de 1988 justifica investigação a esse respeito.

Em seu sentido clássico, enquanto vinculados à consolidação do Estado Liberal do século XIX, os direitos fundamentais corresponderam a direitos de liberdade ou de defesa assegurados pela Constituição contra intervenções não autorizadas do Estado na esfera vital do indivíduo. No pós-guerra da segunda metade do século passado, o constitucionalismo social e democrático impôs nova feição aos direitos fundamentais que a sociedade se reserva ao constituir juridicamente o

* Desembargador federal do trabalho da 4ª Região.

Estado. De constituições centradas na organização dos poderes do Estado, diante dos quais os direitos fundamentais se articulavam subjetivamente enquanto espaços de defesa contra intervenções não autorizadas, transitou-se para o reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional e a eles agregou-se dimensão jurídico-objetiva, na qual sobrelevam valores e princípios reitores da ordem jurídica em geral. Desdobramentos jurídicos desse renovado modelo de concepção de Estado, que segundo nossa Constituição é Democrático de Direito, serão examinados no intuito de clarificar a noção de direitos fundamentais, seja do ponto de vista estrutural, seja sob o ângulo de seu conteúdo.

O reconhecimento de direitos fundamentais do trabalho, de caráter individual e coletivo, que integram o rol dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, constitui alteração inovadora porque posiciona particulares (empregadores/tomadores de trabalho) no polo passivo de direitos fundamentais, e por isso objeto de análise. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais aos trabalhadores, concreção do próprio valor social do trabalho erigido, ao lado de outros, a fundamento da República Federativa do Brasil, é o ponto culminante da evolução jurídico-constitucional de aproximadamente um século no Brasil. Por isso, as consequências desse trânsito do núcleo dos direitos do trabalho da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e da legislação infraconstitucional para a Constituição, mais especificamente para o sistema especial de direitos fundamentais do trabalho nela consolidado, determinam a necessidade de dogmática jurídica que responda a essa nova normatividade juslaboral, o que também é tema deste trabalho.

A interpretação e a aplicação dos direitos do trabalho não devem ser determinadas pela legislação infraconstitucional, mas sim pela Constituição e seu catálogo de direitos fundamentais. Assim, a jurisdição trabalhista, encarregada de dar, com precedência, concreção a prestações materiais resultantes do direito fundamental ao trabalho, também merecerá breve atenção.

1 – QUESTÃO PRELIMINAR: CONCEITO DE SISTEMA

A organização de elementos comuns ou especiais que dão feição própria a determinada ciência não é exclusiva da ciência jurídica. No que diz respeito ao Direito, uma ordem jurídica não é feita de normas de direito unicamente justapostas. É a conexão sistemática de normas específicas com as demais normas que compõem um ordenamento ou ramo jurídico que vem a ser caracterizada como um sistema de direito¹.

1 RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München: C.H. Beck, 1999. p. 82.

Segundo Bernd Rüthers, o conceito de sistema é utilizado com significações diversas. De um lado, cuida-se de uma ordenação formal de sistema (sistema externo) quando se realiza a divisão formal da matéria jurídica (por exemplo, o direito do trabalho, o direito público etc.). A contraparte do sistema externo é o sistema interno, denominação que se deve a Philipp Heck, mediante o qual é considerada a ordenação material consistente num sistema de valores. Essa ordenação confere sentido ao todo, na medida em que se procura compreender o conjunto da ordem jurídica como uma unidade livre de contradições².

Também Karl Larenz, dissertando acerca da conexão das normas jurídicas entre si, refere que “toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, como vimos, a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulação em causa”³. O autor desenvolve extenso exame tanto do sistema externo quanto do sistema interno. Em relação a este último, cuida da importância que os princípios jurídicos exercem na sua formação, pondo ênfase na circunstância de haver um “jogo concertado, não totalmente ‘pré-programado’, dos diferentes princípios de igual peso nos diferentes graus de concretização”⁴. Dada essa concertação, o autor deixa claro que o sistema interno é um sistema “aberto” que permite alterações nesse jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios. E quanto aos princípios em apreço, o autor arremata: “Os ‘princípios abertos’ e as bases de valoração neles expressas constituem os pontos de referência centrais para o ‘sistema interno’ do Direito, sistema que pretende trazer à luz uma Jurisprudência que se orienta a valores e ao mesmo tempo procede sistematicamente”⁵.

O exame que ora se empreende, relativo aos direitos fundamentais do trabalho enquanto expressão de um sistema especial, tem como pressuposto a sua categorização principiológica e valorativa, em consonância com as formulações doutrinárias relativas ao sistema interno. De fato, os direitos fundamentais do trabalho da Constituição de 1988 integram, em sentido amplo, uma ordenação jurídico-objetiva de valor e, em sentido estrito, constituem decisões jurídico-objetivas de valor. Cada norma jusfundamental do trabalho em particular está ancorada em base axiológica comum. De outro lado, o caráter aberto do referido sistema deriva tanto dos termos do § 2º do art. 5º quanto do *caput* do art. 7º, ambos da Constituição. Presentes esses pressupostos é que se prossegue no

2 RÜTHERS, *Rechtstheorie*, cit., p. 418-9.

3 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* [Trad.: José Lamego]. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 531.

4 LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 579.

5 LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 586.

exame desse sistema especial de modo a identificar seus principais elementos, estes dirigidos a fornecer diretivas para a efetivação dos referidos direitos fundamentais.

2–SIGNIFICADO HISTÓRICO E CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Qual será o significado da presença de determinados direitos no rol dos direitos fundamentais de uma constituição? A indagação para nós brasileiros por certo se justifica porque nossa tradição constitucional nos fala da importação, a partir de ordenamentos constitucionais estrangeiros, de direitos fundamentais classicamente identificados como individuais. Isso se confirma, por exemplo, pelo exame das “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos” da Constituição outorgada de 1824 e da “Declaração de Direitos” da primeira constituição republicana, de 1891⁶. Em confronto com a realidade à qual supostamente dirigidos, esses direitos mais se assemelharam a um ornamento agregado às regras de organização do poder político, relativamente ao qual ocuparam posição secundária. Em lugar de conquistas do povo reunido em assembleia constituinte, retrataram simples outorga ou concessões formais dos donos do poder, sem maior consequência do ponto de vista normativo. Nem os padrões políticos imperiais se dobraram à Constituição de 1891⁷.

A prevalente dimensão retórica, em detrimento da força normativa, que as constituições assumiram em nossa vida constitucional em parte se deve à importação acrítica de institutos jurídicos e políticos, em desconexão com nossa experiência histórica. Ainda assim, o conhecimento do direito comparado é útil para a presente análise, a qual busca identificar o significado da positivação dos direitos fundamentais nas constituições do mundo ocidental nos últimos

-
- 6 A Carta de 1824 foi outorgada pelo imperador após a dissolução da comissão encarregada de redigir o projeto. A de 1891 teve projeto elaborado pela “Comissão dos Cinco”, com o retoque final de Ruy Barbosa, recém-convertido ao credo republicano. Das constituições do século XX, anteriores à de 1988, a de 1946 foi a única que partiu do trabalho de comissão ampliada. Mesmo à Assembleia Constituinte de 1987-8 foi apresentado anteprojeto da designada “Comissão de Notáveis”, presidida por Afonso Arinos. Entretanto, a Assembleia acabou por dispensá-lo e elaborou projetos próprios por meio de suas comissões e subcomissões, os quais, no entanto, continham alguns dispositivos daquele anteprojeto.
- 7 Raymundo Faoro (*Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*, v. II. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 468) assim se reporta à primeira constituição republicana: “a Constituição tem caráter puramente nominal, como se ela estivesse despida de energia normativa, incapaz de limitar o poder ou conter os titulares dentro de papéis prévia e rigidamente fixados”. Relativo a período posterior à República Velha, Gilberto Bercovici [Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44 e ss.] disserta acerca da irrelevância das normas constitucionais como referência para a implementação de projetos nacionais e mesmo de direitos sociais, seja sob o Estado Novo, seja sob a Constituição democrática de 1946.

dois séculos e meio e a dogmática jurídica que a seu respeito se construiu ao longo desse tempo.

Os direitos fundamentais individuais, segundo a noção que acerca deles foi desenvolvida, encontram sua fonte nas declarações de direitos que se seguiram às revoluções norte-americana e francesa do final do século XVIII. O *Bill of Rights* do Povo de Virginia, de 1776, e sobretudo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, são o embrião dos direitos fundamentais do indivíduo que as constituições passaram a incorporar. Seu significado consiste em reforçar situações ou posições individuais, especialmente no terreno da liberdade e da propriedade, que ficariam imunes à intervenção do soberano, a não ser em hipóteses previamente autorizadas na própria regra asseguradora do direito. Por isso é que os direitos fundamentais clássicos são qualificados como direitos de defesa ou de liberdade.

