

Uma Análise Crítica dos Direitos Individuais do Trabalho como Direitos Fundamentais, Humanos e Sociais

Luiz Carlos da Silva Loyola

Dissertação de Mestrado em Direito – Especialização em Ciências Jurídico-Políticas

Orientação: Professora Doutora Sónia de Carvalho

Mês, janeiro 2022



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Uma Análise Crítica dos Direitos Individuais do Trabalho como Direitos Fundamentais, Humanos e Sociais

Luiz Carlos da Silva Loyola

Dissertação de Mestrado em Direito – Especialização em Ciências Jurídico-Políticas

Orientação: Professora Doutora Sónia de Carvalho

Mês, janeiro 2022



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

IMP.GE.84.1

Dedico não só este trabalho, mas todos que até aqui fui submetido, a toda minha equipe de trabalho pelo carinho e dedicação com que têm conduzido nossos escritórios sem a minha presença, contudo, sem deixar por atender um só de meus compromissos com qualidade.

Aos meus queridos filhos que, mesmo em minha idade avançada, não pararam de me incentivar na busca destes novos ensinamentos aqui conquistados.

Agradecimentos

Agradeço à Universidade Portucalense e a todos os seus docentes que não mediram esforços para engrandecer nosso conhecimento. Deixo aqui o meu muito obrigado.

Agradeço também, muito especialmente, aos meus netos e noras, razões de minha sincera motivação através de vossos incentivos em todos os momentos.

Por fim, agradeço a todos os meus jovens colegas de classe, hoje meus amigos, que sempre me ajudaram no enfrentamento desta árdua luta em busca do título.

Resumo

A publicação da Constituição brasileira em 1988 foi motivo de incômodo no campo do Direito do Trabalho, pelo disposto no Título II, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, correspondente a um excesso de direitos individuais do trabalho enunciados pelo artigo 7.º, elevados à condição de limites materiais constitucionais, permanecendo assim até à presente data.

É um tema que nos incomodou, incomoda, e não deixará de incomodar, pois a cidadania proclamada pelo Presidente da Assembleia Constituinte não pode significar que a ruptura com a ditadura tornaria o Brasil uma nação controlada pela Constituição, impedindo o seu potencial de desenvolvimento, especialmente no campo socioeconômico.

Esta investigação pretende aludir à resistência dogmática, ao trazer ao campo da pesquisa a nossa crítica desta inserção do Direito Individual do Trabalho no capítulo dos Direitos Constitucionais Sociais, num exercício comparativo com o que em Portugal viemos aprender sobre o trato com a ciência do Direito do Trabalho com os Direitos Sociais, e o que são real e cientificamente Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

No entanto, o objeto deste estudo enfrenta grandes e sérios obstáculos pela ausência de testemunhos, quer na doutrina brasileira, quer internacional, de alguém que tenha enfrentado aberta e diretamente o tema como tentaremos construir.

Palavras-chave: Constituição; Direito Laboral Individual, Direitos Humanos, Fundamentais e Direitos Sociais.

Abstract

The publication of the Brazilian Constitution in 1988 was a source of inconvenience in the field of Labor Law, by the provisions of Title II, Chapter II – Social Rights, corresponding to an excess of individual labor rights set out in article 7, raised to the condition constitutional material limits, remaining so to date.

It is a topic that bothered us, bothers us, and will not cease to bother us, as citizenship proclaimed by the President of the Constituent Assembly cannot mean that the break with the dictatorship would make Brazil a nation controlled by the Constitution, hindering its development potential, especially in the socioeconomic field.

This investigation intends to allude to dogmatic resistance, by bringing to the research field our critique of this insertion of Individual Labor Law in the Social Constitutional Rights chapter, in a comparative exercise with what we came to learn in Portugal about dealing with the science of Labor Law with Social Rights, and what Human Rights and Fundamental Rights really and scientifically are.

However, the object of this study faces major and serious obstacles due to the absence of testimonies, whether in Brazilian or international doctrine, from someone who has openly and directly addressed the issue as we will try to build.

Keywords: Constitution; Individual Labor Law; Humans Fundamental rights; Social rights

Sumário

Índice de Abreviaturas.....	xi
Introdução	12
Capítulo 1. Direitos humanos, direitos fundamentais e a jurisdição constitucional internacional.....	17
Capítulo 2. Os direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil e na República portuguesa	26
2.1 – Direitos sociais no Brasil.....	26
2.2. Direitos Fundamentais Sociais na Constituição portuguesa	30
2.2.1. Direitos fundamentais na Constituição portuguesa e na brasileira ...	40
2.2.2. Os Direitos Humanos Fundamentais como Direitos de Defesa.....	44
2.3. O Direito do Trabalho na Constituição portuguesa	45
2.3.1. Os Instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho como direito fundamental constitucional	48
2.3.2. Meios alternativos de resolução de conflitos.....	50
2.4. O contrato coletivo como fonte do direito.....	59
2.5. O princípio do tratamento mais favorável	61
Capítulo 3. O trigésimo ano da Constituição brasileira	68
Capítulo 4. O momento histórico do Brasil em 1988.....	70
4.1. República, povo e nação	70
4.2. O novo pacto democrático.....	72
Capítulo 5. O papel da OIT no campo dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.....	76
5.1. Introdução	76
5.2. A análise crítica e comparativa aos Direitos Sociais da Constituição brasileira – A difícil reforma laboral brasileira hoje proposta.....	78
Capítulo 6 - A Argumentação Baseada em Princípios Constitucionais	81
6.1. Bem comum e argumentação constitucional	82
6.2. Qual é o modo correto de avaliar as decisões e as interpretações?	84

6.3. Princípios, Regras e Preceitos Fundamentais	86
6.4. Direitos Fundamentais, Direitos Sociais e Jurisdição de Natureza Evolutiva	87
Capítulo 7. E os direitos individuais do trabalho são fundamentais?	89
7.1. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana	91
7.2. Direito do trabalhador como cidadão e como empregado – Direito fundamental social	92
7.3. O artigo 7.º da Constituição Federal do Brasil – Direitos sociais - A crítica	93
Conclusão	97
Bibliografia	99

Índice de Abreviaturas

Artigo – Artigo

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CP – Código Penal Brasileiro

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CTP – Código do Trabalho Português

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – Página

pp. - Páginas

Introdução

Este trabalho tem como objetivo ou tese central apresentar à comunidade acadêmica algo que reputamos de relevante importância, mas que encontramos pouca discussão, seja na doutrina brasileira ou internacional.

Aquando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 5 de outubro de 1988, sentimo-nos perplexos, porém impotentes para discutir o elevado número de direitos individuais do trabalho trazidos pelo Capítulo II de nossa Carta Política, mais especificamente no artigo 7.º e seus XXXIV incisos regulando basicamente todo o Direito do Trabalho, situação que mostrou ser incômoda, levando mesmo ao inconformismo científico.

Passadas mais de três décadas, tal falta de técnica legislativa continua a incomodar aos críticos, provocado pelo excesso de direitos individuais dentro do capítulo dos Direitos Constitucionais Fundamentais, razão pela qual resolvemos trazer essa discussão para o exame dos estudiosos das Ciências Jurídico-Políticas: os direitos individuais do trabalho são um verdadeiro direito fundamental? Ou fundamental será o Direito do Trabalhador como um todo? É na Constituição que o trabalhador deverá encontrar o cerne dos seus direitos, ou seria dever do Estado, por norma infraconstitucional, regular tais direitos? E a representação das categorias, poderia ter limitado seu direito de contratação coletiva? Correta e cientificamente é claro que não.

Da extensa pesquisa constatamos que não está presente em Portugal um dever totalitário para regular o direito individual do trabalho como se um direito fundamental se tratasse. No Direito Constitucional luso não apresenta uma normatização tão extensa como a do Brasil, tratando apenas a regulação as relações entre empregador e trabalhador do ponto de vista particular.

Para chegar a esta conclusão, repetimos, o tema da pesquisa, chamamos a atenção do examinador para o facto de que esta investigação cinge-se ao Direito do Trabalho no campo da Ciência Jurídico-Política, o que significa que abordamos o estudo do direito público (Direito Constitucional) e não o direito privado (Direito do Trabalho) como parte do primeiro.

Assim, entendemos que é necessário apresentar uma linha argumentativa que passe pelos conceitos e princípios dos Direitos Humanos, Fundamentais e Constitucionais Sociais, de modo a ser possível formular uma conclusão pertinente, que deixe demonstrado que o legislador constituinte brasileiro, ao contrário do português, foi levado aos excessos que criticamos desde 5 de outubro de 1988.

Devido à escassez dos poucos os estudos sobre este tema, é o nosso desafio, como dissemos, trazer o debate como argumento de nossa dissertação final.

Isso é feito porque, diferente do que temos encontrado em estudos realizados, a nossa conclusão parte não só do facto histórico denominado de “abertura política” ou “fim da ditadura militar”, mas sim de uma deficiência técnica adotada pelo legislador constituinte brasileiro sem separar o que seja “Direitos Humanos” de “Direitos Fundamentais”, e o que de verdade deve ser o objeto da norma constitucional.

Portanto, desde logo fica claro que o que se busca com a pesquisa é uma resposta para a inquietação daqueles que da mesma forma formulam a seguinte questão: são os direitos individuais do trabalho, direitos constitucionais fundamentais?

O objetivo é mostrar que houve excesso na construção de nossa Carta e que, cientificamente, o Direito Constitucional jamais poderia regular de forma singular o direito individual do trabalho dentro da Constituição, mas sim tratar o trabalhador como um ser humano com direito à proteção fundamental relativa à vida, à saúde, à educação, ao consumo, à segurança, à moradia e ao próprio trabalho, remetendo a individualização de cada um desses institutos ao manto de legislação infraconstitucional.

Por oportuno, registra-se que o tema é tão relevante, e adiante voltaremos, que em novembro de 2017 por iniciativa do Executivo, o Congresso Nacional aprovou uma ampla reforma na legislação infraconstitucional do trabalho (a Consolidação da Leis do Trabalho, equivalente a um Código do Trabalho) que, todavia, até hoje vivem juristas, advogados e o Poder Judiciário enfrentando embates sobre a constitucionalidade ou não de uma série de temas de Direito Individual do Trabalho que sofreram alterações.

Esta alteração que não afasta o facto de estar em exercício de funções um novo governo liberal e um novo Poder Legislativo em 2019, cujo regozijo ideológico faz com que os adeptos das pautas liberais cogitem novas ideias em busca de uma “modernidade” das relações do trabalho, tricotando pequenas emendas, editando leis de reforma econômica, mas com inserção de temas ligados diretamente ao Direito Individual do Trabalho sem qualquer evolução significativa.

São até o dia de hoje aproximadamente trinta e cinco ações diretas de inconstitucionalidade das propostas de reformas apresentadas, mas que foram encerradas sem julgamento do mérito pela Suprema Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Já chegaram mesmo a anunciar até um possível fim da Justiça do Trabalho, e quanto a isso questionamos: tínhamos razão em nossa inquietação anunciada lá em 1988?

É por causa deste tema que desde logo, permitimo-nos aqui, ainda em sede de introdução, traçar algumas ponderações necessárias.

Os direitos e garantias individuais arrolados pelo artigo 7.º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) tanto criticado (não o direito em si, mas a sua qualificação como fonte constitucional), não se nega, são cláusulas pétreas, e por isso não podem ser modificadas pelo poder constituinte derivado através de emendas constitucionais, no disposto do artigo 60.º, § 4.º, IV, da Constituição Brasileira¹ que na lição do eminente professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho, “a mudança contra a Constituição é revolução, que somente o Poder já originário pode efetuar.”²

E sublinha que, além das limitações circunstanciais e temporais, vigoram as materiais, que “excluem da mudança determinados pontos, os quais assim intocáveis se tornam o cerne fixo; o núcleo fundamental, as cláusulas pétreas da Constituição”.

Como bem assinalou o ilustre desembargador Fernando Ximenes Rocha, “no afã de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, o texto constitucional estabelece o primado dos direitos fundamentais, ao consagrar, em seus primeiros capítulos, um avançado elenco de direitos e garantias individuais, alcançando-lhe o patamar de cláusula pétrea³, mas que no fundo, ultrapassaram a linha política da proteção autorizada ao constituinte”.

Cumprido, entretanto, clamar que se os direitos e garantias individuais de índole social-laboral consoante o artigo 7.º da Constituição não podem ser abolidos por emenda constitucional, certo é que o Congresso Nacional não está impedido de alterar a redação dessas normas desde que não modifiquem a essência normativa, de forma a tornar inviável o exercício dos direitos ou a preservação das garantias estatuídas na nova norma emendada.

Atualmente, as questões relacionadas aos direitos e liberdades públicas da sociedade e dos trabalhadores têm uma importante relevância. Um ponto de vista por meio das várias alterações das linhas e métodos de produção, ao exigir uma mudança no comportamento dos empregadores no processo de administração das empresas, e por outro, com o que se acostumou a chamar de constitucionalização do Direito do Trabalho, motivo fundamental da inquietação investigada, posto que este se contemplou atribuir uma maior efetividade na proteção dos direitos “fundamentais” dos trabalhadores e, na verdade, muito serviu para obstar o sistema judiciário com uma enxurrada de recursos às Cortes Especiais (Tribunal Superior do Trabalho) e à Suprema

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil: Atlas. O artigo 60, § 4.º, IV expõe: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV os direitos e garantias individuais.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Poder constituinte e direito adquirido*. 41º Ed., atualizada em fevereiro de 2020, Kindle, Forense: São Paulo, p. 210.

³ ROCHA, Fernando Ximenes. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. In PIOVESAN, Flávia. GARCIA, Maria (Org). *Direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. 1 p 391.

Corte (STF), enquanto a personagem principal em terras brasileiras, o trabalhador, nada pode discutir sobre o que realmente deveria receber proteção do Estado: dignidade, saúde, proteção de rendimentos, direito à greve e discussão do direito individual por via de instrumentos coletivos, aplicável a cada realidade econômica do sector laboral.

E é por isso que sinalizávamos há mais de 30 anos o que hoje se tem visto com o poder Executivo e Legislativo na promoção de “reformas” na legislação ordinária do trabalho, incitando colisões nas relações entre trabalhadores e empregadores, com inúmeras e inúmeras convocatórias à intervenção do Poder Judiciário para proferir o que é e o que não é constitucional na nova ordem que se tenta implantar.

Assim, o foco desta investigação cinge-se em analisar o modo pelo qual pode acontecer a incidência dos direitos fundamentais relacionados ao Direito do Trabalho, devendo ser superadas algumas fases que se apresentam e estabelecendo alguns princípios metodológicos ao estudo, fazendo maior abordagem sobre o que se conhece dos direitos fundamentais, assim como uma verificação completa de sua sistemática.

Faremos uma pesquisa sobre a eficiência dos direitos fundamentais na esfera de diversas relações jurídicas, visando às relações jurídico-públicas que são o foco deste mestrado, a par das relações jurídico-privadas, feitas entre sujeitos particulares.

Verifica-se o que foi qualificado de eficácia vertical, assim como a vinculação positiva dos poderes públicos relacionado às liberdades públicas e direitos dos cidadãos

Por outro lado, procede-se a verificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou a sua aplicação no contexto das relações entre sujeitos passivos.

Após as análises das questões relacionadas à incidência dos direitos fundamentais de relações jurídicas públicas e privadas, o estudo caminha no sentido de entender a forma pela qual acontece a aplicação fundamental das relações do trabalho no campo do direito individual, motivo da nossa crítica e consequente investigação.

É relevante desde logo deixar claro que em certas situações, os direitos dos trabalhadores entram em colisão com outros direitos constitucionalmente protegidos, em relação a benefícios de outras relações laborais, e também aos direitos que são assegurados aos empregadores, sendo esse o nosso limite.

Não é uma constante que os direitos colocados aos trabalhadores e atribuídos aos empregadores sejam de todo absolutos, razão pela qual em certos momentos, esses direitos mostram limitações ou restrições pontuais, em auxílio de outro bem jurídico ou assegurado por leis constitucionais.

Na presença de um conflito entre os direitos das pessoas envolvidas nas questões laborais, deverão ser resolvidos por instituições jurisdicionais, como ocorre no Poder Judicial brasileiro, responsável por compor as lides.

Na ocorrência de conflitos de direitos e interesses dos trabalhadores e empregadores, fazemos a análise da incidência dos direitos fundamentais no campo das relações do trabalho objeto de crítica, com recurso ao exame comparativo do Direito Constitucional Português.

Como já apontado, e não nos cansamos de repetir por ser esta a argumentação central da investigação: a regulação do direito individual do trabalho não é tema para ser tratado como direito fundamental (público-político), mas sim o direito do trabalhador, na sua base e fundamento, ou seja, a sua dignidade, saúde, proteção salarial, trabalho infantil, proteção à mulher, mas deixando claro que esta base emerge por via da representação sindical, como foi tratado pelo direito público português que teremos o cuidado de percorrer adiante.

Capítulo 1. Direitos humanos, direitos fundamentais e a jurisdição constitucional internacional

Como dito na introdução, embora ao cuidado da ciência do Direito do Trabalho, a argumentação que aqui se traz gravita em torno da crítica comparativa que se faz à posição brasileira de regular o “direito individual do trabalho” no capítulo dos “Direitos Fundamentais de sua Constituição”, sendo necessária uma fixação jurídica sobre o que seja Direito Humano, Direito Fundamental e Direito Social no devido contexto, para concluir pela validade ou pertinência da crítica.

É consensual que todos os seres humanos possuem direitos inatos em relação a natureza pessoal e não patrimonial, referentes a sua própria condição e conectados de maneira sólida e permanente, com direito à liberdade, à igualdade e à vida, e receberam a designação de “direitos humanos fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos naturais”, entre outros.

Malgrado o dissenso em relação à terminologia, o que se tem a fazer (embora desnecessário) é a distinção entre os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, pois são os mais comumente utilizados, muitas vezes como sinônimos.

No estudo da obra de J. J. Gomes Canotilho, deparamo-nos com a afirmação em que os “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos numa dimensão jusnaturalista-universalista. Direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporariamente”⁴.

No fundo a distinção reside no facto que o termo “direitos fundamentais” é utilizado para os direitos do ser humano aceites e positivados no ordenamento jurídico de determinado Estado, com a devida dignidade constitucional, enquanto a frase “direitos humanos” sustentaria a relação do primeiro termo com os estudos de direito internacional, por relacionar-se àquelas posições jurídicas que identificam ao ser humano como tal, sem atribuir importância na sua relação um ordenamento jurídico específico e conseqüente Direito Constitucional, com o intuito de aspirar à validade universal para a sociedade, de tal modo que mostrem uma inequívoca natureza supranacional.

O apreço da expressão “direitos humanos” e a relação com a frase “direitos naturais” não é correta, de modo que a própria positivação em normas de direito internacional já mostrou de modo concreto a grandeza histórica e relacionada aos direitos humanos que assim desvinculam do conceito de um direito natural.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 393.

Entretanto, no sentido histórico dos direitos humanos e fundamentais, sendo eles internacionais e fundamentais, aprofundam no conhecimento pelo direito positivo de vários direitos naturais do ser humano, comprometendo uma esfera pré-estatal e até supra estatal, para alguns. Zela-se do mesmo modo os direitos humanos, porém, nesta situação, de direitos não positivados.

Deste modo, os termos direitos do homem contêm dos direitos naturais não positivados: “direitos humanos” sendo aqueles positivados no cenário internacional e direitos fundamentais”, aceites ou outorgados pelo Direito Constitucional interno de cada Estado.

Assim foram estabelecidas as colunas do constitucionalismo no final do século XVIII, que por sua vez produziram as primeiras Constituições escritas: limitar o poder do Estado e preservar direitos⁵. No Direito Constitucional do Mundo Ocidental, surgem textos constitucionais abertos a princípios, feitos de grande encargo axiológico, com realce na importância da dignidade do ser humano.

Esse é o traço das constituições europeias do pós-guerra. Nota-se, em oposição da experiência constitucional brasileira, a referência a concepções sobre a importância da dignidade do ser humano, delimitando esse aspecto nas constituições promulgadas no decurso do século XX, na fase evolutiva do sistema de democratização política dos Estados, alguns já em fase descendente como é no caso brasileiro, em que mantém inédita a previsão dos princípios fundamentais logo no artigo 1.º, inciso III, com destaque para a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, não se pode deixar de registrar a forte influência no constitucionalismo brasileiro das constituições que primam pela gramática dos direitos humanos e da proteção da dignidade humana como fundamento do Estado de Direito democrático. É o sentido dado pela Constituição portuguesa de 1976 quando no seu artigo 1.º fica expresso que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular.

Com base nessa nova racionalidade, o Direito Constitucional começou a tornar-se não somente uma comum área política do sistema jurídico de cada povo, mas sim um importante referencial de justiça.

Isso quer dizer que as Constituições do pós-guerra começam a ter um perfil renovado, notado pela aceitação dos princípios, pela inclusão dos direitos humanos e o domínio da importância da dignidade humana.

As constituições encontram-se em total harmonia com o conceito contemporâneo de direitos humanos, criados de forma invisível nesses direitos, sendo o Estado

⁵Cf. artigo 16.º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

convocado a cuidar da proteção do indivíduo como coletivo e não de modo individual, distinguido por classes.

No fim da Segunda Guerra Mundial cresce a rejeição ao conceito de um ordenamento jurídico divorciado de princípios éticos. Requer-se a proximidade do Direito e da Ética, e nesse empenho nasce o poder normativo dos princípios da dignidade humana, de encontro com a filosofia kantiana, com conceitos de paz perpétua, moralidade, dignidade e direito cosmopolita.

Segundo Kant, os indivíduos devem ter como um final em si mesmo e nunca como num meio, a ser arbitrariamente feito para aquele ou esse objetivo. Os propósitos possuem uma importância condicional, enquanto irracionais, conhecidos como “coisas”, podendo ser substituídos por outras coisas semelhantes. Em relação aos seres racionais, denominados de pessoas, pois tem um final em si mesmo, não podem ser substituídos e são únicos, não devendo usados como meios.

O ser humano possui dignidade, ao modo que tem uma valia intrínseca, e assim Kant ressalta o dever de lidar com a humanidade, no carácter individual de cada ser humano um final em si mesmo e nunca como um meio.

Kant complementa que a autonomia é um fator primário da dignidade humana em qualquer ser racional. Tendo o conceito da liberdade sendo intimamente ligada à ideia de autonomia, por via do conceito universal da moralidade, é a base para todas as atitudes dos seres racionais⁶.

Segundo Kant, o imperativo categórico universal trabalha de modo que sua “máxima possa alterar-se em tempo real em uma regra universal.”⁷

Está presente o efeito da vertente “kantiana” no espaço internacional de modo concreto no apoio do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” no processo dos constitucionalismos locais, vertente que se consolidou com o início das constituições com força normativa dos princípios, focando-se no conceito de dignidade do indivíduo.

Anterior à conquista territorial, a colonização e o interesse nacional começaram como referências do pós-guerra até atualmente, em que os fins dos Estados focam-se na criação de Estado de Direito democráticos, ambientais e sociais, com defesa dos direitos digitais, e num objetivo externo procuram ser Estados abertos e internacionalmente íntimos com seguimento de tratados emanados entre eles ou por organizações criadas para o efeito.

Assim, o poder constituinte dos Estados e constituições nacionais é atualmente mais conectado a conceitos e leis de direito internacional.

⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Coleção Folha de São Paulo Grandes Nomes do Pensamento: São Paulo, 2015, pp. 10-11.

⁷ KANT, *Op.cit.* pp. 49-50.

Juridicamente, os direitos humanos começam a ter um enquadramento coerente para o constitucionalismo global. Assim, as constituições contemporâneas começam a ter maior conexão aos conceitos e leis de direito internacional e não individual, que se alteram em princípios de validade das próprias constituições nacionais, algo que não foi observado pelo constituinte brasileiro ao cuidar dos interesses do trabalhador local além dos limites admissíveis pelas nações desenvolvidas. Essa é a questão central da razão de nossa investigação e conseqüentemente a nossa crítica.

As constituições ocidentais contemporâneas além de uma grande densidade dos seus conceitos lógicos, começam a ter também cláusulas abertas, apropriadas para levar o diálogo e o relacionamento entre o direito internacional e constitucional. Essas cláusulas tem uma enorme importância ao modo que se olhe o aumento do fortalecimento do zelo internacional dos direitos humanos, com ênfase ao sistema de sua jurisdicalização na área internacional.

Assim, para uma maior consolidação e jurisdicalização do direito internacional é necessário reforçar as conexões entre o direito interno e internacional. É essencial o foco da ordem global, regional e local, desde a dinâmica da sua interação e dos seus impactos, conduzidos pela importância da dignidade humana.

O objetivo dessa dinâmica é garantir a dignidade humana na relação de desenvolvimento do povo, enquanto “mínimo ético irreduzível”, enquanto parâmetro de conferir validade à toda e qualquer norma.

Isso significa que o estabelecimento do direito individual do trabalho trouxe ao País os graves problemas de desenvolvimento econômico nas relações com as grandes empresas estrangeiras que lá não querem investir em razão da falta de diálogo entre o capital e o trabalho bloqueado pela Carta Política, sendo uma norma constitucional inegociável, não sujeita a alterações e imutável.

O que se procura expor nesta investigação é que a metodologia de constitucionalização do direito internacional constitui-se no método de internacionalização do Direito Constitucional, perante a inclusão de cláusulas constitucionais abertas, possibilitando a conexão entre ordem internacional e constitucional.

O aperfeiçoamento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos mediante a institucionalização da justiça requer que os Estados criem mecanismos internos capazes de implementar as decisões internacionais no âmbito interno, como é o caso do Direito Penal Internacional utilizado no Brasil como instrumento de coibição no campo do Direito Trabalho, seguindo orientações da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Para o progresso chegar às relações laborais no Brasil e incentivar o investimento estrangeiro, como fazem outras nações, o legislador brasileiro teria de romper com a distância entre o direito internacional e o direito interno, nomeadamente quando se trata de direitos fundamentais. Em um cenário cada vez mais personalizado pela constitucionalização do direito internacional e pela internacionalização do Direito Constitucional, assim como a essencial conexão entre os elementos global, regional e local, alcança um aumento no valor da dignidade humana a índice legitimador as ordens jurídicas, no plano constitucional e internacional, como fez Portugal e a seguir sendo tema de nossa apresentação.

