

JULIANA AUGUSTA MEDEIROS DE BARROS

**A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
EVOLUTIVA E A CIDADANIA SOCIAL:
elementos para uma hermenêutica jurisdicional
de implementação efetiva dos direitos
fundamentais trabalhistas**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. DOUTOR ESTÉVÃO MALLET

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

JULIANA AUGUSTA MEDEIROS DE BARROS

**A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
EVOLUTIVA E A CIDADANIA SOCIAL:
elementos para uma hermenêutica jurisdicional
de implementação efetiva dos direitos
fundamentais trabalhistas**

**Tese de Doutorado apresentada
como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor no
Programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, pela
doutoranda Juliana Augusta
Medeiros de Barros**

**Orientador: Professor Doutor
Estêvão Mallet**

**SÃO PAULO
2012**

RESUMO

Os direitos sociais são fruto das lutas dos indivíduos por melhores condições de trabalho e de vida ao longo dos séculos XVIII e XIX, embora os direitos mínimos dos trabalhadores somente tenham sido sistematicamente inseridos nas Constituições e albergados pelos diplomas internacionais ao no decorrer do século XX. No Brasil, os direitos fundamentais do trabalhador foram elencados na Constituição Federal de 1934 e, a partir de então, foram sendo ampliados até a Constituição Federal de 1988, nomeada de “cidadã”, que inaugurou um marco na constitucionalização desses direitos sociais, integrando-os efetivamente ao rol dos direitos fundamentais, conferindo-lhes aplicabilidade imediata e natureza de cláusulas pétreas. Toda essa sistemática traçada pelo legislador constituinte exige que os aplicadores do Direito tratem esses direitos trabalhistas como realmente fundamentais, inclusive no que tange às questões relativas à eficácia jurídica, efetividade e aplicabilidade. Ao lado do dilema da falta de efetividade das normas que estabelecem esses direitos, pela cultura de seu descumprimento reiterado pelos empregadores, existe outro problema igualmente grave: a ausência de implementação ou a implementação restritiva de vários direitos fundamentais trabalhistas, tanto pela ausência de leis infraconstitucionais que regulamentem as normas que os estatuem, quanto pela interpretação jurisdicional que lhes é conferida. Embora com alguns avanços no campo hermenêutico, a atuação do Poder Judiciário ainda tem sido insuficiente para a implementação plena dos direitos fundamentais sociais, tanto em virtude das resistências externas a uma postura mais ativa do Judiciário, quanto pela tendência de auto-restrição dos juízes em se aceitarem como órgãos legítimos para concretizar os direitos sociais esculpidos na Constituição. Ambos os problemas têm fulcro em uma concepção teórica restritiva de cidadania e, conseqüentemente, do exercício efetivo dos direitos fundamentais sociais pelos seus titulares, e em uma leitura desatualizada da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, que desconsidera o Poder Judiciário como destinatário das normas de direitos fundamentais sociais. Sem embargo, a Constituição de 1988 adotou uma concepção de cidadania ampla, que pode ser denominada de cidadania “social”, pois o cidadão tem não apenas a prerrogativa de exercer os seus direitos políticos e civis, como também os seus direitos sociais, além de poder requerer ao Judiciário a implementação dos direitos cujo exercício se encontra limitado, inclusive pela interpretação involutiva dos dispositivos constitucionais, totalmente desvinculada da realidade social. O cidadão tem garantido constitucionalmente o acesso a uma ordem jurídica justa, no sentido do acesso aos tribunais, do exercício do direito de ação, com todas as garantias concernentes ao devido processo legal, e de uma prestação jurisdicional adequada e em tempo razoável que concretize os direitos reconhecidos em juízo. Para isso, o juiz deve se valer não apenas da utilização de mecanismos processuais adequados, mas também, em se tratando de pleitos que envolvam direitos fundamentais, da interpretação evolutiva, isto é, da atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem a alteração do texto do dispositivo constitucional, em virtude de mudanças sócio-econômico-políticas não previstas pelo constituinte. Embora existam exemplos de decisões, majoritárias ou pontuais proferidas por juízes ou pelos Tribunais do Trabalho, em que se vislumbra a interpretação constitucional evolutiva de alguns direitos fundamentais trabalhistas, para a implementação plena desses direitos a atuação desse ramo especializado do Judiciário deve ser mais incisiva e abrangente. Dessa forma, o intento da presente tese é demonstrar que, para garantir a implementação efetiva de vários direitos dos trabalhadores estabelecidos nos artigos 7º a 11 da CF/88 e artigo 10 do ADCT, a Justiça do Trabalho deverá adotar uma hermenêutica jurisdicional pautada na interpretação evolutiva das normas constitucionais e na concepção ampliada do exercício dos direitos fundamentais, fundada no princípio da cidadania social.

Palavras-chave: Direitos fundamentais trabalhistas. Interpretação constitucional evolutiva. Hermenêutica jurisdicional. Cidadania social. Justiça do Trabalho. Implementação efetiva dos direitos.