A constituição política e jurídica do Estado Moderno que emergiu das referidas revoluções impôs deveres ao soberano, o qual não mais podia dispor arbitrariamente acerca dos direitos de súditos, como sucedia no até então vigente Estado de Polícia, próprio do período do absolutismo monárquico. No Estado Moderno há cidadãos, aos quais “não se dá nem se retira direitos”, como ocorria no Estado de Polícia. No Estado de Direito, os direitos ou são devidos, ou indevidos, e ao exercente de poder estatal chamado a decidir a esse respeito cabe justificar decisões num ou noutro sentido.

É sabido que os direitos fundamentais clássicos acabaram por não contemplar entre seus beneficiários populações desprovidas de bens ou posições que pudessem defender na nova ordem social e econômica que foi sendo gestada *pari passu* com a nova ordem política. A propósito, vale recordar que os direitos fundamentais reconhecidos nas constituições que se seguiram ao período revolucionário francês deveriam servir não só à defesa de posições do indivíduo em face do soberano. Também visavam resguardar ao cidadão a prerrogativa de fazer uso desses direitos para transformar estruturas estamentais injustas da velha ordem⁸. Mas não foi isso que se viu com a consolidação do poder econômico e político pela classe burguesa. De fato, grandes segmentos populacionais de países europeus, desprovidos de educação e de outros bens vitais, a não ser a própria força de trabalho, tiveram de iniciar longo caminho de lutas dirigido ao reconhecimento de direitos sociais em geral e do direito

8 Quem menciona esse fato é o publicista alemão Horst Dreier, ao fazer observações prévias nos Comentários aos Direitos Fundamentais da Lei Fundamental alemã (DREIER, Horst. *Grundgesetz. Kommentar, Artikel 1-19*, v. I, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996. p. 58, Rn 43). Com isso, o autor procura evidenciar que a função de defesa, normalmente associada aos direitos fundamentais clássicos, não atende propriamente a um juízo histórico, e sim sistemático.

do trabalho em particular, o qual converteram em seu estatuto jurídico, de modo a assegurar o fornecimento de prestações materiais dirigidas a prover existência digna e promover maior igualdade material, promessa revolucionária descumprida⁹.

Já no século XX, ainda no mundo europeu, a Constituição de Weimar foi pioneira no reconhecimento de direitos fundamentais sociais, dando origem ao constitucionalismo social que influenciou e influencia até o presente o ordenamento jurídico-constitucional, não só da Alemanha, mas também de outros países europeus e da América Latina, como é o caso do Brasil¹⁰. Enquanto herdeiras do constitucionalismo social de Weimar de 1919, como também da Constituição mexicana de 1917, as constituições brasileiras, a partir da de 1934, passaram a contemplar preceitos e direitos sociais, muito embora sem caráter fundamental. O tardio reconhecimento formal e o enorme déficit que experimentamos no terreno da efetivação dos direitos sociais e do trabalho no Brasil resultam do desenrolar de nossa própria história, marcada pelo domínio colonial, por séculos de escravidão e pela ausência, até o limiar do século passado, de sociedade com capacidade de se afirmar em face dos poderes estatais. Na medida em que também entre nós a urbanização, a industrialização e o conseqüente surgimento de organizações empresariais e de trabalhadores influenciou as relações socioeconômicas nas cidades, a legislação, ainda que editada por meio de decretos-leis, veio para regrar os conflitos que essa realidade ocasionou¹¹.

-
- 9 O art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelecia que “as pessoas nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As diferenças na sociedade só podem ser fundadas no proveito comum”. Uma vez hegemônica, a burguesia tratou de limitar o poder popular e de assegurar as vantagens trazidas pela revolução. À Constituição de 1795 coube legitimar a ordem burguesa e converter a igualdade da Declaração de 1789 em igualdade formal perante a lei... (Cf. FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo, *Verfassungsgeschichte*. 2. ed., München: C. H. Beck, 1999. p. 41-2).
- 10 A Constituição de Weimar de 1919 foi pioneira ao prever direitos fundamentais sociais. O seu art. 162 atribuía ao Estado o encargo de regular as relações de trabalho dos trabalhadores, visando um patamar mínimo de direitos sociais. Essa constituição continua objeto de análises e controvérsias na Alemanha mesmo após meio século de vigência da Lei Fundamental de 1949. Isso tanto para evidenciar sua influência no constitucionalismo como também para aprender com os motivos que determinaram o seu fracasso. Felix Hammer (*Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Reichsverfassung*. *Jura*, Tübingen, 2000, (2): 63) aponta entre esses motivos a falta de compromisso da população com os novos valores constitucionais, mas sobretudo os erros e omissões daqueles que na vida estatal deveriam tê-la trazido à vigência. Também o ex-presidente do Tribunal Constitucional, Dieter Grimm (*Das Grundgesetz nach 50 Jahren*. *DriZ*, Berlin, abr. 2000, p. 151-2) ressalta que sob a Constituição de Weimar dominou concepção segundo a qual os direitos fundamentais valem no quadro das leis, e não o contrário, ou seja, que as leis é que valem no quadro traçado pelos direitos fundamentais. O autor também sublinha a falta de compromisso da ciência jurídica de então com os direitos fundamentais sociais, despindo-os de sua qualidade jurídica, assim como a ausência de instância jurídica que se ocupasse com a sua realização.
- 11 Apesar da controvérsia que ainda persiste acerca do significado dos direitos trabalhistas pela CLT em 1943 – se concessão ou conquista dos trabalhadores –, sua regulamentação estatal e a criação, em 1941,

Entretanto, é a Constituição de 1988 que introduz alterações no significado dos direitos fundamentais no Brasil. Na configuração constitucional compatível com o Estado Democrático e de Direito afirmado no art. 1º, o constituinte estabeleceu mudanças estruturais e de conteúdo. No que diz com a estrutura da Constituição, os direitos fundamentais passam a se situar no Título II, portanto, na sua abertura. Tem isso o sentido de evidenciar que os direitos fundamentais são princípio constitutivo, e não mero princípio organizativo do Estado brasileiro. A estrutura da atual Constituição, mais do que mera ordenação tópica de matérias, traduz a superação do formato constitucional clássico. O tradicional eixo gravitacional da Constituição desloca-se da precedência da organização estatal para a primazia da sociedade; da organização das esferas do poder político, para os direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais assumem anterioridade em face dos órgãos estatais. Esses devem não só observância formal àqueles direitos, mas estão vinculados à sua efetivação, pois eles não se prestam como simples adorno da ordem jurídico-constitucional.

Do ponto de vista de seu conteúdo, a alteração de maior relevo da Constituição de 1988 foi o reconhecimento de direitos fundamentais sociais. Dentre esses direitos arrolados no art. 6º, a atenção do presente artigo volta-se aos *direitos do trabalho* previstos nos arts. 7º e seguintes. Esses direitos, além de traduzirem concreção do próprio *direito ao trabalho* do art. 6º, são concreções de valores, objetivos e princípios que figuram, expressa ou implicitamente, tanto no preâmbulo¹² e no Título I quanto nos Títulos VII e VIII, concernentes à Ordem Econômica e Financeira e à Ordem Social da Constituição. Enquanto os direitos fundamentais clássicos são posições jurídicas que preservam o sujeito da ingerência indevida do Estado, a Constituição de 1988 inova ao incorporar direitos dos trabalhadores na categoria dos direitos fundamentais, tendo como destinatários (obrigados) principais o empregador ou tomador do trabalho, obrigados a fornecer prestações materiais em contraprestação pelo trabalho¹³.

de instância judicial – a Justiça do Trabalho – encarregada de fazê-los valer, representou passo valioso para a afirmação social e política dos trabalhadores. Gilberto Bercovici (*Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, cit., p. 52), reportando-se a esses fatos de nossa história, afirma que “a cidadania dos trabalhadores, no Brasil, foi alcançada não pelos direitos políticos, mas pelos direitos sociais, definidos por lei”.

- 12 Ainda que o preâmbulo da Constituição não assegure direitos subjetivos, o fato dele integrar o texto constitucional evidencia que ele contém normas de dimensão jurídico-objetiva e, portanto, relevantes para o desdobramento havido nas demais normas constitucionais e também para sua interpretação e aplicação pelo intérprete.
- 13 Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 223) reporta o fato de os direitos dos trabalhadores do art. 7º da Constituição constituírem direitos prestacionais cujo destinatário (obrigado) primeiro não é o Estado, mas ainda assim inequívoca expressão de um Estado Social de Direito.