O louvor dos direitos fundamentais sofreu uma fragmentação importante no decurso do seu processo evolutivo, em conformidade com a realidade histórica, razão pela qual foi necessário sistematizar a sua análise pelos conceitos das “gerações” de direito.

A divisão em gerações de direitos foi inspirada no tripé filosófico da revolução francesa: liberdade (1ª geração), igualdade (2ª geração) e fraternidade (3ª geração).

A primeira geração de direitos nasceu no século XVIII com a revolução americana e francesa, que tentam controlar o poder do Estado absolutista por via de liberdades públicas exteriorizadas em direitos políticos e civis. Invocam o direito à liberdade e não a uma intervenção do Estado na vida particular da pessoa, exigindo uma isenção do Estado, tendo uma aceção negativa. Estes eventos demonstram o começo da etapa do constitucionalismo ocidental, sendo exemplos de direitos da primeira geração: direito à vida, propriedade, liberdade de reunião, entre outros.

Os direitos de segunda geração surgem no combate proletariado para aprimorar as condições de trabalho e de vida, na época da Revolução Industrial. Notou-se que o conceito de Estado Liberal absentista não satisfazia o que os cidadãos precisavam no momento, obrigando o Estado a tomar uma atitude ativa, positiva, com objetivo de assegurar os direitos sociais eficazes de levar uma vida digna ao cidadão. A mudança do Estado Liberal para o Estado do bem-estar social procurava alcançar a igualdade material entre os indivíduos.

Os corolários da fraternidade e solidariedade são objetivos dos direitos de terceira geração. São direitos de índole individual, com início nos novos desejos das pessoas referente ao desenvolvimento sustentável e a preservação do meio ambiente. Contêm os direitos à paz e um meio ambiente harmonizado.

O catedrático brasileiro Manoel Gonçalves Ferreira Filho sintetiza a matéria, alegando que doutrina dos direitos fundamentais mostrou uma enorme competência de encarar desafios. A primeira geração encarou o desafio do arbítrio governamental com os incentivos públicos, a segunda com os limites desproporcionais dos níveis sociais

com os direitos sociais e econômicos, a terceira no combate contra a degradação da qualidade da vida humana com os direitos da solidariedade⁸.

Os direitos fundamentais no ambiente das relações laborais, fundamento desta análise crítica, têm como base o requisito de um mínimo ético que tem que ser mantido nos ordenamentos jurídicos que regulam as relações jurídicas do trabalho, com base no modo de organização jurídico-moral das pessoas, no que concerne à integridade física e outros bens jurídicos importantes para proteção da liberdade, em conexão dos trabalhos na comunidade à vista do empregador.

Vê-se assim que os direitos sociais são cuidados pelos normativos de um modo difuso, com uma estrutura coletiva, e com autêntico interesse comunitário, sendo razão da nossa veemente crítica à Carta Política brasileira que, numa euforia pós ditadura, entendeu por engessar a economia e as relações entre o empregador e o trabalhador, inserindo no capítulo que regimenta as relações jurídicas um número enorme de direitos individuais do trabalho que não reputamos como direitos com dignidade constitucional, tais como pagamento de horas extraordinárias, aviso prévio para despedimento sem justa causa, multa por despedimento sem justa causa, o 13.º salário, prazo para cumprimento e adicional de férias, percentagem adicional ao salário pelo trabalho noturno, entre outros.

Pela ótica da OIT, um dos mais importantes conceitos do Direito Internacional do Trabalho refere-se à globalização dos conceitos da justiça social e do enriquecimento do trabalho, base do bloco de conceitos que assentam os direitos fundamentais do trabalhador. As normas elaboradas pela OIT têm como foco padronizar os comportamentos mínimos de defesa do trabalhador em todo mundo.

A Constituição da OIT acredita que a paz global pode ser conquistada com base na justiça social⁹, além de analisar as situações de trabalho em que há grande número de pessoas em miséria e privação, e a desmotivação que daí acontece coloca em risco a paz universal.

No âmago da Declaração de Filadélfia de 1944, que passou a integrar como anexo a Constituição da OIT, ficaram estabelecidos os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, nomeadamente:

1. Trabalho não é uma mercadoria;
2. Liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto;

⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹ Disposto no preâmbulo da Constituição da OIT, versão atualizada a 21 de outubro de 2020 fornecida pela DGERT (Direção-Geral do Emprego e das Relações no Trabalho), disponível em: <https://www.dgert.gov.pt/constituicao-da-organizacao-internacional-do-trabalho>

3. Penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral;
4. Luta contra a carência, objetivo que qualquer nação deve conduzir com infatigável energia e com um esforço internacional, contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores discutam em igualdade com os dos governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando a bem comum.

No ano de 1998, a Declaração da OIT sofreu alterações, relativo aos conceitos dos direitos essenciais no trabalho, declarando que todos os membros têm o dever de garantir e prover os direitos essenciais consequentes dos princípios delas colocadas, quais sejam:

- a) A liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) A abolição efetiva do trabalho infantil;
- d) A eliminação da discriminação em matéria desemprego e ocupação.

Segundo lição do ex-Ministro das Relações Exteriores do Brasil, o diplomata Celso Lafer¹⁰, os direitos humanos não são um dado, mas um conceito, uma invenção humana, em constante processo de renovação.

Nesta visão jurídica contemporânea acrescentam-se os ensinamentos de Norberto Bobbio na sua obra *Era dos Direitos*, na qual afirma que os direitos humanos surgem de modo natural com características universais, crescem como direitos positivos individuais até acharem uma íntegra realização como direitos benéficos universais¹¹.

O pós-guerra surge com um significado de reconstrução, já que Segunda Guerra Mundial levou a quebra dos direitos humanos, cenário em que ocorre o esforço no conserto dos direitos humanos como representação ética a ser transmitida para a ordem internacional.

Esta etapa na história do mundo prevê a extinção do período do modo pelo qual o Estado lida com seus cidadãos, uma situação com graves dificuldades de eficácia na ordem social, consequência da resposta do indivíduo perante o poder da instituição soberana.

¹⁰ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 134.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1988, p. 30.

Motivada por estes acontecimentos e o surgimento destes conceitos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) adoptada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU) surgiu com o objetivo de ser um manual de valores universais a serem consagrados por todos os Estados signatários.

A Declaração de 1948 moderniza a gramática dos direitos humanos ao colocar o conceito contemporâneo de direitos humanos, notada pela indivisibilidade destes direitos, assim como a universalidade.

Universalidade, por causa da situação da pessoa, um detalhe único para a titularidade de direitos, sendo essencial a dignidade de modo a estarmos a falar de direitos humanos. Indivisibilidade, pois o catálogo dos direitos políticos e civis estão ligados ao catálogo dos direitos sociais, econômicos e culturais. A Declaração de 1948 mistura a linguagem liberal e a linguagem social do cidadão, juntando os valores da liberdade e igualdade.

Depois da Declaração de 1948, inicia-se a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos com a implementação de várias ferramentas internacionais de proteção. Essa Declaração confere lastro axiológico e unidade valorativa na área do Direito, com foco na indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos.

A concepção contemporânea de direitos humanos define-se pelo sistema de universalização e internacionalização desses direitos, entendidos pelo prisma da sua indivisibilidade. Releva-se que a Declaração de 1948, quando no seu § 5.º afirma a concepção dos direitos humanos universais e estão inter-relacionados, devendo ser tratados de modo global pela comunidade internacional, com justiça e igualdade, sem desvirtuar o seu objetivo inicial.

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados-membros, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada “concepção contemporânea de direitos humanos”, introduzida pela Declaração de 1948.

Vale chamar a atenção aqui para o facto que, no consenso do pós-guerra, a Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados; a Declaração de Viena de 1993, estende, renova e amplia aquele consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos para 171 signatários.

Assim são colocadas estas breves, mas necessárias considerações históricas a respeito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos de modo a demonstrar, em conclusão, o desacerto do constituinte brasileiro que tratou de questões infraconstitucionais, individuais e locais no corpo da Constituição brasileira como se direitos individuais de trabalhador fossem tratados como direitos humanos fundamentais sociais.

Capítulo 2. Os direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil e na República portuguesa

2.1 – Direitos sociais no Brasil

Passemos, então, ao que nos interessa como argumentação. Cuidemos da questão vital deste estudo e sua importância como apresentação à ciência Jurídico-Política, objeto de estudo nesta formação pós-licenciatura.

Porém, desde logo chamo a atenção, e não canso de repetir, Portugal regula diretamente o Direito Individual do Trabalho como matéria infraconstitucional, ao contrário do Brasil.

No ordenamento jurídico português, o trabalho é delimitado como um dever ou fundamento do Estado em razão da importância política internacional da dignidade da pessoa humana, mas remetem, toda a discussão individual à ciência ordinária do Direito do Trabalho, regulado por leis ordinárias, e muitas das vezes, reguladas por normas transitórias, de prazo determinado, discutidas entre os interessados, por intermédio de suas representações. Eis a razão da nossa insistência e resistência à Carta Política brasileira.

Ao contrário do exaustivo rol de direitos individuais do trabalho trazido pelo artigo 7.º da Constituição brasileira, qualificados como sendo direitos fundamentais individuais do trabalhador, a nossa convicção é que os “Direitos Fundamentais Sociais individuais do trabalhador” somente podem ser considerados aqueles ligados à personalidade, à liberdade de trabalho, direito à igualdade e de não discriminação, garantias salariais mínimas, proteção à saúde, integridade física e da vida, direito à limitação da jornada de trabalho e ao descanso, como assim expõe o ordenamento jurídico português.

Assim, recomenda-se uma pausa para exame de cada um destes institutos que mais adiante serão comparados com o tratamento dado pelas Constituições brasileira e portuguesa.

Os direitos da personalidade compreendem as características físicas, morais e psíquicas do indivíduo no plano da ordem social. Sabendo que qualquer pessoa é efetivamente titular de certos direitos e obrigações no domínio patrimonial, não afasta o facto de ser detentora de um conjunto de direitos absolutos e indivisíveis (direito à vida, integridade física, honra, liberdade física e psíquica, entre outros), os quais se impõe ao respeito de outrem.

Numa análise ampla, os direitos da personalidade são atribuições para qualquer indivíduo, referente às suas características baseadas em suas emanações e

prolongamentos. São direitos integrais, estão num dever total de isenção para sua proteção, são irrenunciáveis, intransmissíveis e indisponíveis.

Levando em conta que os direitos da personalidade são atribuições pertinentes ao ser humano, *ipso facto*, a todos os trabalhadores.

Segundo a Constituição Federal de 1988, o artigo 1.º, inciso III assinala o conceito da dignidade humana como a base da República Federativa do Brasil, e assim proporcionou direitos importantes a fim de consolidar a aplicação desse conceito.

Estão dentro dos direitos da personalidade, tanto o direito à intimidade quanto à vida privada, concebidos a qualquer ser humano, busca garantir a dignidade e respeito dos quais o indivíduo é merecedor.

Na área do Direito Internacional, a defesa à intimidade e privacidade foi tema da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) que está em seu artigo XII, mencionando que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”¹².

Na esfera no processo regional interamericano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem¹³ (1948) ajudou para o sistema de concretização do direito à privacidade e intimidade, segundo se analisa nos artigos V, IX e X:

V – Toda pessoa tem direito à protecção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar;

IX – Toda pessoa tem direito à inviolabilidade de seu domicílio;

X – Toda pessoa tem direito à inviolabilidade e circulação de sua correspondência.

Do mesmo modo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – 1969)¹⁴ estabelece no artigo 11.º que:

Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade;

Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação;

Toda pessoa tem direito à protecção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

¹² Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicado na página do Diário da República Eletrónico. Disponível em: <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#preambulo>

¹³ Cf. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, publicado na página da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm

¹⁴ Cf. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, publicado na página da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

Na perspectiva laboral, também se destaca na Consolidação das Leis Laborais brasileira, a norma que protege o direito à intimidade do trabalhador, disposto no artigo 373.º-A, sendo desnecessário apresentar comentários neste instante.

Nesse segmento, o poder de fiscalização do empregador não é totalitário, com limites nos direitos fundamentais do trabalhador, entre eles os de personalidade, dos quais referimos o direito à vida íntima e particular, porém entendemos que não fazem parte desse leque as disposições relativas à regulamentação de horário de trabalho, pagamento de trabalho extra, indenizações por despedimento sem justa causa, entre outros tantos elencados no criticado artigo 7.º, e que voltaremos a citá-los mais à frente.

Prosseguindo no verdadeiro estudo dos direitos fundamentais do trabalhador, apresentamos agora o direito à liberdade de trabalho.

Ao trabalhador tem que ser assegurado o direito fundamental à liberdade de escolha na profissão, nos termos do que consta do inciso XIII, do artigo 5.º da CRFB, que diz:

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Trata-se de conquista importantíssima, tendo em conta que no passado a liberdade de trabalho era praticamente fulminada pelo problema da escravidão, em que o escravo era tratado como “coisa”. Além disso, havia fortes restrições por conta do monopólio das corporações de ofício no período medieval, as quais ditavam a sorte de alguém poder trabalhar ou não.

É certo que, por conta da própria natureza humana, ainda hoje a liberdade de trabalho sofre algumas limitações de natureza protecionista, tendo como exemplo a vedação do trabalho noturno, insalubre ou perigoso aos menores de 16 anos.

Outro direito social fundamental que não podemos deixar sem o registo é o direito à igualdade e a proibição da discriminação.

A igualdade, junto aos valores da liberdade e da dignidade da pessoa humana, é um postulado básico em um Estado de Direito democrático, imprescindível para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim, a igualdade deve ser concebida em seu aspeto material (não apenas formal), como sintetiza a conhecida máxima jurídica de tratar os iguais de forma igual, e tratar os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

É importante esclarecer, entretanto, que a adoção de critérios diferenciados para a admissão no emprego, caso justificada pela própria natureza da atividade ou por questões de medida protetiva do trabalhador, não configura uma situação de discriminação no direito ao trabalho.

Por outro lado, caracteriza uma situação de discriminação contra o direito ao trabalho, a exigência de atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez de uma mulher, para admissão ou permanência no emprego.

O salário é a principal fonte de subsistência do trabalhador. Assim, diante da inegável natureza alimentar da remuneração, deve-se haver um complexo mínimo de garantias salariais.

É certo que a Constituição brasileira assegura o salário mínimo fixado em lei, com respeito a um montante suficiente para suprir as necessidades básicas da família do trabalhador, com reajustes por períodos que lhe garantem o poder aquisitivo, sendo bloqueada a sua conexão e relação para qualquer fim diverso (artigo 7.º, IV), diga-se, a vedação de uso do salário mínimo como indexador.

A seguir enxergamos o direito fundamental social da proteção da saúde, da integridade física e da vida.

O normativo está presente no corpo constitucional com a finalidade de impedir riscos, ao impor como obrigação do empregador propiciar um ambiente de trabalho seguro a seus empregados, atentando-se ao dever geral de cautela, bem como cumprir a obrigação de promover a redução de todos os riscos que afetam a integridade e rigidez física dos trabalhadores.

Não é demais lembrar e repetir que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho não são fundamentos da República Federativa do Brasil unicamente, mas, como já apontamos, são fundamentos de proteção do homem no Direito Internacional.

Por último, para fechar a nossa convicção do que efetivamente seja direito fundamental social, não podemos deixar de trazer ao estudo os direitos fundamentais coletivos do trabalho, garantias fundamentais coletivas mínimas nas quais se inserem o direito de reunião, direito de associação, de organização sindical e o direito à greve.

Pensamos assim que conseguimos, ao menos de uma forma sintética, apresentar o plano que entendemos tratar nesta investigação naquilo que se enquadra na ciência do Direito do Trabalho, em que os direitos sociais são objeto de estudo do Direito Constitucional internacional fundamental, frisando que a proteção do direito individual do trabalho enunciados pelo incisos do citado artigo 7.º da Constituição da República Federativa do Brasil, não são direitos fundamentais, mais sim direitos individuais ordinários do trabalho, que no máximo podem constar como objeto de lei infraconstitucional ou de instrumento de negociação coletiva de trabalho, um instrumento de direito fundamental laboral, denominação aplicada pelo legislador português.

Na verdade, esta investigação não se dedica especificamente às relações de trabalho, mas sim trata-se de uma crítica ao erro crasso cometido pelo Brasil ao constitucionalizar o direito individual laboral. Não se devem confundir os Direitos Fundamentais Sociais com os direitos individuais dos trabalhadores, porque estes últimos dizem respeito somente àqueles que mantêm um vínculo de emprego.

O legislador brasileiro, de forma incorreta, foi muito longe, ao elevar normas típicas do ordenamento infraconstitucional à categoria normativa com dignidade constitucional. Ao invés, deveria ter tratado o Direito do Trabalho como o fez com o Direito do Consumidor, o Direito Administrativo, a saúde, a segurança, como fez no artigo 5.º, ao afirmar que “O Estado cuidará da defesa do consumidor”; “Os atos de improbidade importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública (...), na forma e gradação previstas em lei (...);” como também a previsão “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação”, etc.

2.2. Direitos Fundamentais Sociais na Constituição portuguesa

Feitas as anotações históricas do início do século XX para marcar o atual Estado Social, dá-se um salto no tempo para, ainda no mesmo século, mas em data muito próxima, chegar ao que interessa que é a comparação entre Portugal e Brasil no que diz respeito ao tratamento constitucional dado ao direito individual laboral pelas duas nações, centro da pesquisa que defende a exclusão da regulação do direito individual do trabalho como direito fundamental, em prol da defesa do direito fundamental do trabalhador, amparado pelas respectivas representações normativas. Esta premissa fundamenta a pergunta feita na introdução: seria correto a elevação do direito individual laboral ao *status* de Direito Constitucional?

Em Portugal, tomando a Constituição como ciência verdadeira de regulação política em sociedade, vê-se na lei fundamental um instrumento para o desenvolvimento político. Nesta perspectiva, o direito português considera os Direitos Fundamentais Sociais mesmo plano que os direitos de defesa, já que a delimitação da posição dos cidadãos diante do Estado ocorre por referência à lei, ou seja, encontra na lei (ordinária ou qualquer outra inferior) o seu fundamento e medida.

Assim encontramos na Constituição de 1976 pela primeira vez, o “primado dos direitos sobre a lei”. Hoje os direitos fundamentais em Portugal gozam de uma garantia constitucional que não devem ser interpretados e compreendidos numa dimensão meramente técnica (como se faz com o artigo 7.º da Constituição do Brasil, que repudiamos) de limitação do poder do Estado. Pelo contrário, devem ser compreendidos

e interligados como elementos definidores e legitimadores de toda ordem jurídica positiva.

Por seu lado, os Direitos Fundamentais Sociais protegem a liberdade real do indivíduo, reduzindo o seu âmbito quando necessário, a fim de negar-lhe a possibilidade da sua construção sob a forma de direitos subjetivos.

Para o direito português, Os Direitos Fundamentais Sociais compreendem “deveres objetivos”, dirigidos ao legislador (e não aos empregados, empregadores e juízes) e ao Poder Executivo para a criação de pressupostos reais do exercício dessa liberdade. A decisão sobre o âmbito e conteúdo dos Direitos Fundamentais Sociais, bem como dos meios requeridos para a sua concretização, entra na competência dos órgãos políticos com aptidão para o consenso (ou órgãos arbitadores como desejado no Brasil).

Esse conjunto de direitos em Portugal sustentam o espólio basilar do que se entende por direitos fundamentais, sem prejuízo da elaboração de normativos infraconstitucionais com o objetivo de serem garantes ativos da defesa do indivíduo nas relações laborais. Situação diferente do Brasil onde a Constituição é quem arbitrou os direitos fundamentais, tomados na aceção de direitos de participação, ao reduzir a direitos de medida normas que só podem ser garantidos através de medidas (ou leis) infraconstitucionais.

Em acordo com o artigo 18.º, n.º 1 da CRP, os “preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades, e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas”. Significa que caso se verifique uma violação desses direitos e liberdades, deve ser judicialmente apreciada e punida, caso venha a ser provada. Não é assim no que concerne aos Direitos Fundamentais Sociais. Estes apresentam-se como “direitos sobre o papel, o que significa negar a suscetibilidade de serem feitos valer em justiça.

Ponto contrário ao postulado constitucional brasileiro, que assim se posiciona, nos termos do artigo 5.º, incisos XXXV e LV:

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;

e, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.

No caso dos Direitos Fundamentais Sociais, o direito luso não somente se frisa em seu espaço subjetivo, como espaço subjetivo, como declara que a respetiva contrapartida pode haver num compromisso firme não relacional, não sendo conduzível autenticação de um “direito subjetivo” real e autêntico. Os “direitos sociais” tem a

possibilidade de serem configurados como “diretos fundamentais”, qualificados por normas com dignidade constitucional, tendo em conta que esses direitos podem também ser constituídos como “posições jurídicas jus fundamentais”, ou seja, como direitos subjetivos.

Os direitos subjetivos resultam garantidos por normas jurídicas vinculantes. Entretanto, seja sob o ponto de vista do controlo abstrato, seja sob o nível do controlo concreto de normas, os tribunais, principalmente o Tribunal Constitucional, podem decidir sobre violações de normas objetivas.

Sendo certo que o cerne é o conteúdo dos Direitos Fundamentais Sociais, compreendidos como direitos a prestações, algo que não formulado previamente. Depende sempre do contexto em que os direitos vêm concretizados, dos meios disponíveis, da riqueza acumulada e até mesmo do estado da economia.

Em resumo, a responsabilidade pela concretização e especificação dos Direitos Fundamentais Sociais compete ao legislador. A generalidade da lei cujo sentido e conteúdo constrói o dever de prestação fundamental determina que a aceitação da pretensão individual de concretização e proteção incumba, em primeiro lugar, ao legislador. Não é possível aos tribunais gerir uma política econômica e social (como se faz no Brasil com “interpretações” ao artigo 7.º aqui combatido, violando, pois, o princípio da separação de poderes) por se tratar de domínio específico do Poder Legislativo, e muito menos exercê-la, numa gestão contrária à dos órgãos politicamente conformadores (árbitros ou representantes de classe no Brasil).

Daí que a configuração jurídica dos Direitos Fundamentais Sociais em Portugal não representa uma proteção individual, mas sim difusa, e se apresenta como uma tarefa legislativa particular de produção de atos jurídicos protetivos em geral, sem um destinatário específico e individualizado.

Os pressupostos de facto e as consequências jurídicas das normas que consagram os Direitos Fundamentais Sociais devem ser suficientemente determinados, de forma a garantir a validade, efetividade e correção dos direitos e pretensões no seu conjunto, independentemente da caracterização desses direitos, liberdades e garantias ou como direitos econômicos, sociais e culturais.

Em plano oposto, em Portugal fala-se em subjetivação de direitos, deveres ou posições jurídicas, e refere-se a casos concretos com a possibilidade de poder se buscar socorro perante tribunais, entendendo-se a expressão direitos como “direito subjetivo”.

Assim, cuidemos por diante do trato com o direito individual do trabalho em Portugal. O Direito do Trabalho, como já nos posicionamos no início desta pesquisa, é

um ramo jurídico novo, com nascimento situado na transição do século XIX para o século XX, assente na doutrina internacional.

Entretanto, ainda que jovem, o Direito do Trabalho teve um enorme desenvolvimento seja sistemático, seja dogmático. A razão disto remete para a transição rápida de poucas regras lançadas pelos Códigos Civis relativas à locação da mão-de-obra e da prestação de serviços, para a construção de um complexo normativo e abrangente que vieram a regular as relações do trabalho subordinado, provocando, portanto, o desenvolvimento da área jurídica com a criação de seus princípios próprios e distintos do Direito Civil.

Por isso não é errado dizer que em menos de cem anos presenciamos uma evolução da restrita proteção de alguns grupos operários para o Direito do Trabalho, para o reconhecimento de uma área fundamental da ciência do direito.

Mas o século que viu surgir e desenvolver o Direito do Trabalho assistiu ainda à contestação dos valores que orientaram aquele progresso, o princípio da proteção ao trabalhador.

O Direito do Trabalho como ciência autônoma desenvolveu-se em princípio em três áreas regulativas designadas como direito das condições de trabalho, direito individual do trabalho e o direito coletivo do trabalho¹⁵.

Com o tempo estas áreas evoluíram para dois grandes grupos hoje conhecidos como direito das situações laborais individuais e o direito das situações laborais coletivas, ou simplesmente como mais são citados pelos estudos: direito individual e direito coletivo do trabalho, que se ocupam respetivamente do estudo dos contratos de trabalho e da inserção dos trabalhadores na empresa e das matérias relativas aos sindicatos, à contratação coletiva e aos conflitos coletivos.

A primeira área a desenvolver-se foi destinada ao estudo das condições de trabalho, ligada diretamente à questão social que passou a integrar a regulação do contrato de trabalho.

Se o desenvolvimento normativo do Direito do Trabalho português foi disperso, o seu objetivo, ao contrário, sempre foi de proteger o trabalhador subordinado contra excesso do empregador na determinação e de abstencionismo legislativo, até então insuportável.

É que os princípios maiores da igualdade dos entes jurídicos privados e da liberdade contratual, quando aplicados a um vínculo caracterizado pelo elevado desnível económico das partes, são vazios de sentido, uma vez que não existe igualdade entre os contratantes e a liberdade contratual que normalmente é imposta pelo lado mais forte

¹⁵ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral*. 7.ª Ed. Almedina: Coimbra, 2019, pp. 19-32.

da relação. Por isso, o Direito do Trabalho se desenvolve, tirando do Direito Civil o poder de regulação no encontro trabalhador e empresa.

Assim, faz sentido para nós que as primeiras normas mundiais indicativas do nascimento do Direito do Trabalho sejam imperativamente de proteção do trabalhador como parte mais fraca do vínculo com a empresa.

Reflexo da nova área jurídica surgida, o princípio da proteção do trabalhador tem um papel essencial no desenvolvimento do Direito do Trabalho tanto pelo caminho sistemático, como pela trilha dogmática¹⁶.

Sistemático, porque foi pelo princípio da proteção que se deu início ao desenvolvimento dos vários regulamentos laborais, na procura da defesa da tutela do mais fraco.

Assim, a partir do instante que ficou definida a regulamentação do Direito do Trabalho, tivemos a elevação da proteção dos trabalhadores subordinados em matéria de condições de trabalho, tempo de trabalho, direito ao repouso e férias, despedimento e direito à contratação coletiva.

Em resumo, em nome deste princípio precursor da defesa do trabalhador, as normas laborais tiveram uma tendência expansionista¹⁷.

A evolução do Direito do Trabalho português seguiu esses traços gerais aqui antes apontados. Também um Portugal individualista e liberal do século XIX se caracterizou como uma época de abstencionismo legislativo em relação às relações de trabalho, seja de que natureza fosse, mas principalmente quanto ao trabalho subordinado.

O desenvolvimento do Direito do Trabalho português processou-se nos moldes tradicionais quase até final do século XX, tendo como centro do estudo sempre o princípio da proteção do trabalhador, estudado como a base da nova ciência jurídica que veio para assegurar a melhoria progressiva dos trabalhadores, através das garantias de direitos como local e tempo de trabalho, repouso diário, semanal e anual, e retribuição e a garantia do respeito aos princípios dos direitos adquiridos e do tratamento mais favorável ao trabalhador.

Já no que diz respeito aos direitos coletivos, a verdade é que a sua evolução foi condicionada pelo regime político corporativo durante uma boa parte do século XX, sob o julgo do Estado. Esta razão foi determinante para que a evolução do direito individual do trabalho percorresse de modo separado a evolução do direito laboral, afastado do direito coletivo, e assim gerando obstáculos ao surgimento de normas no comum ramo da ciência.

¹⁶ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral*, p. 59.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 137.

O paradigma da relação do trabalho típica e a fundamentação axiológica do Direito do Trabalho na proteção do trabalhador sustentaram o desenvolvimento da área jurídica desde os seus primórdios aqui já demarcados até o curso dos anos 1970 sem sobressaltos.

Entretanto, no curso dessa década, a situação é completamente alterada, nascendo aí uma verdadeira crise nas relações jurídicas laborais, decorrentes da presença de pressupostos que deram sustentação no primórdio deste ramo do Direito.

Esses pressupostos estariam ligados com o universo dos trabalhadores subordinados, com a sustentabilidade econômica do modelo de tutela laboral, e com o modelo empresarial de referência dos regimes laborais, estudados pelos catedráticos como pressuposto da incapacidade genética permanente dos trabalhadores subordinados; pressuposto da sustentabilidade econômica do modelo de tutela laboral; pressuposto microeconômico da grande empresa do setor secundário da economia¹⁸.

O resultado do surgimento dos pressupostos extrajurídicos que favoreceram o desenvolvimento do trabalho tradicional foi a consciência da desadequação crescente dos seus regimes mais rígidos e também alguns efeitos perversos da tutela laboral, desenvolvida durante décadas.

Por coincidência ou não passaram os empresários a atribuir como razão maior da crise enfrentada no início dos anos 70 ao Direito do Trabalho, discursando que o desemprego deriva do excesso de regulação das relações laborais.

As tendências de flexibilização e o correspondente processo de desregulamentação do trabalho passam a ser comuns a todos os sistemas da Europa continental a partir de 1970.

No caso português, por força de suas vicissitudes históricas, e por reação a amputação da parte mais original dos conteúdos de sua área regulativa coletiva durante o corporativismo, o sistema jurídico-laboral manteve-se bem ancorado na relação de trabalho típica e com um perfil de garante, quer quanto ao regime do contrato de trabalho, quer quanto ao regime da contratação coletiva durante os primeiros anos da nova ordem jurídico-constitucional, até o transcurso da década de 1990.

Assim, a evolução do sistema laboral português, na sequência do 25 de abril não foi só apenas no sentido da reposição dos princípios fundamentais do trabalho no campo do direito coletivo como a liberdade sindical, autonomia coletiva e direito à greve, dito por nós anteriormente, era a mais afetada pelo corporativismo, mas também no sentido do reforço dos direitos e garantias dos trabalhadores no contrato de trabalho com regulação das condições, da retribuição e a proibição da despedida sem justa causa.

¹⁸ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral*, p. 537.

Por outro lado, a Constituição de 1976 deu azo para consagrar direitos e garantias qualificando-os como direitos fundamentais, dando-lhes assim, maior dignidade e eficácia possíveis.

É importante salientar que a Constituição de 1976 surgiu para estabelecer o mínimo de garantia digna ao trabalhador, sem interferir na possibilidade de estabelecer coletivamente condições mais favoráveis e, como consequência, a economia não ficou manietada com um corpo normativo rígido, como é o caso da lei fundamental brasileira.

Com a evolução decorrente do passar dos anos, Portugal acabou por aderir definitivamente às tendências da flexibilização que tanto defendemos para o Brasil.

Desde o final da década de 80 até hoje vê-se que houve uma evolução no sentido da diminuição da rigidez dos regimes laborais admitindo-se a plena flexibilização dos vínculos.

De modo meramente exemplificativo, podemos apontar alguns marcos da evolução do Direito do Trabalho em Portugal, tanto no período anterior à codificação, como durante a vigência do Código do Trabalho de 2003 e da sua alteração em 2009, no âmbito do Programa de Assistência Financeira entre 2011/14:

- I. Ainda no período anterior à codificação, no que respeita à flexibilização, foram introduzidas figuras como o trabalho temporário (Decreto-Lei n.º 358/89 de 17 de outubro); o trabalho em comissão de serviço (Decreto-Lei n.º 404/91 de 16 de outubro); e o trabalho a tempo parcial (Lei n.º 103 de 26 de julho de 1999). Nessa mesma época tivemos a figura do contrato de trabalho a termo (Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, artigos 41.º e seguintes); ampliação do contrato de experiência (Decreto-Lei n.º 64-A/89, artigo 55.º e seguintes); os regimes da polivalência funcional e da adaptabilidade do tempo de trabalho (Lei n.º 21/96 de 23 de julho); o regime da cedência ocasional de trabalhadores (Decreto-Lei n.º 358/89 de 17 de outubro, artigo 26.º); e ainda, a figura da extinção do posto de trabalho (Decreto-Lei n.º 64-A/89, artigo 26.º) e do despedimento por inadaptação (Decreto-Lei n.º 400/91 de 16 de outubro).
- II. O Código do Trabalho de 2003, para além de sistematizar os regimes laborais, prossegue também um objetivo de flexibilização dos regimes laborais, e, nesse âmbito, intervém introduzindo novos modelos de contrato de trabalho, com destaque para o teletrabalho (artigo 233.º) e para o contrato com pluralidade de empregadores (artigo 92.º); mas, sobretudo é criado rapidamente o regime do contrato a termo, essencialmente através do alargamento dos fundamentos substantivos do contrato como pelo aumento do número de renovações e pelo alargamento da duração máxima (artigo

129.º); são introduzidos novos regimes de adaptabilidade do tempo de trabalho (artigo 164.º), torna-se regra a polivalência funcional (artigo 151.º), passam a supletivas as garantias legais em matéria de mobilidade funcional e geográfica (artigo 314.º). Além disso, o Código de 2003 elimina por completo as referências ao princípio do *favor laboratoris*, consagrando, como regra geral, a supletividade da lei perante os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho (artigo 4.º, n.º 1), procurando tornar mais operacional o regime de caducidade dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, através de um regime de sobre vigência limitada das Convenções Coletivas de Trabalho –CCT – (artigo 557.º) e socorre-se da técnica da desregulamentação pura para diminuir o vigor de garantias laborais tradicionais, que passam a constar de normas supletivas. Portanto, resta aí demonstrado, em resumo, que, no seu conjunto, estas alterações evidenciam uma estratégia de flexibilização dos regimes laborais muito mais intensa do que na fase anterior. Contudo, esta estratégia flexibilizadora assenta essencialmente em soluções de desregulamentação pura e numa lógica de reaproximação do Direito do Trabalho à sua gênese civil, que é, aliás, criticável, porque não tem apego à realidade.

- III. O Código de Trabalho de 2009, do ponto de vista da flexibilização do regime laboral, reduz o grau de flexibilidade introduzido pelo Código anterior em alguns regimes, mas introduz soluções ainda mais flexíveis em outros regimes. Na primeira orientação, é parcialmente reposto o vigor do regime do princípio do *favor laboratoris* na relação entre a lei e os instrumentos de regulação coletiva de trabalho (artigo 3.º n.º 1 e 3), são introduzidas restrições no regime do contrato a termo, quer quanto a fundamentos, quer quanto à duração máxima e às renovações (artigo 139.º) e é revisto o regime de sobre vigência dos instrumentos de regulação coletiva de trabalho num sentido mais restritivo (artigo 501.º); já num sentido mais flexibilizante, são introduzidos os contratos de trabalho especiais, formalizando-se assim uma maior abertura do sistema à pluralidade de modelos de contratação laboral, e, neste contexto, são instituídos o contrato de trabalho a termo de muito curta duração (artigo 142.º), e são alargados os regimes de adaptabilidade do tempo de trabalho, com a introdução da figura do banco de horas e da adaptabilidade grupal (artigo 206.º e 208.º). Em termos gerais, descortina-se nesse Código uma estratégia de flexibilização dos regimes laborais, mas mais moderada do que a do Código de 2003.

IV. Por fim, como enunciamos, a grande reforma do Código de 2009, no âmbito do Programa de Assistência Financeira a Portugal entre 2011 e 2014 teve também um claro intuito flexibilizador com uma redução dos custos do trabalho. A flexibilização incidiu não só em áreas que já tinham sido objeto de medidas de flexibilização e que foram objeto de medidas adicionais na área de tempo de trabalho, com a introdução do banco de horas individual e grupal (artigo 208.º-A e 208.º-B) e com o aumento do tempo de trabalho, por várias vias (redução do número de feriados, eliminação da majoração de férias e redução do direito ao descanso compensatório por trabalho suplementar), mas também no regime de sobre vigência das convenções coletivas (artigo 501.º e 502.º), como em áreas não tocadas até então, notadamente, a cessação do contrato de trabalho, através da redução progressiva mas muito significativa do valor das indenizações compensatórias e da alteração dos regimes de despedimento por extinção do posto de trabalho e do despedimento por inadaptação (artigos 366.º, 368.º e 375.º n.º 2, respetivamente) e a restrição às portarias de extensão. Por outro lado, a Reforma de 2011-2014 teve também um claro objetivo de redução dos custos do trabalho, em matérias como o trabalho suplementar e em dia feriado, cujo valor da hora foi diminuído (artigo 268.º e 269.º), o valor-hora do trabalho também foi diminuído por conta da extinção dos feriados e da majoração de férias, assim como a diminuição do descanso compensatório por trabalho suplementar, e, como já assinalamos, o valor das indenizações compensatórias pelo despedimento ou outras causas de encerramento do contrato (artigo 366.º).

Essas medidas, portanto, intensificaram as tendências de flexibilização e estenderam a áreas antes intocáveis, com relevo para o despedimento e, para a contratação coletiva.

A evolução pontuada deixa claro que o sistema laboral português evoluiu no sentido de flexibilizar os regimes, e porque não dizer, a economia, sobretudo nos últimos 20 anos, por não encontrar os obstáculos constitucionais dispostos no Brasil, onde a economia se encontra estagnada desde a promulgação da carta política de 1988, com face das barreiras constitucionais do criticado artigo 7.º como frisamos desde a introdução.

Com absoluta certeza a evolução Portugal que enfrentou e perdura até a presente data (e que no Brasil reclamamos) foi para quebrar a elevada estrutura de garantias do sistema normativo da época e promover o desenvolvimento económico, pois, apesar do

espírito protetivo, a rigidez da norma trazia ao país muitos efeitos nefastos que só serviam (e servem) como oposição à produtividade, competitividade das empresas, diminuição da contratação de trabalhadores e, pior ainda, a geração de artifícios fraudulentos que convivemos no Brasil cujo fim sempre está fadado a desembocar em processos judiciais.

Assim, ainda que não inteiramente perfeito e com os devidos avanços e retrocessos, o regime jurídico-laboral português posto no campo da regulação ordinária e das normas coletivas, e com a possibilidade de flexibilização fiscalizada, é de todo invejável e digno de efusivos cumprimentos.

Era por esse caminho que gostaríamos de ver nosso país caminhar. E é por esse motivo que fomos levados a elaborar esta investigação e dissertar de forma crítica sobre os resultados obtidos.

Essas observações feitas até aqui evidenciam a importância dinâmica da ciência do Direito do Trabalho desde o seu desenvolvimento autônomo. Contudo, nas últimas quatro décadas, este ramo jurídico curva-se fortemente diante do que antes pregava para enfrentar com novas armas os desafios enfrentados por aqueles que afirmam e pregam pelo fim da ciência e sua absorção integral pelo Direito Civil.

O conjunto do sistema normativo laboral decorre da constatação de que o Direito do Trabalho não se consolidou dogmaticamente apenas sobre a ideia da proteção do trabalhador, mas também sobre os princípios da prevalência dos interesses de gestão do empregador; princípio do coletivo que evidencia a lógica de grupos; e princípio da autotutela.

Diante do quadro, podemos dizer que, na atualidade, o Direito do Trabalho em Portugal enfrenta desafios pouco diferentes daqueles enfrentados por ocasião da sua independência.

Um primeiro desafio é o de combater os excessos e os efeitos da flexibilização, mas devendo prestigiá-la com equilíbrio, evitando, por outro lado, os excessos da proteção ao trabalhador.

Um segundo desafio remete para a necessidade de estabilidade das normas jurídicas ao nível dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, pela sua natureza transaccional e vocação perene, que se podem ensaiar soluções de compromisso entre interesses mais particulares, resolver problemas conjunturais ou específicos que afetam este ou aquele setor, e testar soluções de trabalho novas, de forma controlada, gerida pelos próprios interessados.

Em conclusão, (e comparativamente era o desejável para o Brasil) a contratação coletiva é o instrumento normativo laboral com mais vocação para adaptar o Direito do Trabalho aos desafios que se lhe são colocados, e deve exercer esse papel.

Um terceiro desafio que se continua a colocar ao Direito do Trabalho é o da proteção ao trabalhador. O Direito do Trabalho continua a ter que proteger o trabalhador em matérias ligadas ao tempo e às condições de trabalho, segurança, saúde e acidentes, como em casos ligados ao direito da personalidade, igualdade, não discriminação, maternidade, paternidade e a conciliação entre a vida profissional e a familiar. O desafio da proteção dos trabalhadores é um desafio eterno do Direito do Trabalho.

Assim, as garantias institucionalizadas pelo atual Direito Constitucional no que concerne ao regime laboral português cobrem todo o espectro: saúde, educação, direitos laborais, segurança social e não a proteção individual e direta do contrato do trabalho desenhado pela Constituição brasileira que só serviu até hoje ao desestímulo do empreendimento em terras do Brasil.

Os direitos fundamentais estão na Parte I da Constituição: conceito de acesso ao direito, de igualdade e o direito à resistência. Na Parte II, garantias e liberdades, é reconhecido um amplo conjunto de direitos, como direito à vida e integridade pessoal, abolição da pena de morte e tortura, os direitos de liberdades e garantias dos trabalhadores, designadamente à segurança no emprego, à liberdade sindical e à greve, a proteção no emprego; as garantias fundamentais do cidadão em processo penal; liberdade de expressão e informação

E, ainda, como dissemos sobre a consolidação do Direito do Trabalho nos últimos quarenta a cinquenta anos, a Constituição de 1976 consagra um amplo conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais: o direito ao trabalho, à segurança social, à saúde, à habitação, ao ambiente e qualidade de vida, à educação, à proteção na infância, na juventude, na deficiência, na terceira idade, sempre cuidando de assegurar tais direitos à coletividade e não ao indivíduo, cuja proteção é remetida a outras fontes do direito (normas internacionais e comunitárias; leis ordinárias; instrumentos de regulamentação coletiva e os usos e costumes).

2.2.1. Direitos fundamentais na Constituição portuguesa e na brasileira

A Constituição da República Federativa do Brasil e a Constituição portuguesa possuem muitos pontos em comum no que tangem aos direitos fundamentais e a outros direitos constitucionais, embora em alguns pontos as doutrinas lusas e brasileira venham a ter entendimentos distintos do tema. Verifica-se a primeira semelhança quando se observa que a Constituição portuguesa de 1976 – que em 2016 completou quarenta anos – e a Constituição brasileira de 1988 – trinta anos, em 2018 – foram

publicadas em um contexto de pós-ditadura no qual havia ocorrido a supressão de direitos e garantias fundamentais.

República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado de Direito Democrático, sendo formada pela união indissolúvel de seus Estados-membros, Municípios e Distrito Federal. Os principais fundamentos são: a dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como se faz constar do artigo 1.º e incisos I a V da Constituição brasileira.

Por sua vez, a República Portuguesa é Estado de Direito Democrático e tem como base: o aprofundamento da democracia participativa; democracia econômica, social e cultural; separação e interdependência de poderes; garantia de efetivação de direitos bem como de liberdades fundamentais; respeito aos direitos e liberdades fundamentais; pluralismo político e pluralismo de expressão, como nota-se dos artigos 1.º e 2.º da Constituição, que dizem respeito à República Portuguesa e ao Estado de Direito Democrático português.

A semelhança é presente na proximidade das expressões e localização de artigos. Exemplo que se observa quando na Constituição portuguesa existe uma “separação e interdependência” entre os poderes, enquanto a Constituição brasileira se vale das expressões “independentes e harmônicos entre si” tanto no artigo 2º da Constituição lusa, quanto também no artigo 2º de nossa Constituição.

Dentre outros princípios, o Brasil rege-se pelos seguintes em contexto de relações internacionais: prevalência dos direitos humanos e autodeterminação dos povos (artigo 4.º, incisos II e III), sendo que o mesmo ocorre em Portugal, em que a Constituição prevê o reconhecimento ao direito dos povos em relação a autodeterminação, independência e desenvolvimento (artigo 7.º, n.º 3).

No Brasil todos “são iguais perante a lei” (artigo. 5.º, primeira parte), enquanto em Portugal, “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (artigo 13.º).

As semelhanças e distinções não param aqui: a disposição do §2.º do artigo 5.º da Constituição brasileira estabelece a não exclusão de outros direitos que sejam decorrentes quer do regime, quer dos princípios que ela adota, bem como não excluem os direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A Constituição portuguesa, por sua vez, dispõe de modo análogo no artigo 16.º que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não veem a excluir os que constarem das leis, bem como das regras que sejam aplicadas em direito internacional. Por não excluírem, é possível afirmar a dificuldade de enquadrar os direitos fundamentais em um único documento, como tentou fazer o legislador constituinte brasileiro.

Tanto é assim que a classificação adotada na Constituição Federativa de 1988 foi literal (ou gramatical), ou seja, os direitos fundamentais foram incluídos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigos 5.º ao 17.º).

Na Constituição Portuguesa estão dispostos os seguintes exemplos: artigo 24.º - Direito à vida; artigo 25.º - Direito à integridade pessoal; artigo 26.º - Outros direitos pessoais; artigo 27.º - Direito à liberdade e à segurança; artigo 28.º - Prisão preventiva; artigo 29.º - Aplicação da lei criminal; artigo 30.º - Limites das penas e das medidas de segurança; artigo 31.º - Habeas corpus; artigo 32.º - Garantias de processo criminal; artigo 33.º - Expulsão, extradição e direito de asilo; artigo 34.º - Inviolabilidade do domicílio e da correspondência; artigo 35.º - Utilização da informática; artigo 36.º - Família, casamento e filiação; dentre outros.

Fundamento na nossa insistência em dizer que a classificação literal deve ser rejeitada, por ser estática e não abranger todo o sistema de direitos fundamentais. No caso brasileiro, existem outros direitos além dos constantes no Título II da Constituição e outros não tanto fundamentais, mas ordinários, que receberam o *status* de direito fundamental, como é o caso do direito individual do trabalho, motivo do estudo ora apresentado. A título de exemplo, como já foi citado: o excesso de regras de direito individual do trabalho trazidas pelo artigo 7.º e a ausência, aqui no campo dos direitos fundamentais, daquilo que é trazido pelo artigo 170.º (ordem econômica e financeira), artigo 196.º (saúde), artigo 205.º (educação), artigo 215.º (cultura), artigo 225.º (meio ambiente), artigo 226.º (família), entre outros, todos da CRFB/88.

Na Constituição portuguesa, os direitos fundamentais também se encontram dispersos, considerado por nós uma contraposição. A saúde, por exemplo, é tratada dentre outros artigos, no n.º 64; educação, cultura e ciência no artigo 73.º; ensino no artigo 74.º; ambiente e qualidade de vida no artigo 66.º; e organização econômica, nos artigos 80.º e seguintes.

A República Portuguesa, por intermédio de sua Constituição, compreende a soberania como sendo una e indivisível, residente no povo, que a exerce segundo as disposições constitucionais (artigo 3.º, n.º 1). Como bem nota Jorge Miranda, “o poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria (artigos 2.º, 3.º, n.º 1, 10.º, n.º 1, 108.º, 114.º, n.º 1, 187.º, etc.), mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição.”¹⁹

Já Constituição brasileira entende que “todo poder emana do povo” nos termos constitucionais, o que se situa de modo similar entre o artigo 1.º, parágrafo único, daquele diploma, e o artigo 10.º da Constituição portuguesa.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 251.

Rececionados, entretanto, pelo ordenamento jurídico como leis infraconstitucionais, são ordinários os direitos humanos. Esse entendimento é tanto brasileiro quanto luso, como se nota novamente com o artigo 16.º e seguintes da Constituição portuguesa.

Observa-se então que tratados e convenções internacionais rececionados no Brasil pelo ordenamento jurídico (e não pela Constituição) são considerados como disposições infraconstitucionais, sendo, portanto, normas ordinárias, e a prevalência de uma sobre a outra se resolve pelo grau de especialidade e temporalidade (cronologia), e ainda assim, enfrentam controlo constitucional como qualquer outra norma dessa espécie que se insira no ordenamento jurídico brasileiro.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes²⁰, comentando o § 3.º, do artigo 5.º da CRFB, argumenta que no Brasil existem:

Três etapas para inclusão de um ato ou trato internacional no ordenamento jurídico interno. A primeira etapa cabe ao Presidente da República realizar todos os tratados, atos internacional e convenções, a segunda etapa cabe especificamente do Congresso Nacional solucionar absolutamente sobre os acordos, tratados ou acordos internacionais que arremetem encargos ou atribuições gravosos ao patrimônio nacional (CF, artigo 49, I), ênfase que a deliberação do Parlamento será feita por meio de aceitação de um decreto legislativo, apropriadamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado. A terceira etapa existe a edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional.

Nessa situação, a eficácia interna da norma depende da concretização destas etapas, sob pena de inconstitucionalidade.

Jorge Miranda²¹ argumenta que no ordenamento jurídico português existem três etapas no modo em que os tratados são concretizados: “1.º- negociação; 2.º assinatura; 3.º ratificação”. E que no tempo presente estão dispostos: “1.º - negociação e assinatura; 2.º - aprovação; 3.º - ratificação”.

O dispositivo constitucional brasileiro acima indicado permite afirmar que se incluiu um processo aberto de direitos fundamentais, que não leva em consideração a taxativa enumeração dos mesmos, de forma que é autêntico pensar em direitos fundamentais prescritos no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que não fazem parte do seu elenco. O mesmo se estende a Portugal, como já assinalamos.

As características mais importantes dos direitos fundamentais são: fundamentabilidade, universalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação.

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 569.

²¹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*, pp. 30-31.

Os atributos importantes que os direitos fundamentais almejam dos direitos humanos compreendem a indivisibilidade, interdependência, universalidade, inalienabilidade, inter-relação e fundamentalidade:

- a) **Fundamentalidade:** esses direitos mostram assuntos importantes para os indivíduos, permitindo a relação entre a sua existência e autonomia. Eles possuem uma natureza de necessidade, mostrando não somente fatores desejáveis, mas também o facto de serem direitos ligados à consciência do ser humano, como direitos básicos do indivíduo.
- b) **Universal:** todos os indivíduos podem ser donos destes direitos. Na esfera internacional, esse detalhe tem sentido a partir do momento em que todos os indivíduos, sem prejuízo da sua origem ou residência. A presença de categorias de direitos importantes a determinados grupos, como mulheres e crianças, não afeta a característica de universalidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.
- c) **Inalienável:** esse caráter é de grande proeminência dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. É referida a existência e a indisponibilidade destas garantias, não podendo ser removidas, somente em situações específicas e conforme processos aplicáveis, e se o titular não der uso delas, poderão ser abicadas. Estes direitos extinguem-se somente com a morte do titular.
- d) **Interdependentes e Interrelacionados:** estão relacionados com a realização dessas garantias, na medida em que o gozo de um direito tenha efeito no gozo de outro direito. Estes relacionamentos encontram uso tantos nos direitos culturais, econômicos, civis e políticos.

Estas características não representam somente a posição da doutrina internacional e nacional, mas refletem o conceito de direitos humanos, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e reiterado na Declaração e Programa de Ação de Viena. A última afirma esses detalhes quando garante que todos os direitos humanos são globais e indivisíveis.