De par com esse dever de prestação, há também o dever de não discriminar fixado, por exemplo, nos incisos XXX a XXXII do art. 7º, além de assegurado no princípio/regra que é a dignidade da pessoa (art. 1º, III). De sua parte, também o Estado é destinatário (obrigado) de alguns direitos elencados no art. 7º, como por exemplo, os de natureza previdenciária e os relativos a normas de proteção ao mercado de trabalho da mulher (inciso XX) e normas de proteção à saúde, higiene e segurança (inciso XXII). E quanto às prestações devidas pelo empregador ou tomador dos serviços, o Estado continua destinatário (obrigado) desses direitos, mas sua prestação consiste em assegurá-los quando violados ou não fornecidos pelos destinatários diretos. No exercício de todas essas tarefas o Estado possui deveres de proteção.

Diversamente do que expressaram nas constituições anteriores, os direitos fundamentais da atual constituição, especialmente os direitos sociais e coletivos, foram resultado de intensa mobilização da sociedade civil dos anos 80 do século passado¹⁴. O porquê da atribuição de caráter jusfundamental, pelo constituinte de 1987-88, a série de *direitos do trabalho* constitui fato histórico ao qual o intérprete e aplicador devem permanente atenção. Em sua dimensão política e social, não se cogita da “outorga ou concessão” de direitos fundamentais. Ao contrário, eles resultaram de intensa participação e de mobilização social sem precedentes no país. De outro lado, o estatuto jurídico que a Constituição de 1988 atribui aos direitos sob exame possui sentido integrador, na medida em que os reconhece e integra aos direitos fundamentais em geral porque essenciais à vida e ao desenvolvimento e consolidação da personalidade do sujeito em sociedade livre, justa e solidária¹⁵. Os direitos fundamentais do trabalho destinam-se a promover a igualdade material e proporcionar “liberdade real” que os direitos clássicos não asseguraram ao não proprietário.

14 Em retrospectiva histórica, vale recordar a mobilização de organizações vinculadas à advocacia, a igrejas, à magistratura, a trabalhadores, que se empenharam na formulação de propostas a serem encaminhadas à Assembleia Nacional Constituinte. E no curso dessa foram admitidas 122 emendas populares, a maior parte dirigida a questões relacionadas a direitos sociais. Conferir, a propósito, os Anais da Assembleia Constituinte e Ingo Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 74).

15 A ideia concernente ao sentido integrador de uma Constituição se deve ao jurista alemão Rudolf Smend. Narrativa acerca de suas concepções encontra-se em Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 576-579). Esse sentido está claramente delineado nos princípios, valores, objetivos e garantias de nossa Constituição, o que não exclui a subsistência de paradoxos identificáveis, por exemplo, na ausência de iguais garantias jusfundamentais aos empregados domésticos, conforme parágrafo único do art. 7º. São resquícios de fundo político, econômico, social e cultural que subsistem no inconsciente da sociedade e de exercentes de funções estatais, motivo de justa crítica por organismos internacionais como a OIT. A própria subsistência de condições análogas às de escravo que aflige milhares de trabalhadores brasileiros e estrangeiros, seja em carvoarias e fazendas localizadas não tão longe dos centros urbanos do Sul ao Norte do país, seja em ateliês de grandes cidades, é incompatível com consciência jurídica que a estas alturas já deveria estar sedimentada em dirigentes e cidadãos, sobretudo por causa da mácula representada pela escravidão de mais de três séculos.

Portanto, segundo concepção emergente da categorização adotada pela Constituição de 1988, os direitos fundamentais não se destinam a assegurar exclusivamente posições subjetivas, de defesa do indivíduo em face do Estado. Isso continua a valer para direitos individuais que têm como destinatário (obrigado) o Estado. Já os direitos fundamentais do trabalho têm como principal destinatário (obrigado) imediato o empregador ou tomador de trabalho prestado por pessoa física, cabendo ao titular, no exercício do direito de ação (de defesa), demandar os deveres de proteção que remanescem com o Estado. Direitos fundamentais, então, são posições jurídicas de indivíduos e coletividades assim reconhecidos na Constituição os quais têm como destinatários (obrigados) quer o Estado, quer o empregador ou tomador de serviços prestados por pessoas naturais. Se violados, cabe sua defesa frente ao Estado¹⁶.

É certo que essa nova qualificação normativa impõe mudança na dogmática jurídica, esta dirigida a encontrar os meios mais eficazes à efetivação dos direitos fundamentais. Para essa finalidade, o elemento genético presente no reconhecimento dos direitos fundamentais sociais e do trabalho há de ser considerado por quem encarregado de sua interpretação e aplicação.

3 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA

3.1 *Funções clássicas dos direitos fundamentais*

Quando se fala de direitos fundamentais clássicos normalmente pensa-se em direitos subjetivos públicos que asseguram ao respectivo titular uma pretensão jurídica. Essa pretensão historicamente foi associada a uma ação que o indivíduo possuía para fazê-los valer se violados ou sob a ameaça do Estado. A compreensão dos direitos fundamentais como o correspondente exclusivo de um direito individual vincula-se à noção que passaram a deter em sua fase de consolidação sob o Estado liberal do século XIX. É fácil compreender a razão da prevalência inicial da dimensão defensiva desses direitos, se ponderados os fatos históricos. A superação da dominação colonial nos EUA e das estruturas estamentais na França, essas apoiadas no absolutismo monárquico, fez emergir

16 Conforme salientado no item 2, nota 8, a atribuição de função de defesa aos direitos fundamentais clássicos atendeu a juízo sistemático. Aos direitos fundamentais sociais e coletivos incorporados ao catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição em sentido geral também se reconhece função de defesa, uma vez que são “concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”, como ensina Ingo Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 192-3).

sociedade na qual súditos se convertem em cidadãos, conforme já destacado. Afirma-se, pois, esfera privada que exige a contenção de intervenções do monarca nos direitos de liberdade, propriedade e de crença, entre outros, reconhecidos nas declarações de direitos das constituições. Dentre os direitos fundamentais de natureza procedimental, o direito de petição e de ação constitui instrumento processual destinado a garantir a defesa contra intervenções não autorizadas.

Os direitos fundamentais em seu sentido clássico exerceram suas funções nas relações entre o indivíduo e o Estado. Nesse terreno, é conhecida a obra e doutrina do publicista alemão Georg Jellinek (Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos), na qual desenvolve a conceituação de diversas posições que o indivíduo podia assumir frente ao Estado. Trata-se da doutrina dos quatro *status* (*negativus*, *positivus*, *activus* e *passivus*). Sob a perspectiva negativa, os direitos fundamentais conferiam ao indivíduo o direito subjetivo público de exercer a defesa de espaços vitais, de liberdade ou de outros bens jurídicos frente a intervenções, restrições ou violações provenientes do Estado. O direito subjetivo público consistente na ação em juízo instrumentalizava a proteção em face dessa conduta estatal. Do ponto de vista de sua função positiva, Jellinek definiu que os direitos fundamentais clássicos asseguravam certas prestações a cargo do Estado, v.g., o fornecimento de estruturas (polícia, exército, judiciário) voltadas a garantir o exercício dos direitos. No *status positivus* identifica-se o embrião das prestações materiais sociais que hoje em dia são objeto dos direitos fundamentais sociais a cargo do Estado. O terceiro dos *status*, o *activus*, se vinculava aos direitos que o indivíduo possuía de participar da vida política, vale dizer, do direito de votar e de ser votado. Já o último dos *status* citados relaciona-se não a direitos, mas a deveres que o indivíduo possuía na ordem estatal. A doutrina dos quatro *status* ainda constitui referência para a compreensão dos direitos fundamentais, embora sua elaboração seja tributária do constitucionalismo tardio desenvolvido no final do século XIX na Alemanha. Suas limitações resultam das circunstâncias históricas.

A compreensão de direito fundamental como correspondente exclusivo de um direito subjetivo passível de proteção via judicial revelou-se insuficiente para proteger enormes segmentos populacionais desprovidos de bens, de educação ou de segurança; também não impediu que a origem racial de determinados grupos sociais fosse motivo para discriminações. Sintetizando, a concepção individualista de dignidade prevaiente sob o Estado liberal acabou por se revelar falha e incapaz de impedir que vastos segmentos populacionais fossem arrastados para situações existenciais indignas.

A catástrofe humana produzida pelas grandes guerras do século passado exigiu mudanças do próprio direito. A hipertrofia da dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais de nada serviu para milhões de pessoas empobrecidas ou objetos da perseguição genocida de estados totalitários. Esse fato, aliado ao positivismo legalista prevalente, colocou a legitimação do direito em xeque.