2.2.2. Os Direitos Humanos Fundamentais como Direitos de Defesa

Adotando os direitos fundamentais como direitos de defesa e deixando clara a possibilidade de acolher outros direitos que não estão especificados, ampliando-se assim o seu rol, a CRFB pretende dar garantias aos cidadãos brasileiros e aos cidadãos

estrangeiros que estejam em território nacional, de uma forma contínua e não taxativa. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho²²:

[...] a função de direitos de defesa do cidadão sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Ao rol de direitos fundamentais expressos nas constituições, a doutrina denomina direitos fundamentais formais, caracterizados pela aplicabilidade imediata e estarem nelas contidos por vontade do Poder Constituinte, e aos demais recepcionados pelas constituições, mas que nelas não se encontram expressos, a mesma doutrina denomina como direitos fundamentais materiais, ligados à essência do bem juridicamente protegido. É o que ocorre com a doutrina e nas Constituições brasileira e portuguesa.

2.3. O Direito do Trabalho na Constituição portuguesa

Ao contrário de toda a crítica que até aqui fizemos à Carta Política brasileira, como já falamos mais de uma vez, outro caminho foi trilhado por Portugal, segundo pesquisamos. Como consequência, aqui é chegada a hora de nos debruçarmos sobre como é regido o Direito Coletivo do Trabalho português e seu tratamento pela Constituição da República.

Obrigatoriamente um epílogo deste ponto emerge ao apontar a relação entre a lei, a convenção coletiva e a evolução da norma mais favorável no ordenamento laboral luso.

Estudamos o Direito do Trabalho português, não querendo ser meramente descritivo, mas para argumentar com o devido fundamento é necessário estudar o conceito, fontes e as peculiaridades existentes em relação aos trabalhadores.

A seguir, em função da maior importância da distância do Direito do Trabalho brasileiro, cuida-se dos demais instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, na forma como são contextualizados e inseridos no direito português e as espécies enunciadas no Código do Trabalho de 2009 com suas atualizações, tratando sucessivamente, do reforço da proteção da parentalidade relativo aos trabalhadores que exercem funções públicas integradas no regime de proteção social convergente; da alteração de um grande elenco de artigos do Código do Trabalho, especialmente no que

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 541.

diz respeito à proteção ao trabalhador deficiente, previdência social e direito coletivo, dentre outros, e a última, cuidando do Regime Jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento às situações de transmissão por adjudicação de fornecimento de serviços que se concretiza por concurso público, ajuste direto ou qualquer outro meio, alterando o Código do Trabalho de fevereiro de 2009. Todas publicadas obrigatoriamente em Diário da República, com as devidas adaptações aos tempos modernos.

Tratemos, então, da primeira parte do estudo, em seguimento do objetivo desta dissertação, a análise da relação entre lei e convenção coletiva no Direito do Trabalho e as relações laborais.

A lei, segundo o artigo 1.º, n.º 2, do Código Civil português, é considerada como “todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes”. Desse modo, constatamos três elementos essenciais para a criação de uma lei:

- i. Deve prescrever uma regra a ser observada;
- ii. Não pode ser direcionada para nenhum caso específico, mas para situações gerais (ou abstratas) que podem ocorrer no presente ou no futuro;
- iii. A lei tem que ser elaborada por uma autoridade estatal competente para a matéria;

A doutrina portuguesa consultada na pesquisa divide as leis por diplomas em sentido material que correspondem às regras e não fontes jurídicas, e em sentido formal que se reveste das formas destinadas ao exercício da função legislativa do Estado.

Analise-se que o Direito do Trabalho lusitano, oposto do brasileiro, não foi elemento de ponto especial na Constituição portuguesa em razão de dois motivos que nos são passados por Gomes Canotilho²³:

- a) Dado os princípios constitucionais do trabalho se reenviam a normas que garantem o Direito do Trabalho e dos trabalhadores, a Constituição frisou sua evidente dimensão subjetiva e o seu caráter de ‘direitos fundamentais’ mexendo esses princípios para a parte relativa aos direitos fundamentais;
- b) Passando a tendência clássica para descrever o Direito do Trabalho como básico direito de proteção, a Constituição estabeleceu o ‘trabalho’, o ‘emprego’, ‘direitos dos trabalhadores’ e a ‘intervenção democrática dos trabalhadores’ em objeto peculiar na própria ordem constitucional global em mecanismo beneficiado de efetivação do princípio da democracia econômica e social (cf. artigo 2.º).

A competência para a criação de legislação que possua sobre direitos, liberdades e garantias com relação ao Direito do Trabalho em Portugal é exclusiva da Assembleia

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 346-347.

da República, segundo no artigo 165.º, n.º 1, alínea b) da Constituição portuguesa. Somente o Governo poderá legislar em relação a esse assunto quando tiver permissão para tal. E aqui é que apontamos o grave “tumor” constitucional brasileiro que difere do direito português: o brasileiro não permite, nem com autorização do Congresso, que se negocie sobre o direito individual do trabalhador inserto no artigo 7.º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ao contrário de nossa rígida regra constitucional, existem algumas particularidades na elaboração das leis laborais em Portugal que merecem ser destacadas.

A Constituição portuguesa prevê a participação de comissão de trabalhadores na elaboração da legislação do trabalho e planos económico-sociais relacionados com sua atividade (artigo 54.º, n.º 5, alínea d) e das associações sindicais na elaboração de leis (artigo 56.º, n.º 2, alínea a), sob pena de se ter declarada a inconstitucionalidade desta norma.

A previsão que assegura a presença das comissões de trabalhadores e dos sindicatos na criação das leis determina a natureza consultiva no processo legislativo português, no qual as instituições indicadas lhes é dada a hipótese de tomar conhecimento do texto legislativo antes de ser dialogado com a entidade competente designada pelo órgão legislativo ou executivo para conduzir a matéria em relação ao Direito do Trabalho, sendo a matéria de carácter obrigatório e regulada pelo disposto e, todo Título III do Código do Trabalho, especialmente os artigos 415.º e seguintes que nasceram para regular o direito fundamental, traçado pelo 54.º da Constituição da República.

Destaco que a eficácia da consulta depende do fundamento do parecer sindical, das circunstâncias políticas e do peso da opinião pública, indicando a possibilidade de contratação social, como adiante ainda voltaremos ao tema.

A falta da consulta da Comissão de Trabalhadores ou Associações Sindicais é uma situação à margem da declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei nesse âmbito. Nesse pensamento, na análise do Direito do Trabalho na sua forma material, isto é, no compêndio legislativo, os direitos do trabalhador e interferência democrática destes no plano da ordem constitucional é uma ferramenta importante no conceito de democracia económico-social, em que a consulta ou supervisão dos instrumentos de regulação coletiva do trabalho é um fator sólido do poder conferido aos trabalhadores através do texto constitucional. Finda-se, então, que a ausência de consulta antecipada significa um vício de pressuposto objetivo, levando a inconstitucionalidade formal do ato legislativo.

Entretanto, não podemos descartar a possibilidade da premissa de inconstitucionalidade ser negativa ou desfavorável, uma vez que poder-se-ia argumentar que ao não haver imperatividade no dispositivo que estabelece a “possibilidade” e não a “obrigatoriedade” de consulta às comissões de trabalhadores e às associações sindicais. Mas, como medida que devemos ter como salutar por ser coincidente com o nosso entendimento, a da participação do trabalhador (ou sua representação) na elaboração da norma é uma realidade que gostaríamos de ver no Brasil, a fim de tirar do Estado o excessivo poder regulador que impede o ingresso de investimentos externos na indústria brasileira.

O Tribunal Constitucional Português tem seguido no sentido da ideia de Gomes Canotilho, ou seja, aprova a inconstitucionalidade de norma relacionada ao Direito do Trabalho que não decorreu uma audição perante as comissões de trabalhadores e associações sindicais. É preciso ainda dizer que várias vezes²⁴ o Tribunal Constitucional tem de lidar com situações que indagam se uma certa lei pode ser colocada como laboral e se todas as formas de leis podem passar por esse processo.

2.3.1. Os Instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho como direito fundamental constitucional

Faz-se necessário, por uma questão de lógica, uma introdução das razões de existência dos instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho. Falemos dos conflitos individuais e coletivos e do trabalho.

²⁴ “Não julga inconstitucional a norma que permite a aposição de um período experimental de 180 dias no contrato individual de trabalho, por tempo indeterminado, para desempenhar funções de enfermeiro, num hospital sob a forma de entidade pública empresarial, integrada no Serviço Nacional de Saúde, decorrente do artigo 112.º, n.º 1, alínea b), do Código do Trabalho”. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 208/2019. Processo n.º 253/2018. Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190208.html>

“Não julga inconstitucional a norma extraída da cláusula 68.ª, alínea b), do Contrato Coletivo de Trabalho entre a APHP – Associação Portuguesa de Hospitalização Privada e a FESAHT – Federação dos Sindicatos da Agricultura, Alimentação Bebidas, Hotelaria e Turismo de Portugal (publicado no Boletim do Trabalho e Emprego, n.º 15, de 22 de abril de 2010), quando interpretada no sentido de que devem ser integrados na categoria profissional de auxiliar de ação médica especialista os trabalhadores oriundos da categoria de empregada de enfermagem, bloco operatório, esterilização e auxiliar de hemodiálise que, à data de entrada em vigor do contrato coletivo de trabalho, reuniam o requisito referente à antiguidade”. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 49/2019. Processo n.º 1314/17. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190049.html>

“Não julga inconstitucional a interpretação normativa, extraída dos artigos 4.º, 6.º, n.º 5, 7.º e 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 19/2013, de 6 de fevereiro, segundo a qual, o Acordo Coletivo de Trabalho para o Setor Bancário é inaplicável aos trabalhadores do IFAP, I.P. por ele abrangidos, ainda que filiados em sindicatos subscritores do mencionado acordo coletivo de trabalho; não julga inconstitucionais os artigos 4.º, 6.º, n.º 5, 7.º e 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 19/2013, de 6 de fevereiro, interpretados no sentido de, pela sua aplicação conjugada, tornar prescindível a participação do Sindicato Nacional dos Quadros Técnicos Bancários e do Sindicato Independente da Banca na elaboração do Decreto-Lei n.º 19/2013, de 6 de fevereiro; não julga inconstitucional a norma do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 19/2013, de 6 de fevereiro, segundo a qual, com a entrada em vigor desse diploma, o Acordo Coletivo de Trabalho para o Setor Bancário deixa de ser aplicável aos trabalhadores do IFAP, I.P. por ele abrangidos”. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 828/2017. Processo n.º 545/15. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Disponível: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170828.html>.

“Não julga inconstitucional a cláusula 137.ª do Acordo Coletivo de Trabalho Vertical para o Sector Bancário, publicado no Boletim de Trabalho e Emprego n.º 31/1992, quando interpretada no sentido de que para “efeitos de atribuição de pensão de reforma, a calcular de acordo com o referido instrumento de contratação coletiva, apenas são levados em consideração os valores correspondentes à retribuição-base e diuturnidades, com desconsideração dos demais valores recebidos no ativo a título de retribuição”. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2008. Processo n.º 714/07. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080174.html>

Os conflitos individuais são aqueles operados entre o trabalhador, ou diversos trabalhadores, não representados pela entidade da classe, e o empregador. Aqui falamos dos conflitos individuais do trabalho simples coletivos, derivados do contrato de trabalho celebrado entre os envolvidos particularmente.

De igual modo, ao estar em causa os interesses gerais de determinado grupo, diga-se uma categoria econômica ou profissional inteira ou parcial, falamos de um conflito coletivo.

O que é valorizado por nós é o estudo do conflito coletivo, sabiamente valorizado pelo Direito Constitucional português por via dos artigos 53.º a 57.º, remetendo a regulamentação das relações individuais para o domínio das relações coletivas quando o conflito coletivo do trabalho é tratado como uma divergência de interesses entre uma categoria organizada de trabalhadores e uma de empregadores, ou apenas um empregador, em torno da regulamentação das relações de trabalho de interesse dos membros das categoriais envolvidas.

Ao contrário, como dito lá no início da pesquisa, o criticado direito brasileiro resulta da regulamentação constitucional do direito individual, consubstanciado no excessivo número de incisos postos pelo artigo 7.º, da CFRB.

Posto isto, onde queremos chegar? Somente as categorias de trabalhadores sabem de suas necessidades e possibilidades. Os conflitos coletivos resultam das divergências entre os atores da relação jurídica laboral na busca de melhores condições de trabalho.

Muito embora a Constituição brasileira faça previsão da participação dos sindicatos nos conflitos coletivos de trabalho, disposto no artigo 8.º, na realidade esta representação tem atuação limitada às reivindicações sociais, posto que exigências econômicas e jurídicas estão rigorosamente limitadas pelo artigo 7.º que enumera nos trinta e quatro incisos as restrições e normativos imperativos do direito individual do trabalho, algo que, com as mais elevadas vênias, deveria ser matéria reservada à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e às normas coletivas negociadas entre os representantes das classes.

No direito brasileiro essa distinção de conflitos é verificada normalmente nos processos decididos pelos tribunais, nos chamados dissídios coletivos. As divergências coletivas de natureza econômica são aqueles que criam novas normas sobre as condições de trabalho e situações sociais, como estímulo à educação, maternidade, saúde, etc. Por outro lado, um litígio laboral coletivo sob questões jurídicas tem como finalidade a interpretação e aplicação de alguma norma preexistente, legal, convencional, regulamentar ou costumeira.

Em Portugal também encontramos esta distinção através da obra de Monteiro Fernandes²⁵, ao dizer que existem “modalidades de conflito de trabalho cuja diferenciação é feita em certos sistemas, como o português pelos conflitos jurídicos, de direito, ou de interpretação e aplicação, por um lado, e pelos conflitos econômicos, de ordem econômica ou de interesse, por outro.”

Bem próximo a essa ideia, Palma Ramalho²⁶ qualifica o direito laboral coletivo, em que “o Direito das Situações Laborais Coletivas é a área regulativa do Direito do Trabalho que regula as situações jurídicas protagonizadas pelos entes laborais coletivos ou relativas a atuações dos trabalhadores na prossecução dos seus interesses coletivos.”

2.3.2. Meios alternativos de resolução de conflitos

No mundo atual da relação “terra-capital-trabalho” foram criados vários meios de solução de conflitos coletivos pela via negocial, não havendo uniformidade quanto à nomenclatura e classificação dessas resoluções.

As classificações dos meios de solução dos conflitos coletivos podem ser determinadas com base na forma como são constituídas (autocompositivas, heterocompositivas), a forma de autotutela (greve e *lockout*) e, por fim, as formas acessórias ou auxiliares (conciliação e mediação).

No nosso entender, vale um breve registo conceitual da classificação, apontando os meios adotados num ou noutro país.

Os instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho são fontes específicas de revelação de normas que apenas existem no Direito do Trabalho, como visto do disposto pelo artigo 1.º do Código do Trabalho português (doravante CT).

Dentro da ampla categoria de instrumentos de regulação coletiva, a lei permite estabelecer várias distinções, tendo em conta a origem destes instrumentos num ato de autorregulamentação de interesses, praticado pelos próprios entes laborais, denominados fontes autônomas ou negociais, ou num ato de autoridade do Estado, intitulado como fonte heterónoma.

De acordo com o regrado pelo artigo 2.º do CT são fontes específicas autônomas a Convenção Coletiva de Trabalho (que se inclui o Acordo Coletivo, o Contrato Coletivo de Trabalho e o Acordo de Empresa), todos previstos pelos artigos 2.º e 3.º, e regulados pelos artigos 485.º e seguintes; o Acordo de Adesão, previsto no artigo 2.º, n.º 2 e regulado no artigo 504.º; e a Deliberação Arbitral Voluntária, prevista no artigo 2.º, n.º 2,

²⁵ MONTEIRO FERNADES, António. *Manual de Direito do Trabalho*. Almedina: Coimbra, 2020, p. 890.

²⁶ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de Direito do Trabalho – Parte III – Situações Laborais Colectivas*. 3.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 19.

e regulada nos artigos 506.º e seguintes, cujas definições legais e doutrinárias cuidaremos de enunciar neste ponto.

Começamos por frisar que o instituto das fontes tem importância por serem o caminho de identificação do fenómeno jurídico que dá origem à necessidade da regulamentação das relações laborais. Desse modo, vemos como fonte aqueles elementos conviventes com a realidade social que fazem com que ser humano adote um ou outro comportamento, ou seja, os acontecimentos ocorridos dentro da religião, do trabalho, da vida social, política e tudo mais onde estiver presente. Os estudiosos costumam chamar esses acontecimentos como fontes materiais do direito.

Por outro lado, muitas vezes se vê o homem em movimento em razão de alguma regra preexistente, escrita ou não, as quais chamam os catedráticos de fontes formais. Exemplo disso são as leis, decretos, regulamentos estatais, chamadas de fontes formais estatais; ou, de outro lado, um regulamento de um condomínio, de uma escola, de uma empresa, que chamaríamos de fontes formais particulares.

Como fontes do Direito do Trabalho dir-se-ia que seriam todos os acontecimentos que possam dar origem a esse ramo do direito, não deixando de observar fontes paralelas poderão fornecer elementos úteis ao nosso direito especial, como também acontecimentos próprios do Direito do Trabalho, somente a ele servirão de fundamento à regulamentação. Para ser claro: a Constituição, o Código Civil, as Leis de Previdência, podem e devem servir de fontes subsidiárias ao Direito do Trabalho. No entanto, quando estivermos falando, por exemplo, de jornada de trabalho, salário ou férias, a fonte certamente será exclusiva da ciência laboral, e aí já nos permitimos dizer que a norma poderá vir por intermédio do direito coletivo via convenções coletivas cuidadas através e diretamente pelos maiores atores, empregados e empregadores.

As fontes que constroem o direito coletivo podem ser enquadradas sob dois patamares:

- Fontes internacionais: Convenções da OIT, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Carta Social Europeia e Pactos Internacionais relativos a Direitos Sociais e Económicos;
- Como fontes internas citamos a Constituição, a Lei específica sobre o Direito do Trabalho, os usos, costumes a doutrina e a jurisprudência especializada.

Não bastando, os artigos 1.º e 2.º do Código do Trabalho português constam que as fontes internas podem ser constituídas sob a forma de autoregulamentação ou de heteroregulamentação, como adiante será visto.

2.3.2.1. Autocomposição

Ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado²⁷ a autocomposição acontece quando os envolvidos contrapostos ajustam suas diferenças de forma autônoma, pelo poder das atitudes próprias comemorando documento pacificador, que é o diploma coletivo negociado. Sendo uma negociação coletiva laboral.

O autor continua ao dizer que “a negociação coletiva é a típica forma de autocomposição, que ocorre quando os próprios sujeitos conflituantes chegam ao consenso firmando uma Convenção Coletiva de Trabalho.”

2.3.2.2. A negociação coletiva de trabalho

Com o objetivo de sempre elevar as circunstâncias de trabalho, a OIT visa criar ferramentas com caráter normativo através de Recomendações ou Convenções, para que os Estados membros insiram nos seus ordenamentos esses instrumentos, visando criar normas que otimizem as condições laborais.

Em Portugal vê-se em destaque o império do artigo 56.º, n.º 1, 3 e 4, da Constituição da República Portuguesa, e sua regulamentação por via dos artigos 485.º a 506.º do Código do Trabalho.

No Brasil, onde pouco se deixou e cada vez mais são retirados dos trabalhadores esse direito à representação e a negociação, encontramos timidamente o artigo 616.º da CLT, obrigando existir a negociação coletiva quando provocada por uma das partes.

Por ser um meio direto de contato entre as partes conflituantes, a negociação é a forma mais justa de solução das diferenças. Contudo, como a solução é encontrada por atuação direta das partes, o seu resultado poderá produzir três efeitos distintos: a renúncia, a aceitação e a transação.

Ocorrerá renúncia quando o titular do direito dele desistir unilateralmente em favor da outra parte ou terceiro com legitimidade. Friso que há limites para a parte renunciar, uma vez que se considera intocáveis os direitos indisponíveis dos representantes das classes litigantes ou de seus representados.

Na aceitação, também chamada de submissão, estamos perante o reconhecimento de uma parte sobre o direito da outra para pôr fim ao litígio.

Por último, a transação ocorre quando a solução do conflito é encontrada mediante recíprocas concessões dos negociadores.

Os instrumentos de regulamentação e resolução coletiva de conflitos de trabalho são considerados, como dissemos acima, como uma fonte específica do Direito do

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 4.ª Ed. LTR Editora: São Paulo, 2017, p. 33.

Trabalho português e produto da autorregulamentação dos interesses das partes, ou seja, dos trabalhadores e empregadores.

2.3.2.3. Negociação coletiva e autonomia coletiva: autocomposição

Tendo em mente que a negociação coletiva é o processo encontrado para estruturar as regras particulares para reduzir a folga periódica entre o capital e o trabalho, podemos considerar que a negociação coletiva é um meio importante de garantia da autonomia coletiva das classes, que é um fundamento ou princípio denominado de princípio da autonomia do direito sindical. E é por essa razão que dizemos que o fim a que a negociação coletiva visa é a convenção coletiva, com verdadeira autonomia coletiva, havendo uma autorregulamentação de interesses das partes conflitantes.

Portanto, a convenção coletiva de trabalho é uma decisão descrita que antevê um grupo de normas feitas que abordam sobre situações de trabalho que enfrentam os vários trabalhadores por si próprios ou uma ou várias instituições por eles representando e empregadores do outro polo ou suas representações.

No direito brasileiro só existem duas formas de acordos escritos entre as partes, que são as convenções coletivas (celebradas entre representações operárias e empresariais) e o acordo coletivo (celebrado entre o sindicato ou representação dos empregados e a empresa ou algumas delas).

Atendendo à nossa orientação científica passada pela culta Prof.^a Dr.^a Sónia Carvalho, aprendemos que em Portugal o Código do Trabalho prevê como instrumentos de regulamentação coletiva, na forma já enunciada, a convenção coletiva dotada de um núcleo fundamental buscado na Recomendação 91 da OIT, que assenta ser a Convenção Coletiva qualquer acordo escrito relativo às condições de trabalho e emprego, concluído por um empregador ou um grupo destes, ou por via de suas organizações e, de outro lado, por uma ou várias organizações representativas dos trabalhadores, ou, na ausência de tais organizações, os representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e mandatados por esses últimos em conformidade com a organização nacional.

Daí extraímos que uma convenção coletiva tem como elementos fundamentais o facto de ser um acordo escrito (sob pena de nulidade – artigo 477.º do CT), sujeito a representação sindical por parte dos trabalhadores, com produção de efeitos função da manifestação das partes negociantes e com definição dos elementos tratados nas negociações, nomeadamente as condições de trabalho, emprego e fixação das regras a serem cumpridas reciprocamente.

A importância deste instrumento de regulamentação como fonte específica do direito é notória, justificado pelos artigos 1.º e 2.º do Código do Trabalho português, por tratar-se do principal meio de autorregulamentação dos interesses nas relações laborais.

Como já dissemos na primeira crítica comparativa ao Direito brasileiro, o poder normativo em Portugal deriva da Constituição, nos termos do artigo 56.º, n.º 3, cujo objetivo está definido pelo artigo 492.º, n.º 2, do Código do Trabalho, o que permite aos contraentes a liberdade para convencionar sobre questões sociais, económicas e jurídicas das relações laborais de aí derivadas.

A questão é tão relevante que a transgressão das cláusulas normativas é punível em termos penais, sem prejuízo das indemnizações devidas aos trabalhadores individualmente prejudicados.

Não bastando, repetimos novamente o ataque veemente ao dispositivo constitucional brasileiro, que é o principal alvo de nossa pesquisa, ao elogiar a beleza do normativo português, trazido pelo n.º 3, do artigo 2.º do Código do Trabalho que diz que são convenções coletivas:

- Contrato coletivo: convenção celebrada entre sindicato (ou associação deles) como representação dos empregados e um empregador ou associação de empregadores com vista a regulação das situações laborais numa determinada profissão e numa certa área geográfica;
- Acordo coletivo: celebração entre o sindicato de empregados e uma pluralidade de empregadores para diversas empresas;
- Acordo de empresa: convenção celebrada entre o sindicato e um empregador para uma empresa ou estabelecimento (semelhante ao acordo coletivo brasileiro).
- Acordo de adesão: é o acordo entre uma associação sindical, uma associação de empregadores ou um empregador que não outorgaram determinada convenção coletiva de trabalho em vigor, e o parceiro ou parceiros que se lhe teriam contraposto na respetiva negociação, com vista à aplicação dessa mesma convenção aos respetivos membros da respetiva empresa. Não deixa de ser uma subespécie de convenção coletiva, contudo, sem margem de negociação.

2.3.2.4. Heterocomposição

Afigura-nos essencial interromper o raciocínio, de modo a chamar nova atenção sobre o motivo principal deste estudo, uma crítica sobre o direito individual laboral na ordem jurídica brasileira, tratada como direito fundamental.

Dentro dessa nossa crítica chegamos a mais um ponto que seria de muita utilidade no direito brasileiro, como o é no direito português, porém estamos impedidos em razão do que é traçado pelo artigo 7.º da CFRB.

Contudo, no seguimento do estudo do direito coletivo destas duas nações, entendemos que o percurso legislativo brasileiro deveria acompanhar o trilho demarcado pelo legislador português, justamente no que concerne ao primado do direito ao trabalho como corolário com dignidade constitucional, e a conseqüente regulação dos aspetos das relações jurídicas laborais em diploma normativo infraconstitucional. Aqui chegados, continuamos o estudo com os meios de resolução de conflitos coletivos sob a forma de heterocomposição.

2.3.2.4.1. A Arbitragem

Lamentavelmente a arbitragem é pouco usada pelo sistema brasileiro de composição dos conflitos coletivos, sendo preferível a busca pela solução jurisdicional, tornando, por isso, o sistema muito mais caro, lento, e quase sempre sem atender inteiramente aos interesses das partes.

Ao contrário do cenário brasileiro que sequer tem previsão na CLT, em Portugal, por entender mais avançado e difundido, o instituto é previsto nos, artigos 505.º a 513.º do Código do Trabalho.