3.2 Funções jurídico-objetivas dos direitos fundamentais

Muito embora no constitucionalismo do pós-guerra a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais continuasse preponderante, o desenvolvimento jurídico-constitucional a partir de então passou a incorporar dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale dizer, os direitos fundamentais também passaram a ser vistos como expressão de uma ordenação jurídico-objetiva de valor. Direitos fundamentais, portanto, não são exclusivamente portadores de um direito subjetivo, mas também expressam uma ordem jurídico-objetiva determinada por valores e princípios jurídicos que obrigam os exercentes das funções estatais. Mas não é só isso. Ciente de que a liberdade dos indivíduos era posta em risco, não tanto pela ação ou omissão do Estado, mas pela intervenção de poderes sociais e econômicos privados, o direito constitucional evoluiu no sentido de impor deveres de proteção ao Estado, ao mesmo tempo em que reconhecia direitos de proteção aos indivíduos. Finalmente, a ordenação jurídico-objetiva de valor vista em seu conjunto de valores, princípios, direitos e garantias fundamentais passa a ser referência normativa consoante a qual todo o ordenamento infraconstitucional deve se pautar.

3.2.1 Função de proteção

Dentre as funções jurídico-objetivas que a dogmática constitucional moderna reconhece nos direitos fundamentais em geral, sem dúvida, a proteção é a mais importante. A insuficiência da função clássica de defesa assim se revelou na medida em que se percebeu que riscos aos direitos fundamentais de liberdade, de igualdade ou não discriminação não se originam exclusivamente do poder do Estado. A afirmação do poder econômico e social privado por intermédio de corporações, grupos econômicos, organizações ou associações de interesses setoriais impõe riscos ao desenvolvimento com liberdade e igualdade de condições que a teleologia do sistema de valores constitucionais oportuniza às pessoas.

Primeiro ramo da ciência jurídica moderna a propor a ultrapassagem do conceito de igualdade formal para a igualdade material, graças ao conteúdo

ético que a questão social viria a propor para o direito civil contemporâneo à revolução industrial, para o Direito do Trabalho não constitui novidade a norma consistente no princípio da proteção, essa dirigida a reparar a desigualdade material entre o prestador e o tomador do trabalho. A norma em apreço historicamente foi fundamento desse ramo do direito, e obteve desdobramento nos princípios em geral que regem o Direito do Trabalho.

Diante do rumo que tomou o direito constitucional moderno, observa-se a atualidade do princípio da proteção. Mas sua base não repousa mais no direito infraconstitucional. A partir da Constituição de 1988, com o trânsito do núcleo do Direito do Trabalho da CLT e da legislação do trabalho de matriz infraconstitucional para a Constituição, o princípio em apreço passou a ter fundamento constitucional. Isso, ademais, é confirmado pelas referências que a proteção obtém no art. 7º da Constituição, a começar pelo seu inciso I¹⁷.

A função jurídico-objetiva em apreço possui significado especial enquanto proteção em face de riscos oriundos de organização econômica e social cada vez mais dependente da técnica e da competição, por isso mesmo causando agravos e doenças de variada tipologia aos indivíduos em geral e aos trabalhadores em particular. É por isso que a função jurídico-objetiva traduzida na proteção possui um lugar essencial na dogmática mais atualizada dos direitos fundamentais em geral e do trabalho em particular. Ela passa a constituir referência necessária ao intérprete e aplicador quando confrontado com a efetivação desses direitos que, de par com as prestações materiais tradicionalmente oriundas da relação de emprego ou trabalho, atualmente também envolvem reparações oriundas de acidentes e doenças do trabalho, reparações essas dirigidas a proteger quem vive do trabalho, e bem assim de seus direitos de personalidade.

3.2.2 A irradiação dos direitos fundamentais no ordenamento infraconstitucional

A irradiação de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do fato de a Constituição ter assumido centralidade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, os direitos fundamentais incidem em domínios nos quais classicamente não se cogitava pudessem incidir, de sorte que passam a ser referência para a interpretação e aplicação das regras do ordenamento infraconstitucional. Como tal, exercem função jurídico-objetiva que

17 Acerca desse novo estatuto obtido pela proteção juslaboral a partir de 1988, reporto considerações a respeito no artigo “A Proteção como Função Jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais do Trabalho” (in: *Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual – Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, n. 5, Porto Alegre: HS Editora, 2010. p. 7-15).

transcende a ideia de que direitos fundamentais correspondem exclusivamente a um direito subjetivo.

Em razão do estatuto jurídico que extenso rol de direitos do trabalho alcançou na Constituição de 1988, a dogmática jurídica voltada a esses direitos fundamentais, aos direitos do trabalho e respectivos institutos que se encontram na legislação infraconstitucional, às cláusulas normativas e também às cláusulas dos contratos de trabalho haverá de se orientar a partir do núcleo do Direito do Trabalho agora situado na Constituição. De par com a vinculação direta que os direitos fundamentais do trabalho ensejam nas relações de emprego e de trabalho, tema a que voltarei adiante, em seu conjunto também irradiam eficácia no ordenamento infraconstitucional em geral, valendo como diretriz interpretativa para o aplicador do direito confrontado com relações marcadas pela assimetria.

A eficácia irradiante mantém relação estreita com a função de proteção, na medida em que também voltada a proporcionar liberdade e igualdade ao indivíduo vulnerável frente a forças econômicas e sociais que exercem poder. O legislador democraticamente eleito possui legitimidade para conformar relações sociais de forma assimétrica nos limites da Constituição, contanto que isso não implique privilégios nem resulte em cidadãos sem defesa ou desprotegidos¹⁸.

3.2.3 Interpretação conforme aos direitos fundamentais

Há um terceiro elemento jurídico-objetivo dos direitos fundamentais – a interpretação conforme aos direitos fundamentais – que vem a ser um subcaso ou espécie de interpretação conforme a Constituição. Por meio dessa objetivação jurídica afirma-se a necessidade de a legislação infraconstitucional ser interpretada em consonância com os direitos fundamentais se o texto da prescrição jurídica sob interpretação contiver mais de uma norma passível de aplicação a um caso concreto¹⁹. A doutrina constitucional costuma referir essa possibilidade a hipóteses em que presentes cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados. A escolha da norma aplicável deverá corresponder àquela que melhor expresse os direitos fundamentais e os princípios e valores neles concretizados, conforme já reiterado no presente trabalho.

18 Nesse sentido, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 26. ed., München: C.F. Beck, 2010. p. 50. Essa assimetria é aceita no contrato de trabalho, que confere poder diretivo ao empregador. Esse poder, como sabido, traz consigo obrigações e deve observância aos direitos de personalidade de que é titular o empregado.

19 Um mesmo “texto” ou prescrição jurídica pode conter mais de uma “norma”. Friedrich Müller [*Métodos de trabalho do direito constitucional* (Trad.: Peter Naumann). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35 e ss.] desenvolve doutrina abrangente acerca dessa temática, tratando de noções como o texto da norma, a norma em si, sua estrutura, interpretação e concretização.

A interpretação conforme aos direitos fundamentais não permite que a determinação prescrita no texto sob interpretação possa ser transposta. Ou seja, quando a diretiva expressa nos direitos fundamentais pede uma nova determinação do preceito infraconstitucional sob interpretação, para que com eles possa ser afirmada sua conformidade, não será mais hipótese de interpretação conforme, mas de inconstitucionalidade da prescrição jurídica infraconstitucional.

4 – OS TITULARES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

Já sustentei em outro momento que a titularidade do direito fundamental social *ao* trabalho pertence a todos os trabalhadores, ou seja, não só a empregados²⁰. A consequência que disso emerge é a de que todo aquele que mobiliza seu trabalho em favor de pessoa física ou jurídica para auferir contraprestação voltada a assegurar o sustento pessoal e da família encontra-se protegido pela regra inserta no *caput* do art. 7º da Constituição²¹. A questão controversa que remanesce é se também quem não mantém relação de emprego, mas tão só relação de trabalho sem a subordinação típica de relação de emprego, é alcançado pela proteção que emana das normas do art. 7º e em que proporção ou em que medida isso ocorre.

Dada a norma contida no *caput* do art. 7º da Constituição, também quem trabalha em proveito de outrem, ainda que não com a subordinação, a não eventualidade e o salário próprios de empregado, em princípio é titular de direitos fundamentais arrolados nos vários incisos do referido art. 7º. As dificuldades hermenêuticas residem na definição de quais desses direitos estão garantidos a quem trabalha sem a condição de empregado. Até o momento, nem a doutrina, nem a jurisprudência conseguiram avançar nesse terreno, embora a norma do *caput* do art. 7º seja incontornável quanto ao seu conteúdo. Diante disso, é possível fixar que a diretriz isonômica que provém da norma em apreço ensejará tratamento diferenciado na medida das diferenças específicas da condição de empregado (que trabalha de forma subordinada, não eventual e mediante salário) e da condição de trabalhador em sentido lato. Nesse sentido, a título de exemplo, pode-se afirmar que a jornada desse trabalhador deve encontrar limite na extensão excepcional diária estabelecida em nível infraconstitucional para os empregados; e que o intervalo legalmente fixado entre as jornadas diárias,

20 LEDUR, José Felipe. *A realização do Direito ao Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 111-114.

21 O *caput* do art. 7º da Constituição assim estabelece: são direitos dos *trabalhadores* urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. A prescrição jurídica em apreço mantém relação com a regra de competência do art. 114 da Constituição, a qual não mais trata de dissídios entre empregados e empregadores, como fazia o art. 142 da Emenda Constitucional nº 1/69.

o repouso semanal e a indenização devida por acidente ou doença do trabalho de responsabilidade do tomador dos serviços são direitos de pessoa física que presta trabalho sem a condição de empregado.