De modo geral, a arbitragem é antecedida da mediação, considerando a última etapa da resolução alternativa de litígios, que distingue das formas auxiliares de solução de problemas coletivos que mostramos, sendo um procedimento decisório, não somente de modo de intermédio negocial entre os envolvidos, e nos mesmos moldes que o poder judicial, os árbitros elaboram uma sentença cujo teor compõe a decisão e termo do processo.

2.3.2.4.2. A arbitragem em Portugal

2.3.2.4.2.1. Arbitragem voluntária

A arbitragem voluntária, prevista pelo artigo 2.º, n.º 2 e regulada nos artigos 506.º e seguintes, particularmente no artigo 507º do Código do Trabalho, é a forma mais marcante e comum da arbitragem, expressando largamente a autonomia dos participantes da relação em busca do mútuo acordo entre os litigantes, submetendo o conflito ao procedimento arbitral.

Existem muitos elementos para o desenvolvimento do estudo da arbitragem, contudo, estaríamos a fugir do foco da nossa pesquisa que é a crítica ao desprezo pelo direito brasileiro da importância do direito coletivo, da liberdade de contratação, de proteção ao emprego com liberdade à negociação direta entre os contratantes, como visto aqui em Portugal com o prestígio do direito coletivo dentro do próprio Direito do Trabalho.

A deliberação da arbitragem voluntária serve para dirimir um conflito surgido da interpretação ou aplicação da Convenção Coletiva de Trabalho.

2.3.2.4.2.2. Arbitragem obrigatória

Com base legal nos artigos 508.º e 509.º do Código do Trabalho, deve ser observado que, no caso de se tratar de processo de resolução de conflito laboral, em princípio, está dependente da vontade dos litigantes, previsto nos casos especiais do nº 1, alíneas a) até c) do artigo 508.º, em que pode e deve a arbitragem ser chamada sempre que “tenha havido negociações prolongadas e infrutíferas...” ou quando se estiver cuidando de uma primeira convenção.

Outra possibilidade do uso desta ferramenta será quando a “conciliação ou mediação frustrada e não tenha sido possível dirimir o conflito por meio de arbitragem voluntária, em virtude de má-fé negocial da outra parte, ouvida a Comissão Permanente de Concertação Social.”

2.3.2.4.2.3. Arbitragem necessária

A última espécie é a arbitragem necessária, e ocorre conforme o previsto pelos artigos 510.º e 511.º, do CT, só nas situações de caducidade de uma convenção coletiva, cabível a uma organização, e nos próximos 12 (doze) meses, sempre e quando não seja elaborada outra convenção do mesmo modo, e sempre e quando não tenha mais alguma convenção abrangida a pelo menos metade dos trabalhadores da organização ou setor de atividade.

Somente após a verificação de todos os pré-requisitos legais exigidos é que poderá o Ministro do Trabalho, através de um despacho fundamentado, a requerimento de uma das partes envolvidas no conflito, determinar a arbitragem necessária.

2.3.2.4.2.4. Fontes heterónomas

Existem ainda em Portugal outras fontes previstas no artigo 2.º, n.º 4 do CT, que integram os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho de índole não convencional, porque não têm origem num ato voluntário dos personagens laborais, mas sim num ato de autoridade do Estado, estando compreendidas dentre estas fontes

as portarias de extensão, portarias de condições de trabalho e a deliberação arbitral em processo de arbitragem obrigatória.

Em termos gerais, nos interessa aqui no tema a título meramente ilustrativo o apontamento da arbitragem obrigatória.

Seguindo, e voltando ao centro da pesquisa, depois de fazer esse desenvolvimento do direito coletivo do trabalho português, voltamos ao direito coletivo brasileiro e os elementos úteis para a nossa investigação comparativa.

2.3.2.4.3. A arbitragem no Brasil

A Constituição Federal brasileira tem uma previsão quanto à possibilidade da solução de conflitos coletivos por meio da arbitragem voluntária, previsto no artigo 114.º, parágrafo primeiro. Todavia, não está presente qualquer previsão a respeito da arbitragem obrigatória ou necessária.

No ano de 2004, a CRFB foi sujeita a emendas, trazendo ao seu corpo o parágrafo segundo do artigo 114.º, a novidade que se imporia aos litigantes o dever de comprovarem perante o Poder Judicial a frustração e recusa à negociação coletiva ou a arbitragem constituída, de modo a admitir discussão sobre o mérito da causa sobre o litígio coletivo, de comum acordo.

Mais uma crítica veemente que registamos contra o direito pátrio. Se o Estado não oferece, como Portugal, um mínimo de incentivo ao caminho da negociação, como poderá exigir como requisito de admissibilidade do dissídio coletivo a prova da frustração ou da recusa das partes? Não é da cultura do brasileiro (empregado ou empregador) a busca da paz pela via da negociação. O conflito tem um histórico longo, sempre à procura da solução com intervenção do Poder Judicial (uma certa forma de heterocomposição), seja por acordo, seja por decisão, mas ambos dentro da organização judiciária, paradigma legislativo que o país, que tanto tinha para ser desenvolvido, não consegue alçar seu voo econômico.

2.3.2.4.4. Meios acessórios de resolução de conflitos coletivos de trabalho

Como já consideramos, existem outros meios auxiliares de composição do conflito coletivo, nomeadamente a conciliação e a mediação, com a intervenção de terceiros apenas para auxiliar e aproximar as partes. Entretanto, a expressão auxiliar é empregue, porque o poder de decisão não é retirado das mãos dos litigantes, mas a resolução do conflito será encerrada por via de um acordo entre as partes, por meio da autocomposição.

A conciliação é sempre a primeira alternativa, podendo ser por via de acordo entre ambos, ou, em Portugal, com a requisição de um dos envolvidos, conforme o disposto

do artigo 523.º, do Código do Trabalho. A negociação é iniciada, conduzida e incentivada por um terceiro que busca aproximar as partes e facilitar a negociação. É esta a função do conciliador.

Em Portugal a conciliação é desenvolvida por processo impulsionado pelos serviços do Ministério do Trabalho.

De modo a requerer a conciliação, a parte interessada deverá fundamentar seu pedido e o objeto da mesma, tendo, ainda, a obrigação de juntar cópia do aviso prévio nos casos em que a conciliação for requerida por apenas uma das partes, tal como previsto pelo artigo 523.º, n.º 3, b, do CT.

Atendidos os requisitos do CT e delimitada a matéria a ser enfrentada, o conciliador tenta ajudar as partes a solucionarem o (ou os) pontos controvertidos. Chegando ao consenso, coloca-se fim ao conflito coletivo através de acordo entre os legitimados.

Outro meio acessório de resolução já aqui apresentado é a mediação. É diferente da conciliação, na medida em que o mediador é detentor de poderes para intervir no litígio, com direito de tecer comentários sobre o litígio e emitir proposta de solução.

Registre-se que a intermediação, assim como a pacificação, não é algo de resolução de problemas coletivos de trabalho, mas um meio de ajudar para que os envolvidos consigam solucionar o ponto em questão na negociação coletiva, colocando um final pelo acordo direito.

Por isso, na falta de um mediador, entendemos que não é uma forma de resolução de litígios laborais, mas sim um sistema que ajuda a levar a resolução do problema pelo acordo direito aos envolvidos.

Em Portugal, a mediação é um procedimento conhecido pela intervenção de uma entidade fora do conflito, que depois de conhecer as partes e seus argumentos, é encaminhada uma direção ou uma suposta solução²⁸.

O processo da mediação está anunciado no artigo 527.º do CT, que determina que o pedido da mediação deva ter conceitos de sua indicação, e quando pedido por ambas partes, terá que ser unido ao comprovante da comunicação do outro lado.

2.3.2.4.5. Meios de pressão

Não se tem como esquecer ainda como meio de nos levar ao processo de negociação coletiva, a greve e o *lock-out*, regulados pelos artigos 530.º a 546.º do CT. Aparecem nesta investigação como elemento pertinente ao processo negocial, porém não serão abordados devido à distância que estes meios de reivindicação de direitos estão do tema central, porém sem ser apresentado o devido registo.

²⁸ FERNADES, Antonio Monteiro. *Manual de Direito do Trabalho*.

2.4. O contrato coletivo como fonte do direito

Já falamos no início do capítulo que o contrato coletivo, assim como a lei, a jurisprudência e os costumes, também é uma fonte do Direito do Trabalho.

Os motivos pelos quais os contratos coletivos de trabalho são vistos como origens dessa área do direito estão classificadas em duas categorias: a primeira são meios efetivos de revelação de regras jurídicas, enquanto que as segundas são consequência da autonomização dogmática da matéria.

Citando José Barros Moura²⁹, aprendemos que se trata de uma mudança enorme nos meios de criação normativa do Estado moderno visto que as normas feitas por sua intervenção não são, objeto de desejo do Estado, porém, antes decorrem de diálogos feitos entre entidade representativas dos trabalhadores e empregadores, agindo-se por intermédio de uma ação coletiva das situações de trabalho.

É importante frisar que as convenções coletivas de trabalho são consequência da coletivização do Direito do Trabalho, em que as situações mostram de forma gradual que devem ser preparadas negociações individuais a fim de remeter propostas pelos trabalhadores coletivamente. Foi uma das formas vistas pelos trabalhadores para diminuir as diferenças do relacionamento de trabalho, em que a força econômica do empregador reduz e coloca condições autonomia individual do trabalhador, com o aval do Estado, como acontece no Brasil e é o motivo de nossa veemente crítica.

A convenção cuida de um modo de agir coletivo, na medida em que a negociação ocorre com vista a atender o interesse coletivo e indivisível dos trabalhadores, atendendo às expectativas de todo grupo com total exclusão das vontades individuais da coletividade.

Por isso é apontada como meio de regulamentação do trabalho, ou um contrato de regulamentação que define um estatuto jurídico dos trabalhadores compreendidos no respetivo âmbito, como seria desejável apontado por nós, libertando os atores da relação laboral das amarras normativas de índole constitucional, como acontece no Brasil.

As convenções coletivas podem ser vistas também como uma forma de regular o relacionamento profissional, de modo que passaram a colocar nas ferramentas de regulamentação objetos relacionados ao fornecimento de trabalho e os estados sociais de vida, ao ser estabelecido a construção de deveres em vários domínios com denominador comum, que olham a regulamentação do relacionamento recíproco entre os envolvidos na relação laboral, garantindo situações estáveis e levando formas concertadas para acabar com o conflito.

²⁹ MOURA, José Barros. *A Convenção coletiva entre as fontes de Direito do Trabalho*. 2.^a Ed.. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 62.

São por essas razões que apontamos a relação das convenções coletivas, os contratos e os acordos coletivos de trabalho, com a criação de normas regulamentadoras das relações de trabalho, e na sua medida como fontes de direito, tal como imperativamente nos é dado pelo artigo 1.º do Código do Trabalho português.

Assim, permitem regulamentar a concorrência entre trabalhadores e empregadores conforme o âmbito econômico, sendo possível definir um critério de estabilidade das condições de trabalho e o conteúdo das relações individuais presentes e futuras por período determinado, e ainda apresentado como instrumento de fixação das políticas sociais a serem praticadas internamente em cada empresa, qualidades de normas infraconstitucionais.

Como já foi referido, os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho no direito português são divididos em negociais e não negociais.

Os primeiros são estipulados por vontade das partes e podem ser convenções coletivas, decisão arbitral ou acordo de adesão, conforme o império do artigo 2.º, n.º 1 a 4, do Código do Trabalho português de 2009.

Estas ferramentas de regulamentação coletiva de trabalho são compostas de uma parcela obrigacional, com cláusulas que respeitem as análises da efetivação, do fim dos desacordos da sua aplicação, cujos destinatários são os outorgantes envolvidos com a harmonia e uma parcela em regimentar para agirem no relacionamento individual do trabalho entre os empregadores e empregados filiados nas associações outorgantes, cabíveis aos contratos individuais de trabalho.

Na presença de concurso de convenções coletivas, o critério para resolver a questão é a especialidade regulada pelo artigo 482.º do Código do Trabalho. Todavia, o critério estabelecido poderá ser afastado por outra negociação coletiva, na forma prevista no n.º 5 do mesmo artigo 482.º e não na Constituição.

Ainda assim, se não conseguirem a solução do concurso pela especialidade, caberá aos trabalhadores a busca de outro instrumento de regulamentação coletiva, ou a continuação de um instrumento mais recente ou que regule a principal atividade da empresa, como prescreve o n.º 3, do artigo 482.º

Existem ainda as convenções horizontais, aplicáveis aos trabalhadores da mesma atividade (exemplo: comerciantes) e convenções verticais, aplicadas aos trabalhadores de um mesmo setor (exemplo: indústria da construção civil).

Como enumeramos no capítulo anterior, os instrumentos não negociais de regulamentação coletiva de trabalho são elementos ligados à autoridade do Estado, como a portaria de extensão ou a portaria de condições de trabalho.

É uma ampliação da esfera da aplicação de uma convenção coletiva de trabalho ou resolução arbitral, somente relacionado à parcela que regulamenta. Deste modo,

uma convenção coletiva de trabalho começa a colocar os trabalhadores que não são sindicalizados na estrutura da associação sindical. Restringe-se aos empregadores da mesma área de exercício econômico ou aos que estão na mesma profissão.

É regulada no artigo 517.º do Código do Trabalho a portaria de condições de trabalho. Elaborada pelo governo, consiste num grupo de regras específicas para regular uma circunstância sólida na relação laboral. Acontece quando não há o recurso a uma regulamentação de extensão, não tem combinação numa parte da economia e existe situações econômicas e sociais que justifiquem.

Posto isto, não é invulgar a eventual ideia de conflito de normas. A verificação da colisão de normas de variadas hierarquias é solucionada, pelo predomínio da norma de hierarquia maior sobre a norma menor. A resolução tradicional é que a norma de categoria menor não pode ir contra a superior. No Direito do Trabalho, a ordem das normas laborais tem uma ordem, de acordo com Pedro Romano Martinez³⁰:

1. Normas constitucionais;
2. Normas internacionais e comunitárias;
3. Leis ordinárias;
4. Instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho;
5. Usos e costumes;
6. Jurisprudência.

Na análise sobre o relacionamento entre as convenções coletivas e a lei no Direito do Trabalho, é essencial a observação das especificações do sistema que compreende as fontes de direito, dentro das particularidades que tem no Direito do Trabalho.

Em primeiro lugar, o processo de fontes laborais baseia-se em variados centros de poder. Por um lado, o Estado, no âmbito do poder legislativo quando configura uma certa lei sobre o tema laboral, está presente de modo paralelo os atores sociais, com medições coletivas e através de organizações, colocam noras coletivas para regular as relações laborais. De igual modo, também está em consideração a multiplicidade de fontes no Direito do Trabalho. Em conclusão, existem fatores particulares para minimizar os conflitos, como o conceito da norma conveniente ainda celebrado pela doutrina dita até aqui.

2.5. O princípio do tratamento mais favorável

O paradigma da relação jurídica laboral consta de um elemento que é uma salvaguarda da contraparte mais fraca, nomeadamente, o princípio do tratamento mais favorável. Esta premissa serve como fundamento de aplicação da norma e da regulação das relações laborais no direito português, cuja força viu-se reduzida ao longo dos anos

³⁰ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 8.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 167.

no decurso da vigência do Código do Trabalho de 2009, mas que continua com sua força após as consequentes reformas, prestigiado pela doutrina e pela jurisprudência, quando se vê que a valorização do coletivo vai muito além do Direito Constitucional individual do trabalho adotado pelo Brasil, mas sem que se possa falar em prejuízo pessoal do trabalhador.

Sabendo que a nossa investigação se cinge no tratamento comparativo dado entre o direito individual do trabalho português e brasileiro, de modo a formar uma convicção crítica, o chamado “princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador”, constitui um princípio nuclear que governa as relações entre a lei e a convenção coletiva, sempre que estas duas fontes se encontrem em concorrência. Por esse motivo que a doutrina portuguesa³¹, não raras vezes é designado como “princípio do *favor laboratoris*” enquanto princípio norteador da aplicação das normas jus laborais e princípio basilar e clássico do Direito do Trabalho.

E com isto voltamos ao mérito da pesquisa: estaria correto o constituinte brasileiro ao lançar (ou engessar) o direito individual do trabalho no campo dos direitos fundamentais? Ou seria fundamental enunciar o dever do estado de prover o trabalho como direito fundamental e ser protegido por leis ou regras específicas, mas que fossem negociáveis no decurso do tempo, de acordo com a evolução social, econômica e política da Nação? O critério utilizado pelo constituinte para tratar do direito do consumidor, da saúde pública, da segurança e da família, não seria mais técnico?

Não assomam incertezas que o Direito do Trabalho é feito num ordenamento com conceito protecionista e reparador da assimetria típica das relações laborais, esforçando uma atividade intuitiva em relação ao trabalhador que tem seu salário. É incontestável a atividade de tutela do trabalhador assalariado e a limitação dos poderes patronais como elementos que estão presentes no código genético do Direito do Trabalho. A tutela do trabalhador é reconhecida, por uma parte, por sua situação de contraente frágil, dependendo economicamente e juridicamente do que determinado. Em outro cenário, pelo fator de ter a fundo a sua pessoa na criação e execução do contrato, tendo o poder de trabalho conectada ao próprio indivíduo do prestador, não se tem como separar deste.

O relacionamento entre a convenção e a lei, o conceito de predomínio hierárquico da lei deve juntar-se como um conceito em *favor laboratoris*, desde modo, o regime tradicional deverá apartar o regime legal, desde que a mudança comece de forma melhor e não pior para o trabalhador.

O *favor laboratoris* perfila-se, pois, como uma técnica de resolução de conflitos entre a lei e convenção coletiva, pressupondo que, em princípio, as normas laborais

³¹ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, pp. 1139-1141.

possuem um caráter relativamente imperativo, isto é, participam de uma imperatividade mínima.

E esse é o ponto crucial de nossa resistência aos dispositivos constantes do artigo 7.º da Constituição da República Federativa do Brasil, o centro desta dissertação. O engessamento do Direito Individual do Trabalho, como se sabe e acontece, é prejudicial ao trabalhador que é impedido de negociar questões básicas e fica sem emprego, prejudicando o país, muitas vezes, com estagnação econômica, porque o grande empreendedor (muitas vezes estrangeiro) tem medo de investir seu capital, por causa das dificuldades trazidas pelo trabalho. O Brasil não consegue harmonizar o tripé da economia – terra, capital e trabalho – por causa deste dispositivo constitucional.

Sendo oportuno, um exemplo nosso surge no exato momento em que o mundo se vê diante de uma calamidade na saúde pública, em razão da circulação da doença “COVID-19”, por força da imperatividade do artigo 7.º da CRFB. Vivem a bater cabeças o governo, o empresariado e os empregados, sem saber a que remédio se socorrerem para uma solução: demissão coletiva ou a suspensão dos contratos sem ônus para a empresa; suspensão subsidiada (*lay-off*); uso dos dias de férias coletivas, tudo que se poderia ver resolvido por via de uma negociação coletiva encontra obstáculo na Constituição Federal.

A função da tutela do trabalhador, a função promocional, a função de instrumento de melhorias das condições de trabalho, tudo isso não contradiz o caráter compromissório deste ramo do direito e a diversidade de funções que lhe são atribuídas, inclusive por meio da negociação coletiva. Para além da sua função central e nuclear, o Direito do Trabalho sempre desempenhou outras funções, uma delas é de ser uma essencial ferramenta de gestão do processo econômico, receoso com a salvaguarda da eficácia e competitividade das empresas.

Na própria negociação coletiva sempre existiu uma dualidade: conter a parte fundamental em aprimorar o ambiente de trabalho, melhorar as garantias básicas estabelecidas por lei, assim como o conceito de flexibilizar e de adaptar esses ambientes de trabalho suprindo as necessidades da empresa, a permanência e competitividade, ainda mais em tempos de crises, sem afastar-se do conjunto de missões da negociação coletiva

No Brasil, os artesãos das relações do trabalho estão presos ao “corredor da morte” criado pelas dezenas de incisos do artigo 7.º da Constituição do Brasil. Em Portugal, nos termos do artigo 59.º, n.º 2, da Constituição da República portuguesa, “incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito”, através do estabelecimento e atualização do salário mínimo nacional, da fixação dos limites máximos da duração do trabalho, ressaltando,

entretanto, no artigo 56.º, n.º 1, que “compete às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem”.

Este corolário permite-nos concluir que o Estado português só intervém nas relações de trabalho para assegurar condições, retribuição (mínima) e repouso (dignidade da pessoa humana – direito fundamental social), uma realidade diferente do panorama jurídico brasileiro.

Conforme expõe Gomes Canotilho³², “o n.º 2 estabelece um conjunto de tarefas dirigidas ao Estado (desde logo ao legislador)”. Trata-se de direitos positivos dos trabalhadores aos quais correspondem obrigações de concretização (através de leis e outras medidas) do Estado.

Deste modo é que afirmamos que a Constituição portuguesa impôs ao legislador a criação de um estatuto social mínimo, um patamar legal intransponível de proteção dos trabalhadores. Por força da Constituição Lusa, é uma tarefa fundamental do Estado-legislador, uma missão que lhe é incumbida. Ainda que seja de um conceito não escrito, o objetivo da norma social mínima mostra-se modelado no corpo normativo constitucional como real direito fundamental, onde tem em foco a necessidade de ter um mínimo legal intangível, tendo os direitos dos trabalhadores colocar-se exterior ao comércio jurídico e não podendo agir nas sedes de contratação coletiva como uma simples moeda de troca.

Aquando da criação do Código do Trabalho português, o maior desafio que tinha nessa matéria era em descobrir se o conceito do tratamento mais indicado iria ou não estar reposto em vigor. Na esfera da relação entre a lei e a contratação coletiva, questionava-se: será que o *favor laboratoris*, enquanto “princípio presuntivo”, ou seja, enquanto a pretensão de imperatividade mínima das normas laborais, não poderia ser revivido pelo atual legislador do trabalho?

O retorno veio a ser entregue pelo 3.º, n.º 1 do Código do Trabalho, na sua versão de 2009, que menciona que as normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, exceto quando suceder o contrário.

O conceito é o de as normas legais reguladoras de contrato de trabalho. Isso quer dizer que o Código do Trabalho, com alterações até setembro de 2019, não teve nenhuma mudança nesse domínio? Não. O n.º 3 do artigo 3.º não deixa de listar um grande grupo de matérias que possui o regime jurídico, é de carácter imperativo, nos seguintes assuntos: As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por objeto de regulamentação coletiva de trabalho, sem conflito daquelas

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada Vol. I*. 7.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 775.

normas que ofereçam o mais benéfico aos trabalhadores quando seguem as seguintes matérias: a) direitos de personalidade, igualdade e não discriminação; b) proteção na parentalidade; c) trabalho de menores; d) empregado com competência de trabalho menor por causa de doença crônica ou deficiência; e) trabalhador-estudante; f) dever de informação do empregador; g) restringimentos do período comum de trabalho semanal e diário; h) período mínimo de tempo de repouso, como o tempo anual de férias; i) período máximo do trabalho noturno dos empregados; j) modo de cumprir e garantir retribuição, assim como pagamento de trabalho suplementar; l) parte sobre prevenção e restauração de trabalho e doenças profissionais e legislação que o determina; m) transmissão de empresa ou estabelecimentos; n) direitos dos representantes eleitos dos trabalhadores.

Deste modo, temos um bloco normativo que em conceito, usufruía de imperatividade relativa ou imperatividade mínima. Porém, só em conceito, pois a lei não permite de precaver a hipótese de algumas normas contidas nesse bloco terem uma característica totalmente imperativa.

Percebe-se ainda, exterior a esse bloco normativo também poderá ter situações relativas, como nas situações de contrato experimental onde a regulação coletiva pode ser diminuída, porém, não pode ser ampliada por objetivo de regulamentação coletiva, como explica o artigo 112.º, n.º 5, do CT, ou de total imperatividade (vide artigo 339.º, n.º 1, do CT). Isso mesmo sucede do trecho final do n.º 1, do artigo 3.º.

Assim, a veracidade que, nesse assunto relativo à determinação da natureza das normas laborais e o significado da característica do ordenamento legal, o recente Código do Trabalho português, está em um caminho de plena continuidade em sentido ao diploma que o criou.

O mesmo percurso não é feito pelo direito brasileiro. Isso é dito por considerarmos atuais a menção do importante Mestre brasileiro Arnaldo Süssekind³³, que diz que o conceito protetor ou a segurança do trabalhador, constrói-se como mais essencial e necessário para a criação e execução do Direito do Trabalho. A segurança social aos trabalhadores é feita a base sociológica do Direito do Trabalho e é inerente a todo o seu sistema jurídico.

E assim, como o Mestre, também consideramos que esse princípio-master cria outros, que são descendentes legítimos, sendo conhecido como o *princípio da norma mais favorável*. Em consequência da qual, não importando a colocação do nível hierárquico das normas jurídicas, coloca-se, em cada situação a que for melhor ao trabalhador.

³³ SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Brasil: Editora Renovar, 2004, p. 111.

Porém, é óbvio, observada a realidade social, política e econômica do País no curso deste novo século.

Para finalizar este importante comparativo, voltamos nossos olhos, agora, para o título deste trabalho e para todas as considerações constitucionais inicialmente feitas para concluir a razão de nossa verdadeira revolta com a enunciação do Direito Individual do Trabalho na Constituição de 1988.

Duas foram as tentativas de ultrapassar a barreira pétrea do artigo 7º. A primeira, em 2017, através da Lei 13.467/2017, que se usou chamar de “Reforma Laboral”, quando se tentou alterar numerosas disposições da CLT “a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho”.

Não vamos aqui transcrever toda a reforma, nem muito menos os dois principais artigos, o 611.º-A e o 611.º-B, que foram inseridos pela dita “Lei da Reforma”, apenas o citamos porque nos importa ao estudo.

Tratam-se de providências bastantes amplas, no traço que se realizou em Portugal, mostrando uma importante troca de princípios-chave em sede de relacionamento entre convenção coletiva e lei, como resultado decesso do conceito do *favor laboratoris* ou da norma mais favorável.

Particular atenção nos leva à nova redação dada ao *caput* dos artigos 611.º-A e 611.º-B, da CLT. No artigo 611.º-A, a Convenção Coletiva e o Acordo Coletivo de Trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre matérias dele constantes. Por seu turno, o artigo 611.º-B determina que constituem objeto ilícito de Convenção Coletiva de Trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos direitos elencados nesse preceito.

Desde modo, usando esse método legislativo, o legislador brasileiro identifica no artigo 611.º-A, mas em modelos exemplificativos, não esgotantes, um grupo de disciplinas em que a admissão coletiva permanecerá sobre a lei, mesmo que a conversão um trato coletivo faça situações menos benéficas para os trabalhadores do que as prescritas na lei. No artigo 611.º-B o legislador identifica, mas aí em modelos taxativos (“exclusivamente”), constata determinadas matérias que vedam qualquer supressão ou diminuição dos direitos que por lei são reconhecidos aos trabalhadores.

Em assunto de procedimento, sem depender da verificação dos sólidos direitos descritos nos artigos 611.º-A e 611.º-B, no Brasil a regra mostrava similar a que vigora em Portugal: em princípio, convenção ou o acordo dos indivíduos tem a possibilidade de ausentar a lei, sobressaindo sobre esta, também em situações de fazerem regimes menos apropriados para os trabalhadores. Algo podendo acontecer no Brasil, em situações prescritas no 611.º-A, porém só nas situações que a lei ressalva o caráter meramente exemplificativo dessa enumeração. Vale mencionar que em situações

prescritas no 611.º-B e, a lei tem uma barreira inultrapassável “*in pejus*” pelo requerimento coletivo, sendo que nessas matérias o artigo 7.º da Constituição Federal que é objeto de nossa crítica, proíbe qualquer supressão ou redução de direitos dos trabalhadores.

E esta reforma, tanto quanto uma nova já lançada pelo atual governo liberal, que tentou buscar um atalho chamado de “contrato de trabalho verde e amarelo”, ou seja, permitindo àqueles que hoje ingressam no mercado de trabalho optem por uma nova forma de contratação mais flexível, longe das regras constitucionais rígidas do artigo 7º da Constituição Federal, encontra barreira nas 37 (trinta e sete) ações constitucionais que tramitam pela Suprema Corte.

Uma e outra das tentativas foram bater à porta do Supremo Tribunal Federal em busca da declaração de sua constitucionalidade ou não. E já temos pelo menos um julgado retirando do cenário jurídico-laboral os contratos intermitentes admitidos pelo legislador ordinário para salvar desempregados subjugados à miséria da economia e da pandemia, para rimar.

Permitam-nos transcrever a conclusão do primeiro julgamento da tentativa de reforma aprovada em 2017:

O Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionam os dispositivos da reforma laboral implantada pela Lei 13.467/2017 que criaram o contrato de trabalho intermitente. O relator, Ministro Edson Fachin propôs a declaração da inconstitucionalidade da lei entendendo que a imprevisibilidade nesse tipo de relação de trabalho deixa o trabalhador em situação de fragilidade e vulnerabilidade social³⁴.

O Ministro Alexandre de Moraes pediu vista. Com todo respeito, que fragilidade ou vulnerabilidade será maior: O contrato intermitente com a assistência da classe ou o desemprego e a miséria em tempos de pandemia? O prêmio a rigidez ou a flexibilização vigiada pelo Estado?

A ideia aqui posta, para a difícil tarefa de afastamento da rigidez do artigo 7.º da Constituição brasileira seria a da flexibilização da norma, tornando-a menos rígida em relação à autonomia coletiva, admitindo que as partes transacionem sobre direito individuais emergentes da lei, como é feito em Portugal, cabendo assim à Suprema Corte, que se encontra debruçada sobre o exame da constitucionalidade da reforma, a

³⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 8 de setembro de 2020. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5826. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925235011/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5826-df-0014392-6020171000000/inteiro-teor-925235052>

Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 2 de agosto de 2018. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5829. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <https://www.escavador.com/processos/72048797/processo-adi-5829-do-supremo-tribunal-federal>

Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 4 de setembro de 2020. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6154. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924599378/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-6154-df-0024088-5220191000000/inteiro-teor-924599383?ref=feed>

diretriz de observar uma mudança de rumos do Direito Individual do Trabalho, modernizando as relações, com valorização do “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

O que queremos dizer, e torcemos para a sua realização, é que, em ambos os países o discurso da flexibilização normativa vem triunfando, ao final do julgamento de todas as três dezenas de ações em tramitação, com o conseqüente amolecimento da tutela legal e a inerente valorização da autonomia coletiva, agora dotada de amplos espaços regulativos *in pejus*, mas que não se permita levar os sindicatos de trabalhadores a uma assinalável crise de representatividade, mudando a missão da norma legal laboral, nem mudando a função primacial da negociação coletiva.

É certo que sem empresas não há emprego. Mas é mais certo também que sem trabalhadores não há trabalho, sendo este, em última análise, quem produz riqueza e gera lucros para as empresas. Sem a garantia do trabalho digno, não há qualquer possibilidade de construir uma sociedade decente.

Capítulo 3. O trigésimo ano da Constituição brasileira

No decurso da nossa peregrinação pelos textos constitucionais brasileiro e português aqui citados, é suficiente e segura a afirmação de que a “Constituição Cidadã” brasileira é imperfeita por tratar um verdadeiro rosário de direitos individuais do trabalho como direitos constitucionais fundamentais não reformáveis, ou seja, como cláusulas pétreas, que nos dias de hoje são atacados por uma também atabalhoada reforma do Direito do Trabalho, e vive a enfrentar uma avalanche de ações diretas de inconstitucionalidade na Suprema Corte, com a conseqüente alteração dos vários dos dispositivos do artigo 7.º pela Lei 13.467/2017, situação que os juristas não têm admitido.

Posta a questão, insistimos na nossa ferrenha crítica à inserção do Direito Individual do Trabalho no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil, por não ser o lugar para regular as relações de direitos individuais do trabalho, ao invés, como em todo o mundo, deve ser um espaço de proteção do trabalhador como ser humano, além de ser um dever do Estado em propiciar condições de dignidade, cidadania e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa do indivíduo, como a saúde, educação, moradia, lazer, entre outros. Talvez seja uma voz isolada, mas é uma firme opinião.

E assim é dito em razão dos exemplos históricos encontrados nas reações dos postulados da Revolução Francesa que, assegurando a autonomia da vontade nas

relações do trabalho, levavam às últimas consequências a máxima *“laissez-faire”*, resultando na exploração do trabalhador, pensamento que permitiu às modernas Constituições a albergar normas limitativas da liberdade nas relações laborais.

A pesquisa crítica pousa exatamente neste ponto: bastava o constituinte brasileiro atender ao Direito do Trabalho como um elemento do direito fundamental do cidadão, traçando regras sobre a defesa da pessoa humana e remeter ao direito ordinário para a regulação ampla das relações jurídicas laborais, como fez o legislador português com enorme maestria. Mas não. Foi longe, no sentido de elevar normas típicas do direito infraconstitucional do trabalho à categoria de normas constitucionais e imutáveis. É com isso que poucos operadores nacionais, nós incluídos, não se conformam e bradavam pelas dificuldades futuras que hoje chegaram.

Ainda que se queira atribuir essa imperfeição ao momento histórico vivido pelo Brasil à época da redemocratização, nada justifica a promoção do direito individual do trabalho à categoria de direito fundamental. A expressão “trabalhador” do texto constitucional (artigo 7.º) é bastante ampla e imprecisa, sem apontar se está tratando do empregado, do avulso, do rural, do autônomo, ou servidor público. Qual? Não interessa. Na Constituição não é o lugar para essa discussão.

Capítulo 4. O momento histórico do Brasil em 1988

4.1. República, povo e nação

Desde a proclamação da República em 1889, o Brasil a adota como forma de governo (*ex vi* Constituição Brasileira de 1891, artigo 1.º - “A Nação brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889...”). A ideia forte sempre foi a de investidura no poder com base na vontade popular, diretamente ou por meio de representantes, e o seu exercício com caráter temporário mediante alternância periódica.

Na República Brasileira essa imagem plasmada nos seus princípios, acolhe um pouco a herança da Revolução Francesa, que presumia o povo constituído na nação como uma unidade indissolúvel, com a vinculação dos que exercem o poder com o todo da nação e não com os indivíduos neles agrupados.

É possível entender, nessa linha, que a Constituição de 1937 no artigo 1.º, viesse a rotular-se como uma República: “O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade.” Portanto, o regime de 1937 chamava-se republicano, o poder emanava do *povo*, mas a nação tinha exigências próprias. Sustentava-se, na época, a existência de um contraste entre a essência democrática da República e o princípio da unidade nacional. Havia uma tensão entre essas duas forças.

Ao espírito regionalista, separatista e individualista da República de 1890, ligado às ideias de liberdade e igualdade, contrapunha-se a necessidade de concentrar a autoridade em sua unidade e indivisibilidade, como elemento capaz de preservar o princípio sem colocar-lhe em risco a harmonia.

Era preciso, portanto, garantir a República como manifestação da “vontade popular”, só que num plano assegurado pela eficiência da ação no exercício do poder em plano nacional, ressaltado pela importância que teve até a primeira metade dos anos 1940, o artigo 180.º da Constituição de 1937: “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-lei sobre todas as matérias da competência legislativa da União”. O chamado Decreto-Lei alcançava até as modificações da própria Constituição sob o nome jurídico de Lei Constitucional.

Isso acabaria por deflagrar uma intensa atividade legislativa concentrada nas mãos do presidente, em nome de uma eficiência técnica autoritária, supostamente capaz de impor ao país uma unidade jurídica nacional, considerada imprescritível ao eficiente exercício do poder. Foi então que se instaurou, nos fins de 1939 e começos

dos anos de 1940, um exuberante movimento de codificação nacional dos principais ramos jurídicos.

Os códigos, na visão da época, permitiam uma forma jurídica racional de organização normativa, uma espécie de meio para a dominação concentrada e autoritária da vida jurídica, já que, por seu intermédio, a ordem jurídica torna-se acessível à “compreensão popular”. Mas, de facto, tratou-se de um movimento que acabou por servir a uma forma jurídica de República centrada na segurança nacional.

No campo do Direito do Trabalho, como várias já eram as leis editadas pelo Poder Central, ao invés do que feito pelos outros ramos do Direito com a Ed. de cada Código, resolveu o dirigente de então em criar o que chamou de Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – condensando, num só “código”, sistematicamente, todas as leis por ele promulgadas ao longo dos anos 30/40.

Nesse mesmo momento criou-se pela Constituição, a Justiça do Trabalho, que estabeleceria um rígido controle sobre os sindicatos que passaram a ser submetidos ao Ministério do Trabalho.

Tendo sido um marco por inserir os direitos laborais na legislação brasileira, a CLT teve como objetivo principal regulamentar as relações individuais do trabalho, como se pode ler no disposto do artigo 444.º:

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Pode-se dizer, afinal, que todo esse empenho codificador mediante Decretos-Lei tinha por finalidade dirigir a economia nacional, assegurando-lhe o desenvolvimento através de uma intensa preparação jurídica com base em medidas legislativas capazes de viabilizar as intervenções de um governo marcado pela centralização autoritária.

Em 1946 o país ganhou uma Constituição, instaurando-se uma República liberal nos seus contornos fundamentais. Dizia o artigo 1.º: “Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.”

Garantia-se a liberdade de crença e de realização de cultos, a ampla defesa jurídica da pessoa acusada, a inviolabilidade de correspondência. Era estabelecida a liberdade de manifestação de pensamento e de associação com fins permitidos pelas leis do país.

Era a República liberal da Constituição de 1946 em plena vigência e eficácia, até que, num futuro muito próximo, voltaria o Brasil à sua origem republicana autoritária em

1964, com a instalação da ditadura militar que perdurou até 1985, aquando da eleição do presidente Tancredo Neves. É o que será visto adiante.

4.2. O novo pacto democrático

A década de 1980 ocorreu sob o duplo signo da instabilidade econômica e da democratização. Falar em retorno à democracia é dizer pouco sobre o significado do regime que se inaugurou com a eleição de Tancredo Neves, em janeiro de 1985, e se institucionalizou com a aprovação da nova Constituição em outubro de 1988.

Em matéria de participação eleitoral, as liberdades civis e políticas e extensão de direitos sociais permitiram desde há pouco mais de 30 anos a mais ampla, longa, verdadeira e profunda experiência democrática da história do país, a despeito de percalços que sinalizamos lá atrás e hoje se tem como barreiras difíceis para destrancar a economia e serviu como objeto dessa pesquisa. É possível afirmar que o Brasil de verdade nasceu em 1985.

O retorno à democracia, ou melhor, a instalação verdadeira da democracia nunca experimentada no Brasil, deu-se na esteira de uma onda democrática que pôs fim aos regimes autoritários do sul da Europa, nomeadamente em Portugal em 1974, e Espanha em 1976, chegando a América Latina nos anos seguintes.

Dois factos políticos foram cruciais para o nascimento do “novo Brasil”: o êxito das oposições lideradas pelo principal e maior partido, o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro) nas eleições para os governos dos principais estados da federação em outubro de 1982, e a mobilização de massa em favor do restabelecimento das eleições diretas para a escolha do futuro presidente da República nos primeiros quatro meses de 1984.

No novo quadro partidário, o Partido dos Trabalhadores representou a grande novidade. Sua principal liderança, Luiz Ignácio da Silva, emergiu na cena política nacional à testa das greves dos metalúrgicos.

O déficit de legitimidade do primeiro presidente da era pós ditadura, José Sarney, e a heterogeneidade das forças que compuseram o seu governo, tiveram impacto nos processos que marcariam a segunda metade dos anos 1980: a sucessão de planos econômicos heterodoxos de estabilização monetária, que em lugar de pôr fim ao processo inflacionário, tornou-o mais intenso e instável e o processo constituinte, que resultou na promulgação da atual Constituição em 5 de outubro de 1988, que de perto é o ponto nos interessa ao centro da argumentação crítica da pesquisa.

A Assembleia Nacional Constituinte instalou-se em fevereiro de 1987, composta por Senadores e Deputados eleitos no ano anterior, e na elaboração da nova Constituição de um país que nascia naquele momento, de forma história e verdadeira,

a convergência forte se deu em torno da democracia e da garantia das liberdades civis e políticas nunca existentes desde o seu descobrimento. Nos temas que suscitaram maior conflito, como a função social da propriedade, reforma agrária e direitos laborais, prevaleceram soluções de compromissos.

Extensa e detalhada para contemplar as diversas aspirações e interesses de uma sociedade plural e ávida por assegurar direitos, a Constituição exprimiu o consenso possível naquele momento.

Para tanto adotou princípios gerais abrangentes e comandos específicos não determinísticos. Deixou assim aberto as portas ao Poder Judiciário para futuros conflitos de interpretação sobre o texto constitucional e a constitucionalidade das leis. Na mesma direção previu ainda, em suas disposições transitórias, a realização de uma revisão constitucional cinco anos após a entrada em vigor da nova Carta.

Com um tom liberal no capítulo dos direitos civis e políticos, a Constituição nasceu com a marca da social-democracia no capítulo dos direitos sociais, e expressou a preocupação com os interesses coletivos, entre eles o de preservar um meio ambiente equilibrado.

O capítulo dos Direitos Sociais refletiu uma das grandes bandeiras da oposição ao regime autoritário que chamaram de “o resgate da dívida social”.

A Constituição manteve intacto o edifício da representação sindical corporativa de patrões e empregados, criado no Estado Novo, com as respectivas contribuições sindicais obrigatórias. No balanço geral, foram anos de avanço democrático, mas também de hiperinflação, aumento da pobreza e desigualdade e crise de governabilidade.

Mesmo tendo sido superados na década seguinte os problemas econômicos mais emergenciais, a década de 1980 continua projetando sua sombra até os dias atuais. O seu principal legado institucional, com implicações econômicas, além das políticas e sociais, reside na Constituição de 1988.

A “Constituição Cidadã” estabeleceu, de facto, uma democracia vigorosa, favorecendo a divisão dos Poderes e reforçando a Federação. A Carta enfatizou os direitos individuais e sociais. Ao prever os direitos sociais como “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados...”, no artigo 6.º da Constituição, introduziu-se um viés de ampliação do escopo da ação estatal e uma elevação de gastos públicos insustentáveis a longo prazo, como sentido hoje, na segunda década do século XXI.

A Constituição foi um dos determinantes de características importantes da política econômica brasileira nas últimas décadas. Mas não foi o único. Poderia ter sido diferente

e evitava levar-nos hoje às ações questionadoras da constitucionalidade ou não das tão necessárias reformas laborais, tributárias e econômicas que o Estado enfrenta até os dias de hoje. Amadurecendo ainda, segue o “jovem” Brasil tentando aprender a lidar com posturas moralmente neutras em relação ao bem comum, hoje defendidas por um pensamento liberal e também pela tradição jurídica moderna. A defesa liberal da prioridade dos direitos individuais é bem compreensível.

Somos impostos a compreender que a ausência de um costume moral homogêneo é uma constante nos Estados de Direito democrático. São conhecidos como “repúblicas inacabadas”. Inicialmente esse nome se relaciona ao título criado por textos de Raymundo Faoro³⁵.

A expressão república inacabada usada no cenário desse trabalho tem sentido estreito da ideia de democracia não consolidada, mas com foco do que empenha mostrar aqui não está nas características eleitorais, cujos fundamentos são usados pelo conceito político para dialogar com os níveis de consolidação da democracia nos vários estudos comparados. De uma vista liberal Direito Constitucional declarar os bens fundamentais sobre os quais há entendimentos sólidos.

A teoria dos direitos fundamentais permite que o Direito Constitucional seja um orientador, para a função de direitos fundamentais determinados³⁶. O que se mantém aqui é algo análogo: o que é Direito Constitucional, em repúblicas inacabadas, deve ser visto como uma orientação para as providências públicas formativas feitas da concepção pública de bem comum.

Assim, nesses regimes, a ordem protegida pelo liberalismo político não pode ser feita. Deve ser trocada, pois a explicação da ordem preferencial dos bens fundamentais de uma comunidade pode ter o início no Direito Constitucional e não seu ponto final.

Esse desacordo à concepção liberal de bem comum é uma ideia centrada para esta atividade, e poderia ser estruturada: se nas democracias liberais o Direito Constitucional é um processo concentrado das opiniões da época, em repúblicas inacabadas ele tem uma função importante na construção na visão pública do bem comum.

Uma variação dessa tese é que a ideia liberal e a tradição jurídica não fizeram relevantes inovações crescentes na visão do bem comum, pois não admitiram até o momento, que pudesse ser o Direito Constitucional algo mais que um objetivo dos consensos feitos, e em relação ao conteúdo, algo mais que uma lei que organiza as ações Estado e seguradora das liberdades individuais.

A ideia neorepublicana melhorou a compreensão dos objetivos da prática política. A proposta é de enorme interesse para o Direito Constitucional de jovens democracias.

³⁵ FAORO, Raimundo. *A República inacabada*. São Paulo: Editora Globo, 2007.

³⁶ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73.

Contrário da concepção liberal, essa ideia do neorepublicano possui uma análise mais ampla do fator “solidariedade” e da “coesão social” no processo jurídico.

Desde uma visão crítica, entende que esse método concede analisar de forma mais ampla ligações em comunidades ocidentais entre “coesão social” e a “dignidade da pessoa humana”. Essas conexões necessitam ser vistas pela compreensão constitucional, ainda mais quando os direitos de bem-estar social se transformam em direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Esta preocupação neorepublicana tem surgido no conceito do Direito Constitucional, mesmo não havendo menções às suas bases neorepublicanas. É notório que na teoria jurisdição que cobra mais presença do Poder Judiciário com a eficiência de certos elementos constitucionais coletivos.

Muitas tentativas da teoria constitucional, levando a entender ligações entre direitos fundamentos e a dignidade do individuo ou esforço de encontrar o espaço do dever cívico como um ponto importante da cidadania, seriam bem mais aceitos se fossem notados como teoria constitucional teleológica de matriz neorepublicana.

Capítulo 5. O papel da OIT no campo dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana

5.1. Introdução

Seguindo agora para a interação antes aclamada no campo filosófico, ao argumentar sobre questões críticas elevadas pelo legislador brasileiro ao plano constitucional, questões de direito individual do trabalho que receberam *status* de modo impróprio, achamos conveniente trazer para o estudo, o papel da OIT na compreensão dos Direitos Fundamentais e humanos dentro das relações de trabalho, local e internacionalmente.

O Direito do Trabalho só surge como disciplina no campo jurídico quando se nota que para as relações jurídicas laborais não podia sair vencedor o sistema individualista do Direito Civil.

Nesse cenário, com aperto dos operários por condições mais dignas de trabalho, começaram as novas leis protetivas e a constitucionalização do Direito do Trabalho no século XX.

Perante as situações pouco positivas que mostram uma redução da importância do trabalho enquanto base de cidadania, o aperfeiçoamento a convergência entre trabalho organizado e a condição de cidadão tem transformando-se na pauta do movimento operário contemporâneo.

Refere-se admitir que o trabalho é um cidadão cujos direitos não podem ser prejudicados por causa da sua situação de trabalhador, e é uma realidade com enorme encargo cultural de bases históricas amplas, porque os trabalhadores iniciaram por ser trabalhadores e só com muitos esforços sindicais foram ganhando o estatuto democrático da cidadania. Diante de ter que impedir o aumento do dano de dignidade do trabalhador e do trabalho; lembrando que os trabalhadores fazem parte da sociedade que trabalha e sindicatos só agirão com justiça às suas preocupações e aspirações se os reconhecerem, principalmente por seu estatuto de cidadãos³⁷.

É compreendido e praticado como uma forma de vida feita em algumas situações, meio de depauperamento e de morte. O trabalho precisa ser realizado com boa vontade e empenho controlado, para causar fadiga. A força do trabalho é relacionada a força vital da pessoa que trabalha. Quando há excesso das forças do trabalho, tem-se sensação penosa e altera a qualidade do trabalho produzido. Isso por causados prejuízos a sociedade. Deve fazer o trabalho cada vez menos penoso.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Souza, COSTA, Hermes Augusto. *Trabalhar o Mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2005, pp. 54-55.

Dai resulta duas necessidades: a limitação das horas de trabalho e o estabelecimento das condições de salubridade de acordo com a natureza industrial.

O procedimento de precarização do trabalho no capitalismo global alcança ambos os fatores, como “objetividade” e a “subjetividade” na categoria dos trabalhadores esclarecidos, o ponto principal dos elementos institucionais das modernidades organizacionais do novo conceito de reorganização eficiente é obtenção da subjetividade do trabalho pelo sistema do capital. É uma constituição de ligação psicofísico que consegue ajustar e encaminhar atitude e pensamento de operários segundo a racionalização da produção³⁸.

Para verificar os conflitos mais importantes do cenário global pode usar a perspectiva de um novo tema que tem chamado atenção: “a ética do desenvolvimento”.

Esse tema tem a missão de recuperar o relacionamento ausente entre a ética e a economia, acabando com a cisão que há entre os dois, como permanece atual na ideia convencional que ocasionou impactos relevantes na determinação de políticas, induzindo expressivamente a criação de buracos que causam às crises.

Os alicerces do capitalismo atual, do século XXI, estão sendo abalados pela tecnologia e pela ideologia. Quanto à tecnologia, está fazendo das qualificações e do conhecimento as únicas fontes de vantagens estratégica sustentável. No que diz respeito à ideologia, incitada pela mídia eletrônica, caminha para uma forma radical de maximização do consumo individual em curto prazo, exatamente numa época em que o sucesso econômico irá depender da disposição e da capacidade para se fazer investimentos sociais em longo prazo em habilidades, ensino, conhecimento e infraestrutura.

Em épocas de crise econômica, a negociação coletiva é a mais importante ferramenta para solucionar os conflitos coletivos de trabalho, especialmente tendo em vista os princípios da solidariedade e da fraternidade. “Trabalho decente e negociação coletiva do trabalho são assuntos que se entrelaçam em uma só direção, atendendo a dois princípios modernos essenciais: dignidade da pessoa humana e desenvolvimento do trabalho de forma sustentável”³⁹.

Como nos foi ensinado por um Professor convidado (cujo nome por hora me foge), salvo engano, pela Prof.^a Dr.^a Dora Resende Alves, especializada na arte da tecnologia de informática (inteligência artificial), as empresas globais preveem tecnologias inteligentes para substituir o trabalho humano de massa nas próximas décadas (e a pandemia só acelerou). Enquanto os séculos XIX e XX foram caracterizados pela mão de obra em massa que operava máquinas, o século XXI é caracterizado por

³⁸ ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade: o espírito do Toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. São Paulo: Editora Bomtempo, 2011, p. 111.

³⁹ GUNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil*. Curitiba: Ed. Juruá, 2013, p. 94.

profissionais liberais, de alta tecnologia que programam e monitoram sistemas de tecnologia inteligente em torno de todo o planeta.

Tudo isso nos leva a perguntar como manter centena de milhões de pessoas empregadas à medida que adentramos no século XXI.

O Conselho de Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas (ONU), aprovou em junho de 2011, por consenso, os Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos⁴⁰, elaborados pelo Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, Professor John Ruggie. Os três pilares dos Princípios orientadores são:

1. Proteger: obrigação dos Estados de proteger os direitos humanos;
2. Respeitar: a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos;
3. Reparar: a necessidade de que existam recursos adequados e eficazes, em caso de descumprimento desses direitos pelas empresas.

A aprovação, pela ONU, dos princípios de direitos humanos para os negócios comprova que, no século XXI, não basta a empresa ter lucro, pois ela também precisa responsabilizar-se pelos impactos de suas atividades, prevenindo sempre e remediando quando necessário.