Questão de igual modo tormentosa diz respeito a quem pode demandar a proteção jusfundamental em apreço – se qualquer prestador de trabalho ou serviços. A discussão diz respeito a profissionais ainda qualificáveis como “liberais” porque enfeixam poderes incomuns àqueles que, via de regra, estão à procura de trabalho para garantir sua existência. Para esses casos, um critério que pode ser considerado útil é verificar se o tomador do trabalho ou serviço visa obter vantagem econômica ou lucro mediante a contratação dos serviços desses profissionais. O tema demanda aprofundamento. Em princípio as soluções passam pela ação do legislador, muito embora a jurisprudência, também neste caso, deva apontar caminhos a serem por ele percorridos.

5 – A VINCULAÇÃO DO EMPREGADOR OU TOMADOR DO TRABALHO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O interesse do tema em destaque resulta da previsão de direitos fundamentais do trabalho na nossa Constituição (art. 7º e ss.) que têm como sujeitos vinculados empregadores ou tomadores de trabalho alheio. No direito constitucional do pós-guerra evoluiu-se não só no que diz com a incorporação da já referida dimensão jurídico-objetiva na dogmática dos direitos fundamentais, como também com o reconhecimento de possível vinculação de terceiros, ou particulares, aos direitos fundamentais. Como já visto, a concepção de direitos fundamentais não mais se cinge à defesa de espaços vitais do indivíduo em face do Estado, mas incorpora a proteção a ele devida em face de violações praticadas por forças econômicas e sociais de poder.

Antes de prosseguir no exame da específica vinculação do empregador ou tomador do trabalho aos direitos fundamentais, considera-se necessário precisar melhor a diretriz já posta em relevo no item 2, qual seja, a de que os entes estatais encontram-se vinculados não só formalmente aos direitos fundamentais, mas também em sentido material e funcional. O legislador, no exercício do dever de legislar e da faculdade de emendar a Constituição, deve observância aos direitos fundamentais tanto ao impor restrições autorizadas como na tarefa de conformação àqueles direitos carentes de configuração. Em qualquer das hipóteses, o núcleo essencial dos direitos fundamentais exige preservação. A esse tema retornar-se-á no item seguinte, quando do exame da conformação e restrição a direitos fundamentais do trabalho.

De sua vez o Executivo, sobretudo em sua atuação administrativa, está vinculado aos direitos fundamentais. Conforme já destacado neste texto, no Estado Democrático de Direito constituído pela Constituição de 1988 os direitos fundamentais possuem precedência em face do Estado e de seus órgãos, que lhes devem observância. Em segundo lugar, no sistema constitucional brasileiro em princípio não cabe à Administração Pública restringir direitos fundamentais por meio de decretos; ao contrário, cabe-lhe executar as leis em conformidade com os direitos fundamentais. Finalmente, a “fuga para o direito privado”, expressão utilizada pelos alemães para caracterizar a opção estatal por formas privadas de atuação, como bem lembrado por Ingo Sarlet²², não exclui a vinculação estatal aos direitos fundamentais. A lembrança é de extrema valia em vista da opção da Administração Pública pela terceirização de serviços públicos, além de utilizar práticas de gestão pública que não observam regras e princípios que a vinculam, como admissões sem prévia aprovação em concurso público. Essas escolhas não atenuam a sua responsabilidade, como sistematicamente sustenta nas ações trabalhistas. Ao revés, no que tange à opção pela terceirização, cresce o seu dever de vigilância para impedir a violação de direitos fundamentais nas relações de trabalho e de emprego; e quanto à violação de regras e princípios constitucionais quando da contratação, em lugar de levar à exclusão de direitos fundamentais do trabalho, deveria determinar a responsabilização pessoal dos administradores que assim procedem, como, aliás, determina o art. 37, § 2º, da Constituição. Nessa linha – e agora já mencionando a vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais – os juízes do trabalho possuem o encargo de fazer valer os direitos fundamentais, de interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional e as cláusulas contratuais em conformidade com os valores e princípios concretizados nos direitos fundamentais em geral e nos direitos fundamentais do trabalho em particular.

Cabe, agora, examinar a vinculação dos empregadores e tomadores de serviços aos direitos fundamentais do trabalho. Para a adequada compreensão do sentido da discussão acerca do tema é necessário situá-lo sob perspectiva histórica para, na sequência, examinar o particular caso dos direitos fundamentais do trabalho de nossa Constituição e possíveis desdobramentos para a dogmática respectiva.

A discussão em apreço remonta à doutrina e jurisprudência alemã do início da segunda metade do século passado, no contexto da já reportada mudança que se operou na compreensão dos direitos fundamentais. Embora a doutrina, inclusive a brasileira, costume pôr ênfase em decisão paradigmática

22 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 365.

do Tribunal Constitucional alemão (caso Lüth) como referência para a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares, em realidade foi no âmbito do direito do trabalho alemão, por meio da atuação do presidente do Tribunal Federal do Trabalho, Hans Carl Nipperdey, que tomou forma e conteúdo a tese de que os direitos fundamentais também vinculavam particulares – os empregadores. A origem dessa doutrina encontra-se na Constituição de Weimar, cujo art. 118, alínea 1, frase 2, reconhecia a livre manifestação do pensamento no quadro das relações econômicas e de trabalho. O art. 159, frase 2, protegeu a liberdade de coalizão também contra restrições privadas. O que, em síntese, o Tribunal Federal do Trabalho acabou por firmar, no contexto do debate acerca da liberdade de coalizão dos trabalhadores, é que essa liberdade não tinha como destinatário, ou obrigado exclusivo, o Estado, mas também a força de poder contraposta ao polo laboral, qual seja, a organização empresarial. O Tribunal fixou, por conseguinte, que também o poder econômico e social devia observância ao direito fundamental dos trabalhadores assegurado no art. 9º da Lei Fundamental de 1949.

Foi a partir das decisões do Tribunal Federal do Trabalho que se desenvolveu o debate acerca da possibilidade da eficácia dos direitos fundamentais se revelar não só na indiscutível defesa de posições jurídicas frente ao Estado, mas também em face de terceiros (*Drittwirkung*), eficácia esta também designada de horizontal (em oposição à vertical, contra o Estado), e que entre nós costuma ser designada como eficácia em face de particulares²³. A controvérsia que então se estabeleceu é se essa eficácia era direta ou indireta. As decisões do Tribunal Constitucional alemão acabaram por desautorizar o entendimento do Tribunal Federal do Trabalho, o qual se inclinava pela eficácia direta dos direitos fundamentais em face de terceiros. O que prevalece no direito alemão é o entendimento de que, fora exceções em geral referidas ao citado art. 9º e à dignidade da pessoa, os direitos fundamentais não valem diretamente no direito privado, embora este seja moldado por aqueles²⁴.

23 A doutrina germânica é uniforme a esse respeito. Para comprovações a respeito pode-se conferir Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p. 47-9; VON MÜNCH, Ingo. *Vorbemerkungen Art. 1 – 19*. In: Von Münch/Kunig (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*, v. I. 5. ed., München: C. H. Beck, 2000, p. 39-40. STEINMEYER, Heinz-Dietrich; WALTERMANN, Raimund. *Casebook Arbeitsrech.* 2. ed. München: C. H. Beck, 2000. p. 9.

24 Apesar de fixar que, salvo casos especiais, a eficácia é indireta, ainda assim o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu na já mencionada decisão do “caso Lüth” que os direitos fundamentais influenciam o direito privado porque também constituem uma ordem de valor objetiva, um sistema de valores, acerca do qual assim destacou: “legislação, administração e jurisdição recebem dele diretivas e impulsos. Assim, evidentemente ele também influencia o direito privado; nenhuma prescrição de direito privado pode estar em contradição com ele, e cada qual deve ser interpretada segundo o espírito desse sistema” (BverfGE, 7, 198 (205)).

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais tem sido objeto de vários estudos doutrinários no Brasil²⁵. O que se verifica do ponto de vista normativo é que a Constituição de 1988, ao incorporar extenso rol de direitos fundamentais do trabalho em seu catálogo, responde, no plano normativo, à evolução da doutrina e jurisprudência constitucional mais moderna, a qual percebeu uma inflexão quanto ao possível violador dos direitos fundamentais – o Estado –, identificando em corporações e forças econômicas e sociais situadas na sociedade poder capaz de comprometer o exercício de direitos fundamentais nas relações de trabalho e de emprego. A vinculação direta, imediata, dos empregadores ou tomadores de trabalho, portanto, não constitui exceção, mas sim a regra em nossa ordem constitucional porque em geral os direitos assegurados nos contratos de trabalho correspondem àqueles que a Constituição arrola nos arts. 7º a 11.