Não existe desenvolvimento econômico sem trabalho humano, sem relação de emprego, como não existe, também, relação entre empregado e empregador sem ética.

A ética do desenvolvimento exige responsabilidade social empresarial, na qual se inclui um conteúdo ético na relação entre aqueles que trabalham e aqueles que comandam a empresa.

Por isso entendemos necessário esta passagem pelo Direito do Trabalho e pela OIT para demonstrar o quão importante a interação, ou internacionalização mundial, atualmente, da ciência dos direitos humanos.

5.2. A análise crítica e comparativa aos Direitos Sociais da Constituição brasileira – A difícil reforma laboral brasileira hoje proposta

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a 5 de outubro de 1988, portanto há exatos trinta e três anos, a nossa realidade na profissão forense deparou-se com um cenário de susto e inconformidade, ao ver inserido pelo legislador constituinte no texto máximo da Nação um enorme número de normas reguladoras das relações sobre Direito Individual do Trabalho. Principalmente no campo dos direitos fundamentais que, como incisivamente temos pontuado ao longo desta

⁴⁰ Projeto com ampla divulgação nas instituições internacionais. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/un-guiding-principles-on-business-human-rights/>

argumentação, está muito longe de ser regra para tratar de assuntos ordinários, como de facto são tratados pela maioria dos Países democráticos e desenvolvidos economicamente.

Tais países não consideram fundamental incluir na Constituição normas sobre relações individuais do trabalho. A Constituição americana (1787) que pouca ou quase nenhuma modificação sofreu desde o seu anúncio, nada menciona sobre situações laborais. Em alguns momentos, a Constituição é usada pela Corte Suprema atitudes de processos judiciais laborais, como por situação da instituição do salário mínimo, mas sob a visão de ataque ou não propriedade privada. Outra situação está na Inglaterra e sua Constituição não descrita.

A Constituição, como afirma Dallari⁴¹, continua sendo um instrumento atual e necessário para as comunidades que zelam pela proteção e desenvolvimento dos valores básicos da pessoa humana. É relevante levar em conta que a Constituição age sobre a vida social de dois modos, numa visão mais genérica, consolidando as nos sentidos gerais da organização social e da convivência humana, ou de modo direto, recomendando o uso do direito e dando um base objetivo para auxiliar a resolução dos conflitos jurídicos.

E acrescentamos: mas nunca ao regular especificamente qualquer ramo jurídico. Sendo a Constituição a norma jurídica fundamental (por si só) que contém os valores considerados certos à busca de seus fins, os direitos sociais devem em ela ser incluídos sim, mas como pilar genérico que remeta o legislador à regulação de cada campo na via ordinária, como fez o Constituinte ao falar sobre o Direito do Consumidor⁴², remetendo a questão à competência do legislador ordinário que deu à luz ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro em 1990.

É exatamente sobre isto que discursamos. Não se nega que seja fundamental o Direito do Trabalho, quer individual, coletivo ou processual, mas a Constituição não é lugar para se regulamentar o que é de base ordinária, como adicionais salariais, quantidade de horas de trabalho, adicionais sobre férias etc. Isso é matéria do campo da legislação ordinária e, como tal, bastaria ao Legislador Constituinte nos dizer que a proteção ao trabalho é sim um direito fundamental do homem em sua dignidade, cidadania e aos seus valores sociais.

É equivocada, portanto, a extensiva interpretação dada pelo constituinte brasileiro ao se espelhar no que se usou chamar de Teoria do Constitucionalismo Social, segundo a qual as Constituições devem abrir espaço para as questões sociais.

⁴¹ DALLARI, Dalmo Abreu. *O Renascer do Direito*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 31.

⁴² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil: Atlas. Cf. O artigo 5.º, inciso XXXII: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor."

Funda-se na ideia de que o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais, dentre os quais se destacam os do trabalhador, pode contribuir para a realização da justiça social, mediante a organização livre da sociedade como democracia socioeconômica, compreendida a liberdade como mera aparência se não precedida por uma igualização das oportunidades decorrentes de se garantirem a todos as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade, na oportuna afirmação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴³.

Aos poucos, todos os seus princípios foram reproduzidos pelas Constituições modernas, embora não inovasse quanto à ideia de preservação da dignidade do trabalho, corolário do princípio afirmado na França em 1848.

Não é possível, pois, negar a importância da Constituição francesa de 1848, diante de seu propósito de assegurar a liberdade de trabalho, estimular a igualdade nas relações entre patrão e operário, o dever de abertura de frentes de trabalho destinadas a aproveitar trabalhadores e desempregados e a garantia de previdência social, já instituída na Alemanha de Bismarck.

As modernas Constituições aqui citadas, somadas aos ditamos traçados pela OIT desde a sua formação, já revelavam em sua época que não era mais possível ao Poder Constituinte ignorar a importância política, econômica e jurídica da inclusão dos direitos sociais nas Constituições, mas nunca legislar em detalhes sobre os direitos individuais da relação laboral.

Para reforçar a nossa resistência às minúcias legislativas sobre o trabalho na Constituição do Brasil, é que cuidamos de usar esse espaço para discorrer o que nos chamou a atenção sobre os direitos sociais nas Constituições modernas.

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12.^a Ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

Capítulo 6 - A Argumentação Baseada em Princípios Constitucionais

No princípio do Direito Constitucional, um dos melhores projetos teóricos relacionados aos preceitos constitucionais procedeu em uma hipótese da alegação sobre direitos fundamentais. É o fundamento de Robert Alexy em relação a natureza dos direitos fundamentais. Segundo eles, esses direitos são princípios e nesse modo, são preceitos de melhoria. Isso quer dizer que, não tem fatores para que se faça uma ordem definitiva de precedências entre direitos fundamentais. Princípios, ou direitos fundamentais, sustenta Alexy, sempre representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas⁴⁴.

A certeza de que há direitos que não tem ligação nem sob situações mais extremas não podem ser analisadas por meio da visão do Direito Constitucional⁴⁵.

Desse modo, a execução dos direitos não sendo fundamentais precisa de juízo, discricionários moralmente consistente, considerando mais que direitos, também as situações do caso, para a o choque entre os direitos fundamentais é preciso medidas de ponderação, execução dos direitos fundamentais assume argumentos feitos em motivos que garantem resoluções proporcionais.

O conceito do direito, está muito restringida a aptidão de oferecer de modo conceitual, um significado completo de direitos fundamentais. Não pode ser explícita a do que seja norma de direito fundamental, pois, todas as normas de direitos fundamentais aceitam um justo fundamento feito aos direitos fundamentais.

Sobre o que foi analisado, síntese de que o vetor liberal da justiça e da cidadania, sempre esteve fundamental em uma visão de tradição liberalista (individual) ou da tradição Kantiana (abstrata) de justiça, logo desimpedia com um significado substantivo para que o coletivo se sinta bem, é bom verificar de que forma o conceito de Alexy mostra justificativas preciosas para os receios neorepublicanas aplicadas a criação de entendimento constitucional compromissada com conceito substantivo para o conceito de bem-estar comum.

A teoria de Alexy mostra claramente que a tese racional com bases em conceitos constitucionais nunca pode suceder em dados inequívocos. Isso auxilia a entender porque as teorias do direito desejam manter uma ordem prioritária para os direitos individuais têm, o renome de ideologias políticas específicas. E estas ideologias não resultam, em sentidos constitucionais proporcionais, em outras palavras, que criam a segurança de todos os bens fundamentais conforme a valor real para as situações sólidas de uma comunidade.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 104.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 301.

Aceitar isso, não quer dizer deixar de aceitar o poder da tradição liberal no entendimento dos bens fundamentais, mesmo nas democracias ocidentais mais novas. É bem conhecido que no direito ocidental existe um menor conjunto de valores, que para serem limitados reclama, em prol de si, uma pesada carga de argumentos. Sendo eles:

- 1) A dignidade;
- 2) A liberdade;
- 3) A igualdade;
- 4) A propriedade;
- 5) A proteção;
- 6) Bem-estar-estar da comunidade⁴⁶.

Tratar o ser humano como um fim e não como um meio para fins alheios – a máxima Kantiana da ação moral – é também um cânone da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo Sarlet⁴⁷.

6.1. Bem comum e argumentação constitucional

Questionar sobre o assunto jurídico do bem comum constitucional é um modo de se importar pela segurança da coerência social e as inter-relações humanas como bens fundamentais. Mesmo parecendo um tema complexo, esse é um fator que sempre expedirá o tradutor do Direito Constitucional ao objetivo, ou as conclusões das ações e das instituições importantes para a comunidade. O intérprete da constituição com desejo de assegurar o bem comum constitucional deve encontrar ela os bens públicos que as organizações devem designar e as faculdades que elas devem amparar.

O debate jurídico sobre o bem comum constitucional pode ser, ao mesmo tempo, racional, institucional, organizado, direcionado a propósitos e comprometido com soluções coletivas.

Uma situação encontrada no estudo de nossa tese aconteceu na Colômbia. O caso da Sentença SU-519/97⁴⁸, tem muito a nos agregar sobre os objetivos coletivos das instituições sociais, sendo julgado pela Corte Constitucional o impedimento de um empregador deixar fixo, a sua vontade, o salário de seus empregados. Mesmo que fixe um salário fixo, não podem ser feitos de modo desejado pelo empregador, afirmando a Corte: os salários mínimos são correspondentes a experiência e conhecimento do empregado, isso porque o salário realiza objetivos de interessa coletivo naquele

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 159.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

⁴⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional da República da Colômbia SU-519/97. Relator: José Gregório Hernández Galindo. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU519-97.htm>

ordenamento jurídico, quais sejam, os de garantir as necessidades principais dos trabalhadores.

Outra situação da Corte Constitucional Colombiana foi no ano de 1999, em que foi julgado o direito de a Administração Pública expulsar vendedores ambulantes que estava há anos exercendo sua função em lugares públicos de Bogotá. A Corte entendeu-se que expulsar um vendedor de objetos legais naquela situação é mesma coisa de tirar o seu emprego, o que significa uma deterioração na sua condição de vida, e do aumento da pobreza, e o OIT isso é moralmente inadmissível e economicamente irracional.

Para a Corte colombiana, mesmo políticas de ajuste estrutural não podem chegar à “imoralidade pela desumanização”.

O entendimento constitucional pede atenção aos objetivos de instituições que asseguram assuntos coletivos e que existem para fazer o bem comum. A Corte, o objetivo do salário não é somente ser a contraprestação pecuniária à prestação de um serviço, porém, remunerar também as virtudes do trabalhador. O relacionamento tem um objetivo no ambiente social: melhorar a autoestima, a relação e circunstâncias de vida dos indivíduos e, mesmo não sendo formais, o relacionamento de trabalho agem como um importante objetivo de coesão social.

Em Espanha, um conceito constitucional é usado com muita frequência para enfrentar as situações que pedem empenho da igualdade substancial, quando se tira da Carta Política a regra equivalente a força pública leva condições para que a liberdade e igualdade da pessoa e dos grupos em que participam sejam de verdade e efetivas.⁴⁹

Com base nessa regra a Corte espanhola fixou o seguinte entendimento⁵⁰: “Regulações cuja desigualdade formal se justifica para a promoção da igualdade material”.

No Brasil, referente a uma atitude sobre cotas raciais, os objetivos moralmente importantes para o coletivo tiveram um importante peso na justificação do relator da decisão, o Ministro Ricardo Levandowski, a diversidade cultural e não somente a qualidade do ensino e estudo está incluso do Telos universitário. Fazer esses dois objetivos é que legitimam essas instituições.

A universidade é o ambiente perfeito para a desmistificação dos preconceitos social comparando ao outro, e assim, para a criação de uma conscientização coletiva e culturalmente heterogênea. Foi a compreensão que a diversidade é um fator importante para a formação universitária relatou as decisões da Suprema Corte dos Estados

⁴⁹ Cf. Artigo 9.2 da Constituição Espanhola.

⁵⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional de Espanha, de 11 de março de 1991. Processo n.º 50/1991. ECLI:ES:TC:1991:50. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1689>

Unidos da América nas situações em que ela verificou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

6.2. Qual é o modo correto de avaliar as decisões e as interpretações?

As decisões e interpretações mencionadas no capítulo anterior, com amparo em compreensões internacionais, baseiam-se em definições de propósitos ou fins públicos das organizações sociais. Mostram claramente que os direitos constitucionais, mesmo de caráter privado, asseguram bens coletivos e que todos os conceitos constitucionais igualmente são mandados de priorização sujeitos a juízos de ponderação e resoluções proporcionais, que perante ao choque dos direitos sociais entre si, quer perante ao choque da destes direitos com os direitos liberais.

São situações que auxiliam a analisar que para um processo constitucional que faz uma complexa conformação de bens que não vem de uma fixa tradição moral (liberal, por exemplo), não há argumentos morais persuasivos para que os interesses e direitos individuais sejam preferenciais, sempre, sobre o conceito da solidariedade, e o dever de assegurar a coerência social. Isso significa, quer essas atitudes e interpretações não misturem o que seja respeitadas os outros e o dever coletivos de tratar bem os outros.

Porém, esse argumento tem um conceito específico em alguns regimes constitucionais que mostram marco normativo e âmbito institucional ajustados para que os objetivos e propósitos comunitários das instituições constitucionais sejam motivos de muita importância no processo de ponderação de bens constitucionais.

Tudo indica que os sistemas dotados de um modelo de constitucionalismo rígido, nos quais a dignidade da pessoa humana ocupa uma posição de predominância relativa ao discurso público, em que os direitos fundamentais são um complexo de corpos (individuais, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), nos quais a independência judicial é ampla (todos os juízes são juízes constitucionais), e nos quais os juízes têm ampla competência para controlar a legitimidade constitucional de atos e omissões (modelo difuso e concentrado de controle da constitucionalidade), são processos que não consideram um projeto moral incluso, a uma determinada tradição moral (a um “ismo”) conservador, socialista ou capitalista.

Nesses cenários, as organizações democráticas e a jurisdição constitucional têm o compromisso de assegurar a afirmação de um bem comum constitucional perante ambientes constitucionais abertos. Essa é a situação do Brasil. Em um processo constitucional assim, o agir dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário tem que ser progressiva para consolidar a dimensão responsiva da democracia social constitucional.

Isso quer dizer que a jurisdição constitucional necessita melhorar sua compreensão quanto ao oportuno *status* normativo dos argumentos constitucionais assegurados de bens jurídicos de um valor comum. Não há motivos para compreender o Direito Constitucional do trabalho ou da seguridade como pequeno sistema de regras em antinomia com conceitos liberais.

De outro modo, a jurisdição constitucional, lidando de forma direta com a ponderação de jurídicos fundamentais, não pode se ausentar a uma justa avaliação dos objetivos e dos objetivos moralmente ajustados em cada instituto de direito privado e de direito social. A ponderação que há entre os direitos individuais e interesses coletivos é algo colocado que os choques autênticos entre os envolvidos podem acontecer.

O Direito Constitucional do trabalho, o nosso mais importante objetivo da criação crítica no Brasil é um tema constitucional para qual não tem princípios estabelecidos pelo legislador constituinte, não pode ser definido como um grupo de regras contrapostas aos direitos de primeira geração pois as naturezas normativas das normas de direitos fundamentais não devem ser consolidadas, em conceito, por qualquer teoria socialista ou liberal⁵¹.

Todas as normas de direito fundamentais assumem uma certa fundamentação referenciada a direitos fundamentais. Em outras palavras, são direitos fundamentais as normas de Direito Constitucional de proteção social e do trabalho que dão peso aos valores constitucionais mais essenciais, sejam eles a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, a proteção e o bem-estar da comunidade, e não a proteção específica do direito individual do trabalhador, como enunciamos em introdução.

A teoria dos direitos fundamentais como aqui posta, abre-se para o reconhecimento de que os direitos sociais estabelecidos na Constituição admitem o *status* de direitos fundamentais e não regulando institutos individuais, ponto por ponto, como o faz o artigo 7.º e seus incisos da Constituição da República Federativa do Brasil que, consciente ou inconscientemente, engessou as relações entre o capital e o trabalho a ponto de, hoje, viverem os governantes (antes e atual) em busca de um difícil caminho de legalização da flexibilização das normas do trabalho e sociais, permitindo aos interessados a livre negociação das condições do contrato, óbvio, respeitados os princípios fundamentais de proteção às relações sociais, como visto, principalmente, pela Constituição portuguesa e pelo Direito do Trabalho português.

Assim, concluímos essa argumentação dizendo que a jurisprudência evidencia que tem regra que relacione a um conceito e não tem um conceito sem ligações com valores. Entende-se que os conceitos são mais gerais do que as regras, mas isso não quer dizer que as regras possam obter alto nível de generalidade. Desse modo, os

⁵¹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*, p. 74.

princípios tendem ser mais gerais pois não tem especialidades igual as regras, porém, as regras podem ser moderadas ou pouco específicas, e assim, levar elementos desses conceitos em sua normatividade,

6.3. Princípios, Regras e Preceitos Fundamentais

Na área da teoria das normas constitucionais que administram direitos fundamentais tem no Brasil, satisfatórios precedentes para analisar a natureza jurídica das questões de direitos fundamentais sobre o relacionamento do trabalho no sentido de identificar ligações com os princípios constitucionais e com uma visão conceção constitucional de bem comum. O direito brasileiro, criou um conceito pouco conhecido pela teoria normas constitucionais que têm importante função para a gramática dos direitos fundamentais brasileiros. É um conceito importante a ser assegurado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Uma tese brasileira em relação a âmbito jurídico dos enunciados constitucionais relacionados a direitos da preservação social e do trabalho deve haver muito cuidado aos fundamentos doutrinários mostrados as discussões da ADPF 33, feito pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 07.12.2005, porque ficou acordado que várias regras da Constituição podem ser entendidas como preceitos fundamentais, contanto que analisem a densidade normativa ou o conceito determinado a princípios fundamentais⁵².

O aperfeiçoamento do entendimento dos conceitos fundamentais da Constituição brasileira é uma escolha aberta pelo artigo constitucional para a criação do vocabulário do bem comum constitucional.

É extensamente documentado pela teoria política que as democracias constitucionais, porém especificamente as tem se consolidando nas últimas três décadas e visando combater injustiças sociais que acontecem a mais de centenas de anos, tentando solucionar seus obstáculos morais também na área judicial e com a presença cada vez mais fundamental do Poder Judiciário.

Isso pode ser um indício de que as democracias constitucionais estão visando menos democracia e mais constituição? Não. Isso é indicação que as democracias mais novas têm se atualizando de todos os modos institucionais possíveis para responder às complexas esperanças constitucionais com o objetivo de corresponder suas respostas a essas expectativas.

A nova missão que precisa ser feita pelos juízos decisórios desses regimes, até mesmo pela jurisdição constitucional, é de promover a proporção responsiva da democracia. É isso que faz única o encargo do Direito Constitucional nas repúblicas

⁵² Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 7 de dezembro de 2005. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33-5: DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, p. 15. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735096/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-33-pa>

sem o hábito moral definido. É a proporção responsiva á democracia que coloca uma análise da doutrina comum dos “freios e contrapesos” nesses regimes e recoloca o Poder Judiciário ao que conceder uma ativa função na criação coletiva do diálogo sobre o bem comum.

6.4. Direitos Fundamentais, Direitos Sociais e Jurisdição de Natureza Evolutiva

Reformas legislativas colocadas ao mundo no decorrer do século iniciaram uma separação a teoria da jurisdição de suas bases civilistas e liberais. Diversos autores analisaram o acontecimento de importantes alterações na construção institucional da atuação jurisdicional, e também no entendimento conceitual relacionados à Justiça, Processo, Ação e Jurisdição. Foi exigido do estado mais presença e controle nos “assuntos privados” da sociedade civil. Por causa da justiça substantiva, aumentou a competência do Estado para reagir a novas formas de problemas. Esse grande processo evolutivo pode ser adquiridos por uma representação nova teórica da ação jurisdicional brasileira nos seguintes pontos:

- Tipos especiais de conflitos individuais: a urgência de direitos culturais, sociais e econômicos. Situação inédita para atual teoria brasileira da jurisdição foi a criação de uma jurisdição específica em colisões individuais laboral, toda trabalhada na nova doutrina de segurança do relacionamento jurídico de emprego e das circunstâncias dignas do trabalhador que recebe salário a força de comando das empresas.
- Tipos especiais de conflitos coletivos: do sistema de conserto de danos ao sistema de conversação de interesses. O estado de direito autorizou também a criação de uma jurisdição específica em colisões coletivas do trabalho, criada num sistema da representação sindical, direito ambiental, entre outros.

As colisões coletivas, no Brasil, iniciaram os estudos pelo conceito laboral e pelo conceito dos direitos do consumidor. São problemas que têm grande capacidade esclarecedora das alterações ideológicas, normativas e também jurisdicionais da atualidade. E esse é o ponto que nos agarramos para criticar a má colocação, como proteção constitucional dos direitos individuais do trabalho, como direito de base constitucional.

Na verdade, como o fez o constituinte em relação ao direito do consumidor, deveria dizer “ser dever do Estado proteger o trabalhador”, remetendo a fixação do direito ou da proteção à legislação infraconstitucional ou ao direito coletivo do trabalho,

porque, nesse campo, o acordo e a ponderação (em vez da imposição) é a forma mais amplamente adotada para a composição entre partes.

Pode mencionar ainda, que os choques coletivos, exatamente por requisitarem a gestão de interesses, mais do que o conserto de danos, permitiram o surgimento de ruturas e subversão de tradições conhecidas de direito, visando que o acordo, além que as sentenças, permite o surgimento de novos direitos⁵³.

Facilitando a entrada à tutela jurisdicional: da justiça imparcial à justiça substancial. O ordenamento jurídico recebeu colisões sociais de grande proporção, sequente, tanto dos novos relacionamentos de trabalho, quanto do cidadão com o Poder Público, em vista ideário de segurança, zelo e amparo social. Assim como, foram recebidos dos choques consecutivos dos relacionamentos do consumo massificadas.

A jurisdição se alterou por motivos normativos e socioeconômicos. E o Estado-Juiz passou a agir com o direito válido de modo de concretizar bens e interesses comuns, e não somente individual, de forma a garantir-lhes tutela com eficiência. E a alteração formal aparenta estar no seguinte: na escolha judicial, parcela do novo direito material e configura o processo o que precisa de efetivação desses direitos.

A mencionada conformação judicial dos processos à concretização de modernos direitos materiais pode ser verificamos na evolução da tutela jurisdicional da exigência feita, na doutrina de atitudes cautelares inominadas e em seguida da compreensão sucinta e da tutela de urgência. Nasceu assim o precisar de reconhecimento teórico de postulados hermenêuticos anteriormente inimaginável, como por exemplo: o de não estar disponível de direitos sociais, o da troca do ônus da prova, da troca processual da proteção de interesses coletivos, da ampliação de poderes introdutórios e executivos do Juiz, o da resolução razoável e proporcional, etc.

O dever jurisdicional é uma das modernas utilidades que as situações atuais reclamam do processo republicado. Os detalhes da primeira geração da doutrina da jurisdição, porém, não foram totalmente superadas. Em vez de interrupções, viu seu crescimento. Seus postulados hermenêuticos usam-se à resolução de colisões que tem direitos de matriz liberal, como liberdade e a vida. Essas colisões são compreendidas pelo conceito da jurisdição civil e penal. Nesse ramo ainda são muito importantes a indispensabilidade da defesa técnica, *judicial review*, a igualdade entre as partes, o formalismo e os restringimentos subjetivos do objetivo analisado.

Há ótimos motivos para acreditar que várias evoluções que ocorreram nessa forma liberal de tutela jurisdicional, deve-se aos incentivos feitos pelos direitos fundamentais de segunda geração.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris; 2002, p. 60

Capítulo 7. E os direitos individuais do trabalho são fundamentais?

Na introdução chamamos a atenção dos examinadores sobre a questão relativa ao posicionamento do direito individual do trabalho no Brasil reconhecido como um Direito Constitucional fundamental.

Por conta disso, tecemos longas linhas, no capítulo segundo, sobre o que doutrinariamente se tem como direito fundamental social no campo da ciência Jurídico-Política mundial.

Discorremos ao longo do trabalho que, de verdade, o objeto do direito fundamental social não se encontra centrado no estudo das relações individuais do trabalho travadas entre empregador e empregado. Isso, em torno de todo planeta, é remetido à regulação ordinária, com alguns pontos específicos tendo como raiz a Constituição da Nação.

Mas direitos sociais próprios são aqueles que nos remete, em gênero, à proteção da educação, da saúde, da alimentação, do trabalho no campo difuso, da moradia, do transporte, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade, da infância e dos desamparados.

Apontamos na introdução que, quando da promulgação da atual Constituição brasileira, bradamos contra sua excessiva regulação do Direito Individual do Trabalho, em seu artigo 7.º, fugindo, por completo, ao que posto corretamente pelo artigo 6.º ao abrir o Capítulo II da Carta Republicana.

Hoje, passados mais de três décadas, nada foi feito para reparar a incorreção crítica pelo excesso do direito individual dentro do Título I, capítulo II, dos Direitos Constitucionais Fundamentais, e é por isso que insistimos nas questões: seriam os direitos individuais do trabalho verdadeiro direito fundamental? Ou fundamental seria o Direito do Trabalhador, como um todo? É na Constituição que o trabalhador deverá encontrar o regramento do contrato de trabalho, ou seria dever do Estado, por norma infraconstitucional regular tais direitos? E a representação das categorias, poderia ter limitado seu direito de contratação coletiva?

Não entendemos que assim seja. Não encontramos aqui em Portugal a presença do Estado em tratar do direito individual do trabalho como um Direito Fundamental. No Direito Constitucional luso não existe uma normatização tão extensa como a do Brasil, tratando de proteções particulares das relações entre empregado e empregador.

Para chegar a esta conclusão, repetimos, e esse é o tema da pesquisa, chamamos a atenção do examinador para o facto que aqui estamos estudando o Direito do Trabalho no campo da ciência Jurídico-Política, o que significa que estudamos o

direito público (constitucional) e não o Direito do Trabalho (privado), como parte daquele.