Finalizando, o significado da eficácia dos direitos fundamentais em face de terceiros ou particulares deve ser compreendido, antes de tudo, no fato de ajudarem a garantir liberdade e igualdade dos indivíduos frente a organizações econômicas e corporações que usufruem de posições dominantes na sociedade industrial e tecnológica de hoje.

Alguns aspectos próprios da dogmática jusfundamental pertinente aos direitos fundamentais clássicos, e que dizem com a sua garantia, seu usufruir pelos titulares e a proteção contra intervenções indevidas serão objeto de atenção na sequência.

6 – GARANTIAS, CONFORMAÇÃO E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

Uma vez estabelecido que os direitos fundamentais do trabalho valem diretamente nas relações de emprego e de trabalho, evidencia-se a sua similitude com os direitos fundamentais clássicos. Diante disso, a dogmática jurídica desenvolvida para tornar efetivos estes direitos por certo é útil para contribuir à efetivação daqueles, seja no que diz respeito às suas garantias, seja no que respeita à atuação do legislador que em princípio deve dar conformação e eventualmente impor restrições a esses direitos. Entretanto, a relação indivíduo-

25 Ingo Sarlet disserta a respeito em *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 371-9 e inclina-se pela “necessária vinculação direta (imediata) também dos particulares aos direitos fundamentais”. Beatriz Renck (Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, in: *Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual – Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, n. 5, Porto Alegre: HS Editora, 2010. p. 16-20) desenvolve reflexões a respeito defendendo a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.

Estado não é idêntica à relação trabalhador-empregador ou tomador de serviços, de sorte que adequações são necessárias. De fato, conformação e restrição a direitos fundamentais do trabalho podem provir tanto do legislador quanto dos próprios empregados e empregadores nas hipóteses em que autorizados, conforme adiante será visto. Em qualquer caso, a atuação do juiz não está excluída. Por exemplo, em hipóteses nas quais colisões de direitos fundamentais não previstas venham a exigir a imposição de restrições, ou também quando se trata de verificar a necessidade, adequação e justiça de restrições. Em causa está a observância da proporcionalidade²⁶.

6.1 Garantias

A doutrina em geral qualifica as garantias fundamentais como instrumentos voltados a assegurar os direitos em face dos poderes públicos. Também dedica atenção às denominadas “garantias institucionais”, dirigidas a excluir da disposição do legislador determinadas instituições públicas ou privadas (por exemplo, a manutenção do serviço público ou da propriedade, respectivamente), garantias essas que, no entanto, não assegurariam direito subjetivo individual²⁷. Ingo Sarlet vê isso com reservas, indagando se não haveria alguma garantia institucional que não possa gerar direito subjetivo individual ou mesmo titularidade coletiva. O autor cogita de classificação dos direitos fundamentais que abarcasse garantias institucionais fundamentais²⁸.

Presente essa controvérsia, considera-se que a proteção dos direitos fundamentais sociais contra a erosão de seu conteúdo normativo por meio da ação do constituinte derivado constitui, se não uma garantia fundamental clássica, uma garantia institucional fundamental. Em primeiro lugar, porque ditos direitos integram o rol das cláusulas pétreas, sujeitos, portanto, à blindagem do art. 60, § 4º, IV, da Constituição. Segundo, porque não se justifica a controvérsia acerca da inclusão dos direitos sociais entre as cláusulas pétreas com base em

-
- 26 Não é lugar, aqui, para se estender acerca do princípio ou postulado da proporcionalidade, dos seus elementos constitutivos (necessidade, adequação e justiça em sentido estrito), de sua referência para a integração, interpretação e aplicação do direito, de sua evolução histórica. Quanto a essa última, entretanto, é importante referir que sua fonte mais remota encontra-se no Capítulo V da *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, obra na qual o filósofo menciona ser a justiça uma espécie de proporção e que implica uma distribuição de porções sob medida, segundo o que é devido a cada qual. Na doutrina nacional há exame abrangente por MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 321 e ss.
- 27 Na doutrina nacional, as garantias institucionais são objeto de atenção em MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 268-9; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34; SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 163 e 182.
- 28 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 182.

discussão semântica – circunstância de aquela regra tratar de direitos e garantias *individuais*, quando o Título II da Constituição trata de direitos e garantias *fundamentais*. A mera interpretação gramatical não autoriza tal conclusão, diante da relevância que os direitos fundamentais sociais assumiram na ordem constitucional. Por tudo isso, tem-se que a erosão de conteúdo por meio da ação de constituinte derivado não exclui a possibilidade de impugnação judicial, seja como direito subjetivo individual, seja como direito coletivo.

O direito de ação “quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho” (art. 7º, XXIX, da CF) consiste em garantia especial que a Constituição atribuiu ao direito de ação em geral assegurado no inciso XXXV do art. 5º. Isso só reforça a importância que o constituinte reservou aos créditos dos trabalhadores, devendo, com maior razão, ser estrita a interpretação a ser conferida à restrição ao direito fundamental em apreço fixada nesse mesmo inciso XXIX mediante a regra da prescrição. Sem excetuar outras garantias previstas no texto constitucional, as ações coletivas, como a substituição processual do art. 8º, III, e bem assim o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção previstos no art. 5º, LXX e LXXI, todos da Constituição, contemplam conjunto de normas voltadas à proteção efetiva dos direitos fundamentais do trabalho.

6.2 Conformação

Ao cumprir a tarefa de *conformar* direitos fundamentais o Estado não busca eventualmente impedir procedimentos abrangidos pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, *mas abrir ao titular possibilidades de fazer uso desses direitos*. Essa conformação ou configuração diz respeito a direitos fundamentais com âmbitos de proteção normativos. Diversamente do que ocorre com direitos como a vida, a dignidade, a liberdade de emitir uma opinião ou pensamento, que preexistem às prescrições jurídicas, os direitos fundamentais com âmbito de proteção normativo carecem de desdobramentos em normas constitucionais ou infraconstitucionais nas quais o seu conteúdo obtenha conformação²⁹. De outro lado, consoante os doutrinadores germânicos citados, há direitos fundamentais que carecem de conformação só parcial³⁰.

29 Assim Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p. 56-8, Rn 225 e ss. Cf., também, Gilmar Ferreira Mendes, Os Direitos Individuais e suas limitações: breves reflexões, in: Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo G. Branco. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 213-5.

30 Hipótese de norma carente de conformação parcial parece ser, por exemplo, o aviso-prévio proporcional previsto no inciso XXI do art. 7º da Constituição. A configuração parcial, relativa às condições para fazer uso do direito, está dada pelo art. 487 da CLT. Ainda que a fixação da proporcionalidade do aviso-prévio em princípio caiba ao legislador, porque tem o dever de conformar direitos fundamentais, a sua omissão não impede a configuração pelo juiz, uma vez que se trata de conceito jurídico indeterminado, com conteúdo jurídico que o constituinte deliberadamente deixou em aberto; norma vigente, portanto.

Assim como os direitos clássicos de propriedade e de sucessão exigem configuração infraconstitucional, também os direitos fundamentais sociais e do trabalho muitas vezes requerem essa providência, de modo que o “fazer uso” desses direitos se viabilize. A tarefa, em princípio, pertence ao legislador, o qual, contudo, não está autorizado a esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental em causa. De outro lado, parece incontestável que, paralelamente ao legislador, as próprias partes interessadas nessa conformação possam fazê-lo por meio de cláusulas oriundas de convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI, da CF). Entretanto, aqui não é um dos poderes do Estado – o legislador – que conforma, com caráter geral, o direito. A atuação dos próprios interessados, com a participação do obrigado direto, em geral com mais poder em face do representante dos titulares do direito, justifica atenção especial do Judiciário, de sorte que o exercício da autonomia coletiva não acabe por esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental sob conformação, ou mesmo que por seu intermédio venha a se promover a discriminação de um trabalhador em face do outro.

Uma particular observação que se insere na perspectiva das adequações acima referidas, quando se trata da conformação que direitos fundamentais do trabalho devem obter em países como o Brasil, diz com o tratamento diverso que o legislador pode dispensar aos empregadores e tomadores de trabalho em consonância com o poderio que dispõem em face do empregado ou prestador do trabalho. Se em atenção ao princípio da não discriminação os direitos fundamentais do trabalho devem valer em qualquer relação de emprego ou trabalho, nem por isso há como ignorar a realidade brasileira, na qual não poucos pequenos e microempresários desenvolvem atividade econômica com o concurso de força de trabalho alheia. O legislador tem dispensado tratamento diferenciado em situações que envolvem a conformação de direitos fundamentais relativos à retribuição do trabalho ou mesmo ao ônus de provar a sua duração (arts. 58, § 3º, e 74, § 2º, da CLT). Na eventual conformação de outros direitos fundamentais, o postulado da proporcionalidade há de reger a tarefa do legislador, com atenção aos princípios fundamentais do Título I e aos princípios gerais da atividade econômica do art. 170, ambos da Constituição.

6.3 Restrições

Quando se fala em restrição a direitos fundamentais pode sobrevir a ideia de que, ao fim e ao cabo, eles estariam sujeitos ao esvaziamento de seu âmbito de proteção (entendido como a esfera vital protegida pela norma jusfundamental) ou âmbito normativo (entendido como o objeto de proteção recortado da

realidade vital pela norma jusfundamental)³¹. Embora possa parecer estranho, a restrição autorizada pela própria regra atribuidora de direito fundamental tem em vista a garantia do seu exercício por todos. Isso porque o aspecto relacional é ínsito aos direitos fundamentais e, portanto, relativizável. Do exercício simultâneo desses direitos por titulares diversos podem derivar colisões e, por isso, a necessidade de limitações ao seu âmbito de proteção de modo a permitir o exercício simultâneo por todos. Quanto às espécies de restrições possíveis, a doutrina refere aquelas em que há *reserva legal qualificada ou simples*. Na primeira hipótese, a própria prescrição jusfundamental estabelece os contornos a serem observados pelo legislador ao estabelecer as restrições por meio de lei. Na hipótese da reserva legal simples, amplia-se o espaço do legislador para estabelecer as restrições.

De outro lado, ainda que não previstas na regra atribuidora do direito, restrições também podem se mostrar necessárias se o exercício de um direito fundamental implicar colisão com bens constitucionais ou comunitários considerados relevantes para a vida em comum. Nesse caso, a imposição de restrição pelo legislador ou juiz somente é admissível de modo excepcional e com a devida justificação.

Aos direitos fundamentais do trabalho aplicam-se as mesmas regras válidas para a admissão de restrições a direitos clássicos, observada a ressalva já feita no subitem anterior no que diz com a preservação do núcleo essencial.

Especial referência deve ser feita a possíveis restrições oriundas de cláusulas normativas previstas em convenções e acordos coletivos. A perspectiva de crescente incremento da autonomia privada coletiva no contexto da economia globalizada reclama adequada hermenêutica de cláusulas normativas dirigidas a restringir direitos fundamentais sociais. Similarmente à reserva legal, também essas restrições devem observância ao que se pode denominar de *reserva normativa*. Em primeiro lugar, isso diz respeito às hipóteses em que o art. 7º da Constituição Federal autoriza o estabelecimento de restrições por meio de normas coletivas, ou seja, as que envolvem restrição ao princípio da irredutibilidade salarial (inciso VI), à duração do trabalho por meio da compensação de horários e a redução da jornada (inciso XIII) e ao limite da jornada de trabalho em turnos de revezamento (inciso XIV). Em segundo lugar, quanto aos limites a serem observados na atividade interventiva, sem dúvida haverão de serem levados em conta o âmbito de proteção do direito fundamental em causa

31 Trata-se de definições de Pieroth/Schlink e Konrad Hesse, conforme referi em LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais – Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50.

e, por consequência, o respeito ao seu núcleo, como também ao postulado da proporcionalidade. A respeito reitera-se o que se referiu no início deste item.

Por fim, a jurisprudência trabalhista, de modo majoritário, tem zelado pela preservação do núcleo dos direitos fundamentais passíveis de restrição pelos entes coletivos³².

7 – A JURISDIÇÃO DOS JUÍZES DO TRABALHO

É sabido que no Brasil o exercício da atividade estatal dirigida à solução de conflitos do trabalho inicialmente consistiu em atividade administrativa do Ministério do Trabalho. Mas a Justiça do Trabalho, criada em 1941, passou, a partir da Constituição de 1946, a ser o ramo do Judiciário encarregado de conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre *empregados* e *empregadores*, competência essa mantida no art. 142 da Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 01/69.

Em sua redação original, a Constituição de 1988 estabelecia em seu art. 114 que “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os conflitos individuais e coletivos entre *trabalhadores* e *empregadores* (...). A Emenda Constitucional nº 45/04 confere a redação atual ao art. 114 e estabelece em seu *caput* e inciso I a regra geral de competência, *verbis*: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da *relação de trabalho* (...) (grifei)”. Só no inciso III, que trata da competência para dirimir conflitos de representação sindical, há menção a empregadores.

O alargamento da competência é visível, mas o que pode não ser percebido à primeira vista é que a competência do juiz do trabalho se articula com a regra do *caput* do art. 7º, a qual define que “são direitos dos *trabalhadores* urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”. As regras de competência fixadas pela Emenda Constitucional nº 45/04 retratam não só a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, agora encarregada de processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho e outras ações, conflitos de competência, execuções e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, consoante incisos do art. 114. O que essas regras evidenciam é que a atuação da Justiça do Trabalho diz respeito à efetivação do direito fundamental ao trabalho do art. 6º e, naturalmente, das respectivas concreções efetivadas nos arts. 7º a 11, todos da Constituição, bem como de princípios e valores constitucionais já mencionados em itens anteriores. É no conjunto dessas normas

32 Nesse sentido, v.g., acórdãos proferidos no Proc. E-RR-435/2000-003-15-00.0, DJ 25.06.04 e no Proc. TST-ROAA-3959/2005-000-04-00.8, publicado em 11.05.07.

(regras, princípios e valores) que o juiz do trabalho deve encontrar, prioritariamente, a fonte normativa que presidirá o exercício de sua competência³³. Só em modo residual encontrará na CLT (por exemplo, nos pressupostos da relação de emprego dos arts. 2º e 3º) e na legislação infraconstitucional esparsa, mesmo de outros ramos do direito, substância normativa que contribua para dirimir os conflitos sujeitos a seu exame.

A Justiça do Trabalho é, portanto, o ramo do Judiciário que exerce jurisdição especial não só porque os conflitos que lhe cabe dirimir são oriundos da relação de trabalho, mas também porque as pretensões que estão na base dessa relação vinculam-se diretamente a direitos aos quais o poder constituinte conferiu proteção jusfundamental e que estão elencados nos arts. 7º a 11 da Constituição. Essa vinculação continua direta em relação a direitos fundamentais sociais que obtêm conformação por meio de cláusulas estipuladas em normas coletivas, cujo reconhecimento é direito fundamental assegurado no art. 7º, XXVI, da Constituição. Como já visto no item 6.2, as normas coletivas seguem as mesmas diretivas válidas para a legislação quando, por seu intermédio, há conformação de direito fundamental. De outro lado, as obrigações contratuais não correspondentes a direitos fundamentais do trabalho ainda assim encontram-se sob o influxo do conteúdo normativo de base axiológica inerente a cada um desses direitos e à ordenação jurídico-objetiva de valor que conforma o conjunto dos direitos fundamentais, consoante destacado ao se tratar da irradiação de sua eficácia no ordenamento infraconstitucional.

O melhor catálogo de direitos fundamentais pouco serve se inexistir possibilidade de se protegê-los eficazmente. Só em tempos recentes o sentido da Constituição de 1988 começa a ser apreendido por novas gerações de juristas e pela própria sociedade. A jurisprudência, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, inicialmente manteve-se distante do sentido axiológico que conforma os direitos fundamentais em geral e os sociais em particular. A análise da juris-

33 Não é lugar, aqui, para tratar do modo de aplicação das regras, princípios e valores na atividade de concreção judicial. A respeito das duas primeiras normas citadas, exame aprofundado é feito nas obras de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais* [Trad.: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008) e de Humberto Ávila (*Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009). Ávila traz aportes novos e importantes ao debate concernente à aplicação de regras e princípios, entre outros ao referir que também regras são passíveis de ponderação, ou que não necessariamente as regras devam ceder diante de um princípio contrário, neste último caso quando em colisão regra constitucional e princípio de matriz infraconstitucional. Já quanto aos valores reconhecidos na nossa Constituição, possuem eles natureza similar aos princípios jurídicos, passíveis de ponderação entre si e em confronto com regras e princípios. Entretanto, os princípios expressam conceitos deontológicos, ao passo que os valores situam-se no plano axiológico. É necessário sublinhar que esses valores são normas, de modo que a fundamentação das decisões judiciais por eles orientadas deve observância àqueles assim reconhecidos pelo ordenamento.

prudência dos tribunais do trabalho das duas décadas passadas, por seu turno, revela apego à hermenêutica tradicional, que orientava sua atuação a partir de regras infraconstitucionais ou da CLT para interpretar regras de categoria jus-fundamental da Constituição de 1988, em procedimento que encontra similar histórico na conduta dos juristas alemães em face da Constituição de Weimar, consoante reportado no item 2. *supra*, nota de rodapé 10. Exemplo disso foi a Súmula nº 310 do TST, cancelada em vista de julgamentos do STF a ela contrários³⁴. Referida Súmula, além de firmar que a norma constitucional não assegurava a substituição processual, somente a reconheceu nos limites fixados em leis infraconstitucionais. O STF acabou por reconhecer ampla substituição processual pelo art. 8º, III, da Constituição em julgamento realizado em junho de 2006. Outro exemplo encontra-se na Orientação Jurisprudencial nº 84 da SDI-I do TST, a qual faz depender de legislação regulamentadora a proporcionalidade do aviso-prévio prevista no art. 7º, XXI, da Constituição. Dita OJ também está a caminho do cancelamento em vista da recente decisão do STF a respeito da eficácia do aviso-prévio proporcional³⁵. Em sentido oposto, de interpretação da lei em consonância com o quadro dos direitos fundamentais, vale destacar recente alteração na Súmula nº 369, a qual agora prevê estabilidade também para 07 suplentes de dirigentes sindicais. Com a nova redação, o TST harmoniza a regra do *caput* do art. 522 e do § 3º do art. 543 da CLT com o art. 8º, VIII, da Constituição.