São poucos os estudos sobre a tese, o que resulta no nosso desafio e, como dissemos, fomos aguçados a trazer o debate como argumento de nossa dissertação final espelhando nossas conclusões em raros estudos de alguns poucos catedráticos brasileiros que em outubro de 1988, deram-se por inconformados com o caminho dado ao Direito Individual do Trabalho, engessando empregador e trabalhadores à letra da Carta Política até hoje não desmobilizada da deficiência técnica do constituinte brasileiro que não soube separar o que seja de verdade o que deva ser o objeto da norma constitucional.

Por isso é que deixamos claro que a pesquisa é uma resposta para a inquietação daqueles que da mesma forma pensam: “são os direitos individuais do trabalho, direitos constitucionais fundamentais?”

E ao longo das linhas já traçadas mostramos que houve excesso na construção do constituinte brasileiro, eufórico com a abertura política daquele momento, liderados pela bancada do Partido dos Trabalhadores, utilizou do Direito Constitucional para regular singularmente o direito individual do trabalho dentro da Constituição.

O que se teria apresentado como formulação jurídico-política correta, era tratar o trabalhador como um ser humano (Direitos Humanos) com direito à proteção fundamental (Direitos Fundamentais) relativos à vida, à saúde, à educação, ao consumo, à segurança, à moradia e ao próprio trabalho, remetendo, como já frisamos em diversos pontos, a individualização de cada um destes institutos ao manto de legislação infraconstitucional.

Em conclusão, voltamos a argumentação central de que a regulação do direito individual do trabalho não é tema para ser tratado como direito fundamental (público-político), mas sim o direito do trabalhador, em gênero, como acabamos de falar, ou seja, a sua dignidade, saúde, proteção salarial, trabalho infantil, proteção à mulher, mas, deixando claro, por via de suas representações sindicais. Isso nos foi ensinado, lá quando ainda engatinhávamos na especialização, por grandes operadores e juristas da época, como foi o caso do saudosíssimo professor Arion Sayão Romita⁵⁴, cujo artigo aqui citado nos serviu de norte para essa conclusão.

Dessa forma, afirmamos com toda tranquilidade que no Direito Constitucional brasileiro cometeu-se um erro crasso ao inserir o direito individual do trabalho em capítulo constitucional dos direitos fundamentais sociais, posto que, direito social, cientificamente, são apenas e tão-somente aqueles fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada um garantias de liberdade, igualdade,

⁵⁴ ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. 5.ª Ed. São Paulo LTr, 2014.

solidariedade, cidadania e justiça, não retratados ao trabalhador pelo hostilizado artigo 7º da Constituição Republicana Brasileira.

7.1. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana

Como articulamos também lá no primeiro capítulo deste trabalho, os direitos fundamentais apresentam como principal valor o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa é em si mesma o principal fundamento dos direitos humanos.

A constatação do valor integral de cada indivíduo preenche a vértice de valores aclamados por todos ordenamentos jurídicos justos, pretensão cada vez mais anunciada, alcançando sentido universal.

Na teoria kantiana, que é o suporte do ponto de vista atual dos conceitos dos direitos humanos, aparece a dignidade, que engloba a capacidade da pessoa autônomo de escolher sobre seu próprio planejamento vital incluíse seus fins⁵⁵.

Os direitos sociais, bem mais do que posto na Constituição brasileira, são considerados, na verdade um patrimônio jurídico da humanidade. Portanto, muito mais longe do que simples regulação de direitos individuais.

Muito embora Brasil e Portugal considerem como fundamentais os direitos sociais, em terras lusas, a Constituição da República Portuguesa serve como espelho ao considerar como direitos fundamentais os direitos, liberdades e direitos análogos de modo diametralmente contrário ao Brasil, onde a Constituição de 1988 inclui o volumoso rol de direito sociais e dos trabalhadores que aqui passamos o tempo todo a criticar.

A dignidade é o princípio fundamental da ordem político-constitucional. Como consequência, não é estudada para cuidar de proteção a simples relação patrão e empregado. Ela vai muito além disto. Já falamos e não cansamos de repetir: bastava que o constituinte brasileiro tratasse dos direitos sociais regulando o dever do Estado com a saúde do trabalhador, a educação, a segurança, o direito coletivo (em gênero e espécie), a greve e do *lock-out*, ou seja, de maneira difusa, remetendo a regulação específica à via ordinária da legislação.

Como visto, a dignidade da pessoa humana é o núcleo do fundamento dos direitos humanos. Quando algum dos reais direitos fundamentais for violado, é a dignidade da pessoa que sofre a ofensa e não o direito individual da pessoa nas relações privadas.

E é aqui que centramos o motivo e objetivo precípua de nossa dissertação: A análise de cada um dos direitos sociais postos no artigo 7.º da Constituição da República

⁵⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Grandes Nomes do Pensamento, Coleção Folha de São Paulo, 2015, pp. 45-46.

Federativa do Brasil, como Direitos Fundamentais Sociais. Levamos em conta, ou não, as circunstâncias de se apoiarem no reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

7.2. Direito do trabalhador como cidadão e como empregado – Direito fundamental social

Fazendo uso das fontes normativas encontramos a origem dos direitos sociais no Direito hoje em vigor e sua importância jurídica.

A legislação, interna ou externa é que nos direcionará à configuração do direito. Não há uma fórmula construtora do direito social para cada sistema jurídico.

Atualmente os direitos sociais, em geral, figuram nas Constituições como direitos fundamentais.

A Constituição de Portugal, que no estudo mais nos interessa, faz diferença entre os “direitos, liberdades e garantias” dos “direitos e deveres econômicos, sociais e culturais,” abrindo, contudo, o poder de se ver estendido o regime dos direitos, liberdades e garantias “aos direitos fundamentais de natureza análoga”.

O que de interessante para destacar da Constituição portuguesa diz respeito a que todos os direitos fundamentais devem estar a salvo da reforma constitucional, no sentido de que não devem sofrer diminuição ou enfraquecimento. Conquanto a “proibição de revisão constitucional de retrocesso” contemple expressamente, na Constituição lusa apenas direitos, liberdades e garantias, no seu artigo 288.º, alínea d), bem como os direitos dos trabalhadores inseridos nos “direitos econômicos, sociais e culturais, por extensão, frente ao que consta do artigo 16.º, n.º 2 da Declaração Universal.

Mas, nos permita insistir: Não se tem neste capítulo da Constituição portuguesa o insistente rosário de institutos do Direito Individual do Trabalho transposto a direito fundamental social, ou constitucional.

A constituição brasileira, no trato com os direitos sociais, chega a ser incoerente nas expressões utilizadas nos enunciados relativos aos direitos fundamentais. Os direitos sociais se apresentam de forma heterogénica e com redação confusa, permitindo ao operador recorrer a uma interpretação sistemática mais favorável aos direitos fundamentais. Basta se ver a redação do seu preâmbulo em confronto com a ordem de entrada em cena de cada capítulo do Título II.

Diz o preâmbulo que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos (...).

Mas, como nos referimos acima sobre a incoerência enunciativa da Carta, a precedência do preâmbulo não é reproduzida no Título II (direitos e garantias fundamentais), que menciona primeiro os direitos e deveres individuais e coletivos para depois cuidar dos “direitos sociais no Capítulo II.

São muitas as imperfeições técnicas, mas esse não é o objeto do estudo crítico.

Se tivesse o constituinte limitado sua atuação ao que previsto pelo artigo 6.º da Constituição Federal já se teria como satisfeito o Direito Constitucional social do trabalhador ao ter garantido:

- Direito à educação;
- Direito à saúde;
- Direito à alimentação;
- Direito ao trabalho;
- Direito à moradia;
- Direito ao transporte;
- Direito ao lazer;
- Direito à segurança;
- Direito à previdência social;
- Direito à proteção à maternidade e à infância
- Direito à assistência aos desamparados.

Mas não. Ultrapassando em muito o que cientificamente é reconhecido como verdadeiro direito social, no mesmo Capítulo II arvorou-se o legislador excecional e passou à construção única no mundo, da regulação do direito individual do trabalho no artigo seguinte, o criticado artigo 7.º e seus 34 (trinta e quatro) incisos.

Nenhum deles difusos, como os 11 (onze) do artigo 6.º, aplicáveis em geral à toda sociedade, dentre os atingidos, o próprio trabalhador. Um verdadeiro atropelo o artigo 7.º que a seguir passamos à crítica direta.

7.3. O artigo 7.º da Constituição Federal do Brasil – Direitos sociais - A crítica

A motivação da escolha desse tema para de nossa pesquisa, como dito e redito, reside nos excessos cometidos pelo constituinte brasileiro, elevando ao patamar constitucional de direito fundamental social o direito individual do trabalho, engessando, gravemente, as classes empresariais, trabalhadoras e até a economia do País, como estamos vendo no esforço do último e do atual governo pela busca da flexibilização das relações sem poder.

Dissemos alhures, que esta situação me incomoda desde a promulgação da Carta Maior da Federação, muito já tentamos escrever em processos sob nossos cuidados, mas em doutrina nada, ou quase nada, encontramos em socorro. Portanto, não existiria melhor lugar para pôr em reflexão, que numa academia de estudo do direito jurídico-político.

A história aqui narrada explica, mas a ciência tem que corrigir.

Como dito no tópico acima, desnecessária e incabível a regulação do direito individual do trabalho no capítulo dos “Direitos Sociais”. Direitos sociais são aqueles onze destacados que extraímos do artigo 6.º da Constituição Republicana. O direito individual regulado como posto pelo artigo 7.º, deixa evidente o motivo de nossa indignação.

Já falamos, mas não fomos ouvidos. Direitos são excessivos no artigo criticado, mas deveres pouco se cobrou. No artigo 6º, acima comentado, o Estado traz para si, como um direito social, fornecer meios àqueles que no Brasil vivem para trabalhar, educar-se, auxiliá-lo com saúde, previdência, moradia, com a família, cuidando da maternidade, alimentação, segurança, transporte, etc.

Estariam aí sim, os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

Por isso sempre advertimos e não nos conformamos com o excesso de direitos individuais do trabalho enumerados na Constituição brasileira, porquanto, obscurecem a noção de deveres. Observe que lá, na Constituição, a palavra “direito” (do cidadão) aparece 76 vezes, enquanto a palavra “dever”, apenas quatro vezes.

Afirmamos corajosamente que errou o constituinte desde a formação do Preâmbulo de nossa Carta Política e, de modo completamente aleatório e fora do contexto do Direito Público insere na Carta o artigo 7.º da Constituição denominando de “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”, de modo não taxativo nos impõe uma regra pétrea impeditiva do desenvolvimento econômico da Nação.

Prosseguindo nossa crítica, chegou-se ao absurdo de fixar prazo processual de prescrição da ação quanto a créditos resultantes da relação de trabalho, quando se aprende nos bancos da escola de direito que prescrição de ação não é direito do trabalhador, mas sim instituto processual.

Admitir-se-ia, se tanto, a permanência no campo dos direitos sociais aqueles ligados diretamente ao direito coletivo do trabalho, uma vez que correta a inserção do Estado na proteção ao trabalhador.

A proteção social constitucional ao trabalhador que admitimos no estudo e ao longo de toda carreira, diz respeito à dignidade, liberdade e proteção social de modo difuso, geral e coletivo, nunca individualmente que é remetido ao direito infraconstitucional, ao direito coletivo do trabalho e à plenitude da liberdade de contratar.

Passa longe da dignidade humana o rol do artigo 7.º da Constituição quando deixa de estabelecer como regra fundamental social proteção contra o assédio sexual, constrangimento moral, sobre acesso a informação e proteção à intimidade ou privacidade, nem mesmo sobre proteção ao trabalho forçado ou escravo.

Em razão disso é que escrevemos esta pesquisa para dizer que direitos fundamentais mesmo dos trabalhadores são aqueles tidos como indisponíveis, absolutos e irrenunciáveis, tal como descrito no parágrafo acima. Estes sim, são Direitos Fundamentais Sociais do trabalhador. Nem a norma coletiva pode negar ao a aquisição de qualquer direito fundamental, sob pena de ofensa à dignidade do trabalhador como pessoa humana.

A partir do momento em que passam a ser considerados parte do direito positivo, os direitos fundamentais adquirem um duplo caráter ou dupla natureza: Por um lado aparecem em sua vertente clássica de garantia de posições subjetivas; por outro, convertem-se em normas.

Nas primeiras formulações históricas os direitos humanos desempenhavam unicamente uma função subjetiva. Progressivamente, ao longo da história, ao lado dessa função que converte os direitos em uma técnica de garantia de posições subjetivas, assumem eles o papel de construir instrumentos de ordenação do sistema jurídico em seu conjunto. A assunção pelos direitos de uma função objetiva repercute na forma de entender a função subjetiva tradicional.

No que diz respeito ao direito positivo brasileiro em vigor, ambas as funções podem ser com facilidade discernidas no cotidiano das relações de trabalho.

E por isso afirmamos que nem todos os direitos alinhados no artigo 7.º da Constituição da República do Brasil são fundamentais de ordem constitucional, servindo sua taxação como um verdadeiro impedimento ao desenvolvimento econômico da Nação.

No tocante às relações coletivas de trabalho, os direitos fundamentais exercem função relevante na limitação da liberdade negocial, quando se cogita flexibilizar os direitos dos trabalhadores mediante negociação coletiva. Por vezes prejudicial.

Por isso é que dissemos que nem todos os incisos do artigo 7.º da Constituição da República Federativa Brasileira consagram direitos fundamentais dos trabalhadores. Nem todos consagram direitos irrenunciáveis ou indisponíveis.

A própria Constituição nos remete a tal conclusão ao enunciar no inciso VI do artigo 7.º a derrogação da irredutibilidade salarial; no inciso XIV permitindo a ampliação da duração da jornada para o trabalho realizado em turnos de revezamento; e o inciso XIII facultando a compensação de horários e a redução da jornada (em todos os casos, mediante a negociação coletiva).

Contudo, e para finalizar, ainda que contra nosso inteiro convencimento, não se pode deixar de reconhecer que não deixam de ser direitos fundamentais dos empregados os incisos, XXXIII, que fixa a idade mínima da admissão ao exercício do trabalho; XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, que vetam divergências de salários, abordagens desiguais feitas a portadores de deficiência, discriminação entre grupos de trabalhadores, todos merecem o princípio de não ser discriminados, IV que se trata ao salário mínimo; XXII que antevê a diminuição dos perigos referentes ao trabalho com normas de saúde, segurança e higiene; I e XXI que exaltam a segurança da relação de emprego contra a demissão injusta e aviso prévio conforme ao tempo de serviço; XIII e XIV, que consolidam restrições ao período da jornada normal de trabalho; e XV e XVII, que aplicam o descanso semanal remunerado e as férias, todos do criticado artigo 7.º.

Conclusão

Já disse em introdução e ao longo de nossa articulação: a especialidade Direito Individual do Trabalho não pode ser estudada como um Direito Constitucional Fundamental.

Direitos fundamentais, como visto ao longo dos estudos realizados aqui no curso de ciências jurídico-políticas, são direitos do homem sem os quais um sistema jurídico não restaria legitimado. São essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo, ou, como concebido por J. J. Gomes Canotilho⁵⁶, “são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.”

Os direitos fundamentais estão inclusos nos direitos do homem positivados na esfera da Constituição decerto Estado, afetado pelo Direito Internacional dos Direitos do Homem.

Nessa visão, os direitos fundamentais se colocam em um espaço mais restritivo que os direitos humanos, ao modo que segundo J. J. Gomes Canotilho⁵⁷, estes direitos são válidos para qualquer povo e em qualquer tempo, por isso, para o jurista português “os direitos humanos” podem ser “direitos fundamentais” quando positivados.

A ideia e razão de ser dos direitos humanos conheceu desenvolvimento histórico, sendo que certo que o homem e sua dignidade sempre estiveram no meio dos debates, razão pela qual, se a identificação de vários direitos humanos ao logo na história a sua vinculação em união ao homem todo e a todos os homens tem sido sem dúvidas invariável. O direito é um efeito do entendimento de vida de uma definição situação histórico-cultural.

O verdadeiro fundamento da validade do direito em geral (Constitucional) e dos direitos humanos em particular, não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias, ou seja, o direito individual do trabalho é matéria objeto do estudo do direito infraconstitucional.

O motivo para o Direito deve achar a fonte superior e externa, estado a enorme lacuna da teoria do positivismo e sua ineficiência em achar um conceito fora dele. Por não se fundar em motivo transcendente, o positivismo não supre da legitimidade do direito em geral e dos direitos humanos em particular, sendo o próprio homem, visto em sua dignidade substancial de pessoa, perante as características individuais e coletivas são sempre secundárias.

Desse modo, mesmo que a ciência jurídica não consiga uma explicação rigorosa do conceito, tem-se a clara ideia de que os direitos humanos, são disciplinas e

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*.

⁵⁷ *Op. cit.*

instituições de Direito natural, presentes de Declarações Internacionais, que solidificam exigências simples de igualdade, dignidade e liberdade humana.

Apesar de ter diferenças nas dimensões dos direitos fundamentais e humanos, existe uma próxima ligação, tendo um ponto em comum: a consideração do homem em sua dignidade substancial de pessoa.

Por isso, para concluir, é que dizemos, insistimos e não nos sentimos confortáveis com a apresentação do tema com abordagem constitucional nas regras individuais postas no nosso artigo 7.º, para cuidar do Direito Individual do Trabalho em sede de estudo do Direito Fundamental, preferindo dizer ter o constituinte português acertado como um cirurgião ao cuidar do Direito do Trabalho e do direito do trabalhador como o fez por via de todo o Capítulo III, do Título II e Capítulo I, do Título III, da Constituição da República portuguesa, ao tratar o operário com sua dignidade e a fundamentalidade merecida e respeitada por via dos artigos 53 a 59 principalmente, cuja apresentação o fizemos no título Direitos fundamentais na Constituição portuguesa e na Brasileira.

Essa é a minha resistência posta para uma reflexão da ciência.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade: o espírito do Toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. São Paulo: Editora Bomtempo, 2011.
- AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*. 3.^a Ed.. Coimbra: Almedina, 2019.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 6.^a Ed.. Coimbra: Almedina, 2019.
- BARROSO, Nuno, NAMORA, Nuno Cerejeira. *Negociação Coletiva – Estado e Desafios em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Amedina, 2019.
- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^o Vol. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1988.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil: Atlas.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078 de 11 de setembro de 1990*. Brasil: Atlas.
- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador*. 3.^a Ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1980
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.^a Ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CANOTILHO, JJ Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada Vol. I*. 7.^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, Mariana, SILVEIRA, Alessandra (Coord.). *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris; 2002.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, VILLATORE, Marco António César. *Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2017.
- COLUMBU, Francesca, MASSONI, Túlio de Oliveira. *Sindicatos e Autonomia Privada Coletiva*. Coimbra: Almedina, 2018.

- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direitos Fundamentais – Fundamentos e Direitos sociais*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014.
- DALLARI, Dalmo Abreu. *O Renascer do Direito*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 4.^a Ed. LTR Editora: São Paulo, 2017.
- FALCÃO, David, TOMÁS, Sérgio Tenreiro. *A Inversão do Paradigma no Direito Laboral Português*. Lisboa: Nova Causa Edições Jurídicas, 2015.
- FALCÃO, David, TOMÁS, Sérgio Tenreiro. *Lições de Direito do Trabalho*. 9.^a Ed. Manuais Universitários. Coimbra: Almedina, 2021
- FAORO, Raimundo. *A República inacabada*. São Paulo: Editora Globo, 2007.
- FERNANDES, Antônio Monteiro. *Manual do Direito do Trabalho*. 15.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2021.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder constituinte e direito adquirido*. 41.^a Ed. São Paulo: Forense, 2020.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12.^a Ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GÓES, Waldir de. *Revolução em Portugal*. Brasília: Editora UNB. 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 16.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.
- GUNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.
- JHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1972.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática. Grandes Nomes do Pensamento*. São Paulo: Coleção Folha de São Paulo, 2015.
- KELLER, Werner. *O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental. Instrumento de Efetividade*. 2.^a Ed. São Paulo: LTr Editora. 2020.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Porto Alegre: 1986
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia. Das Letras, 1998.
- LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*. 7.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2021.
- MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho. In SUSSEKIND, Arnaldo, et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20.^a Ed.. São Paulo: LTr, 2002.

- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 8.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- MARTINEZ, Pedro Romano, MONTEIRO, Luiz Miguel, VASCONCELOS Joana, BRITO, Madeira, DRAY Guilherme; SILVA, Gonçalves da. *Código do Trabalho Anotado*. 13.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2020.
- MARTINEZ, Pedro Romano. Trabalho e direitos fundamentais: compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Thomson-Reuters, 2006, v. 32, n.º 124, pp. 183-222.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valder. *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. I São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direitos Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5.^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, Antonio José. *Escravidão, Dignidade, Trabalho*. 2.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2021
- MOURA, José Barros. *A Convenção coletiva entre as fontes de Direito do Trabalho*. 2.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.
- NETO, Abílio. *Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*. 3.^a Ed.. Coimbra: Almedina, 2019.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana – Vol. I- Dignidade e Direitos Fundamentais*. 2.^a Ed. Coimbra.: Almedina, 2020.
- PAGE, Martin. *Portugal e a Revolução Global*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2011.
- PAIS, Sofia Oliveira (Coord.). *Princípios fundamentais de direito da União Europeia, uma abordagem jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2017.
- PEREIRA, António Garcia. A Grande e Urgente Tarefa da Dogmática Juslaboral: A Constitucionalização das Relações Laborais. In: MOREIRA, António (coord.). *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003, 275-293.
- PORTUGAL. *Código Civil Português*. Coimbra: Almedina.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Almedina.

QUINTAS, Hélder e QUINTAS, Paula do Couto. *Código do Trabalho Anotado e Comentado*. 6.^a Ed. Coimbra, Almedina, 2021.

QUINTAS, Hélder e QUINTAS, Paula do Couto. *Manual de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho*. 9.^a Ed. Coimbra, Almedina, 2020.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Estrutura e Aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais*. Trabalho de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Curso de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.

REIS, João Pena dos (coord) et al. *Direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador*. 2.^a Ed.. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. In PIOVESAN, Flávia, GARCIA, Maria. (Org.). *Doutrinas essenciais. Direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 5.^a Ed. São Paulo LTr, 2014.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de Direito do Trabalho*. Parte I. 7.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2019.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de Direito do Trabalho*. Parte III. 3.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza, COSTA, Hermes Augusto. *Trabalhar o Mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização brasileira, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33.^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Brasil: Editora Renovar, 2004.

VARELA, Raquel. *História do Povo na Revolução portuguesa 1974 -1975*. Lisboa: Bertrand, 2014.

Legislação consultada

Decreto-lei 24/2014, de 14 de fevereiro de 2014. Diário da República, 1.º Série. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2014-02-14, n.º 32, pp. 1393 – 1403.

Decreto-lei 57/2008, de 26 de março de 2008. Diário da República, 1.º Série. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2008-03-26, n.º 60, 1747 – 1754.

Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril do 2003. Diário da República, 1.º Série. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003-04-08, n.º 83.

Lei 24/96 de 31 de julho de 1996. Diário da República, 1.º Série. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1996-07-31, n.º 176, pp. 2184 – 2189

Lei 90/2019 de 4 de setembro de 2019. Diário da República, 1ª Série. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2019-09-04, n.º 169, pp 4-18.

Lei 93/2019 – de 4 de setembro de 2019. Diário da República, 1ª Série. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2019-09-04, n.º 169, pp 35-51.

Lei 18/2021 – de 8 de abril de 2021. Diário da República Eletrónico n.º 68/2021, Série I, Pág. 2-3.

Jurisprudência consultada

Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277/2011 DF. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186 DF. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342750/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-186-df-stf>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5826. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925235011/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5826-df-0014392-6020171000000/inteiro-teor-925235052>

Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5829. Relator: Edson Fachin. Disponível em:

<https://www.escavador.com/processos/72048797/processo-adi-5829-do-supremo-tribunal-federal>

Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6154. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924599378/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-6154-df-0024088-5220191000000/inteiro-teor-924599383?ref=feed>

Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33-5: DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, p. 15. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735096/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-33-pa>

Acórdão do Tribunal Constitucional da República da Colômbia SU-519/97. Relator: José Gregório Hernández Galindo. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU519-97.htm>

Acórdão do Tribunal Constitucional de Espanha n.º 50/1991. ECLI:ES:TC:1991:50. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1689>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 208/2019. Processo n.º 253/2018. Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190208.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 49/2019. Processo n.º 1314/17. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190049.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 828/2017. Processo n.º 545/15. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170828.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2008. Processo n.º 714/07. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080174.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2007. Relator: Conselheiro Pamplona Oliveira. Disponível em: <https://www.direitoemdia.pt/search/show/4e60110169558ca8a9ad6c555288422c4dd1f0edc6c1f7d5dfe0453aef83d20f>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 405/2004. Relator: Conselheiro Bravo Serra. Disponível em: <https://www.direitoemdia.pt/search/show/b64b114f1c13e9cd3783c92d41ec0d416f22a0fb2bae4ef03502cf0b19bf4485>

Acórdão do Tribunal Constitucional. Processo n.º 629/1998. Relator: Conselheiro
Tavares da Costa. Disponível em:
<https://www.direitoemdia.pt/search/show/69de7183d7daf27ae76cf8498190742bbe10cb58ecee48bdb97c816bb9a39678>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º579/1998. Relator: Conselheiro Tavares da
Costa. Disponível em:
<https://www.direitoemdia.pt/search/show/6ecb970d94bad57c96a0cc9df47a4e112ec25aab60b0ff0949fab46e98738d2e>



Universidade Portucalense Infante D. Henrique | Rua Dr. António Bernardino de Almeida,
541 4200-072 Porto | Telefone: +351 225 572 000 | email: upt@upt.pt