O STF possui o dever de dar a palavra final em tema de interpretação constitucional. Entretanto, os juízes do trabalho também são “juízes constitucionais”. A eles compete fazer valer direitos fundamentais no constante contato que, por seu intermédio, o Judiciário mantém com os titulares e destinatários (obrigados) desses direitos nos lugares mais distantes do país. Mas não é só isso: também o controle difuso da constitucionalidade das leis, a sua interpretação conforme aos direitos fundamentais e a atribuição de eficácia irradiante dos direitos fundamentais nos contratos de trabalho dizem respeito à atuação

34 Também jurisprudência de tribunais regionais do trabalho e doutrina específica defendiam a substituição processual. Exemplo doutrinário é a obra de Ben-Hur Silveira Claus (*Substituição processual trabalhista*. São Paulo: LTr, 2003).

35 O direito fundamental social traduzido na garantia do “mínimo existencial” é, por exceção, direito subjetivo que deriva do princípio do Estado Social. Via de regra, não obtém o tratamento devido nas decisões dos tribunais do trabalho que aplicam a alíquota do imposto de renda sobre a soma dos créditos trabalhistas deferidos em ações judiciais. A esse respeito escrevi em ocasião anterior (*Direitos fundamentais sociais – Efetivação no âmbito da democracia participativa*, cit., p. 110). No julgamento do RE 614.406, com repercussão geral reconhecida, mas ainda por ser finalizado, há indicativo de que também no caso em apreço prevalecerá interpretação da legislação infraconstitucional no quadro dos direitos fundamentais, de modo que o cálculo de eventual imposto tome em consideração o crédito trabalhista devido a cada mês do contrato, e não o regime de caixa.

de todos os graus de jurisdição do trabalho. Consoante destacado neste texto, o princípio da proteção supera sua matriz infraconstitucional originária para adquirir maioria constitucional, em sintonia com a função jurídico-objetiva de maior relevo na atual dogmática dos direitos fundamentais. Portanto, cabe à própria Justiça do Trabalho ocupar a dianteira em hermenêutica compatível com o sistema especial de direitos fundamentais do trabalho e os valores e princípios que se encontram em sua base, de modo a tornar efetivos os direitos fundamentais do trabalho. No exercício dessa competência ela é parte essencial do referido sistema especial.

CONCLUSÃO

Em termos de síntese conclusiva deste trabalho, dirigido a identificar elementos do *sistema especial de direitos fundamentais do trabalho*, começo por destacar o sentido das normas objeto de investigação. Assim, no Capítulo II do Título II de nossa Constituição, relativo aos Direitos Fundamentais Sociais, é reconhecida série de direitos individuais e coletivos que se originam de relações de trabalho, os quais integram ordenação jurídico-objetiva de base axiológica, ao mesmo tempo em que traduzem, em cada uma de suas expressões particulares, decisões jurídico-objetivas de valor. As normas relativas a esses direitos mantêm conexões internas com outras normas de conteúdo axiológico ou de princípio da Constituição, formando parte de sistema aberto, nos termos do § 2º do art. 5º e bem assim do *caput* do art. 7º da Constituição.

O reconhecimento de direitos fundamentais do trabalho pela Constituição de 1988 forma parte de nossa evolução jurídico-constitucional. De constituições marcadamente formais, pouco conectadas à realidade, nas quais os direitos fundamentais clássicos, de defesa em face do Estado, também assumiram prevalente caráter nominal, no Brasil evoluímos para Constituição estrutural e materialmente orientada à construção de sociedade livre, justa e solidária. A participação da sociedade no processo constituinte foi fator decisivo para a conformação de Estado Democrático de Direito que fez essa opção. Os direitos fundamentais do trabalho de nossa atual Constituição são resultado desse processo e expressam posições jurídico-subjetivas que os respectivos titulares possuem não só em relação ao Estado, mas também em relação a particulares – no caso, os empregadores e tomadores de trabalho ou serviços.

Os direitos fundamentais classicamente foram compreendidos como posições de defesa do indivíduo em face do Estado, com o propósito de resguardar a liberdade e a propriedade. A insuficiência desse entendimento acerca do que é fundamental revelou-se mediante a ausência de condições materiais (formação, propriedade e outros bens vitais à existência) que permitissem o

exercício desses direitos por toda a coletividade. Assim, a dogmática jurídico-constitucional evoluiu para incorporar dimensões jurídico-objetivas aos direitos fundamentais, essas dirigidas à garantia de proteção aos socialmente fragilizados e correspondente imposição de deveres de proteção ao Estado, assim como da atribuição de eficácia irradiante aos direitos fundamentais.

O reconhecimento, por nossa Constituição, de direitos fundamentais sociais em geral e do trabalho em especial, mantém harmonia com essa evolução, pois justamente visam proporcionar liberdade real que os direitos fundamentais clássicos não asseguraram a todos. Nesse contexto, o núcleo do Direito do Trabalho acabou por transitar da legislação infraconstitucional para a Constituição e seu rol de direitos fundamentais do trabalho. Com isso, além do Estado, também os empregadores e tomadores de trabalho ou serviços passaram a estar vinculados a esses direitos fundamentais.

Diante disso, requer-se dogmática jurídica adequada aos novos tempos. Nesse sentido, de par com a dimensão clássica, sobretudo de defesa, dos direitos fundamentais, atenção há de se dar a sua projeção jurídico-objetiva e às consequências que isso ocasiona no terreno da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais do trabalho. Essa dogmática jurídico-constitucional haverá de desenvolver fundamentos sólidos dirigidos a munir as garantias e direitos fundamentais do trabalho do vigor necessário ao seu usufruto pelos respectivos titulares. Além disso, a atividade de conformação e restrição porventura necessária ao exercício desses direitos exige cuidado especial, presente a necessidade da salvaguarda de seu núcleo essencial.

Finalmente, mas não menos importante, cabe salientar como elemento decisivo do sistema especial de direitos fundamentais do trabalho o papel reservado à jurisdição especial trabalhista, uma vez que a ela compete proteger, com precedência, os direitos fundamentais do trabalho quando violados ou sob ameaça nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* [Trad.: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- DREIER, Horst. *Grundgesetz. Kommentar; Artikel 1-19*, v. I, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – Formação do patronato político brasileiro*. v. II. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998.
- FROTSCHER, Werner e PIEROTH, Bodo. *Verfassungsgeschichte*. 2. ed. München: C. H. Beck, 1999.
- GRIMM, Dieter. Das Grundgesetz nach 50 Jahren. *DriZ*, Berlin, abr. 2000, p. 151-2.
- HAMMER, Felix. Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Reichsverfassung. *Jura*, Tübingen, 2000, (2): 63.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* [Trad.: José Lamago]. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- _____. *Direitos fundamentais sociais – Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. A proteção como função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais do trabalho, in: *Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual – Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, n. 5, Porto Alegre: HS Editora, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas limitações: breves reflexões. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo G. Branco. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional* [Trad.: Peter Naumann]. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PIEROOTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 26. ed., München: C.F. Beck, 2010.
- RENCK, Beatriz. Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, in: *Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual – Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, n. 5, Porto Alegre: HS Editora, 2010.
- RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. München: C.H. Beck, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVEIRA CLAUS, Ben-Hur. *Substituição processual trabalhista*. São Paulo: LTr, 2003.
- STEINMEYER, Heinz-Dietrich; WALTERMANN, Raimund. *Casebook Arbeitsrecht*. 2. ed. München: C. H. Beck, 2000.
- VON MÜNCH, Ingo. Vorbemerkungen Art. 1 – 19. In: Von Münch/Kunig (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. v. I. 5. ed. München: C. H. Beck, 2000.