ABSTRACT

Social rights are the result of individuals' struggles for better working and living conditions in the eighteenth and nineteenth centuries, although the basic rights of workers have only been systematically inserted in the Constitution and encompassed by international treaties, covenants and declarations in the twentieth century. In Brazil, the fundamental rights of workers were listed in the Constitution of 1934 and, thereafter, have been extended to the Federal Constitution of 1988, referred to as "citizen", which represented a milestone for the constitutionalization of social rights, integrating them effectively to the role of fundamental rights and giving them instant applicability and the quality of entrenched clauses. The same procedure drafted by the constitutional legislators requires that law-enforcers see these labor rights as something really fundamental, including subjects related to the legal effectiveness, efficacy and applicability. Next to the dilemma of lack of effectiveness of the rules that determine these rights, that is to say the employers' culture of a repeated failure to comply with them, there is another equally serious problem: the lack of implementation or putting into effect, in a restrictive way, various fundamental labor rights, both because of the absence of infra-constitutional laws which regulate the rules that set them up, as well as the judicial interpretation they were given. Despite some advances in the hermeneutic field, the judiciary has still been not enough for the full implementation of fundamental social rights, both because of external opposition to a more active role of the judiciary, and by the self-restraint judges' tendency to accept themselves as a right and proper means for achieving the social rights guaranteed by the Brazilian Constitution. Both problems have a restrictive theoretical fulcrum conception of citizenship and, consequently, the effective exercise of fundamental social rights by their holders, and an outdated interpretation of the Montesquieu's theory of separation of powers, which disregards the judiciary as a recipient of the fundamental social rights standards. Nevertheless, the Constitution of 1988 adopted a broad conception of citizenship, which can be called "social" citizenship since citizens has not only the prerogative of exercising their civil and political rights, but also their social rights, as well as requesting the Judiciary for the implementation of rights which exercise is limited, even because of the involuting interpretation of constitutional provisions, totally divorced from social reality. Citizens have a constitutionally guaranteed access to a fair legal system in the sense of accessing courts, exercising the right of action, with all the guarantees pertaining to a due legal procedure and proper adjudication in a reasonable term that makes available the rights recognized in court. For that, judges must not only rely on the use of appropriate procedural mechanisms, but also, in case of claims involving fundamental rights, on the evolutionary interpretation, that is, assigning new content to the constitutional rules, without changing the text of the constitution because of socio-economic and political changes not foreseen by the constituent. Although there are examples of majoritarian or specific decisions taken by judges or by the Labor Courts, which are able to glimpse the evolving constitutional interpretation of some fundamental labor rights, for the full implementation of these rights, the performance of that specialized branch of the judiciary should be more incisive and comprehensive. Thus, the goal of this thesis is to demonstrate that to ensure the effective implementation of various workers' rights, as laid down in Articles 7 to 11 and Article 10 of CF/88 ADCT, the Labor Court should adopt judicial hermeneutics guided by the evolving interpretation of constitutional rules and the ampliative conception of exercising fundamental rights, based on the principle of social citizenship.

Keywords: Fundamental labor rights. Evolving constitutional interpretation. Judicial hermeneutics. Social citizenship. Labor Courts. Effective Implementation of rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	18
2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS	33
2.1	Escorço histórico dos direitos fundamentais	33
2.1.1	<i>Origem dos direitos individuais: dos primórdios às “libertés publiques”.....</i>	<i>33</i>
2.1.2	<i>Do nascimento dos direitos trabalhistas: cerne dos direitos sociais</i>	<i>39</i>
2.1.3	<i>Da evolução dos direitos fundamentais: as dimensões de direitos</i>	<i>50</i>
2.1.4	<i>A importância da constitucionalização dos direitos fundamentais sociais e o fenômeno da constitucionalização dos ramos do Direito.....</i>	<i>56</i>
2.1.5	<i>A internacionalização dos direitos fundamentais</i>	<i>60</i>
2.2	Direitos fundamentais: definição e características	69
2.3	Estrutura das normas de direitos fundamentais	77
2.4	Os direitos fundamentais trabalhistas enquanto direitos sociais	81
2.5	Eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: as peculiaridades dos destinatários das normas fundamentais trabalhistas ..	86
2.5.1	<i>Eficácia, aplicabilidade e efetividade: distinção entre os conceitos</i>	<i>87</i>
2.5.2	<i>Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais trabalhistas</i>	<i>90</i>
2.6	Efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas: a ineficácia social das normas decorrente do descumprimento reiterado dos direitos trabalhistas no Brasil	96
2.7.	A ausência de implementação e a implementação restritiva dos direitos fundamentais trabalhistas diante da atuação da Justiça do Trabalho no Brasil	99
2.8	Os direitos fundamentais trabalhistas na Constituição de 1988	101
2.8.1	<i>Os direitos fundamentais trabalhistas estabelecidos nas Constituições brasileiras antes de 1988</i>	<i>101</i>
2.8.2	<i>A Constituição Cidadã de 1988 como marco dos direitos fundamentais Trabalhistas</i>	<i>106</i>
2.8.2.1	<i>A sistemática dos direitos fundamentais na Constituição vigente</i>	<i>106</i>
2.8.2.2	<i>Os direitos fundamentais trabalhistas na Constituição Federal de 1988</i>	<i>114</i>
3.	A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA COMO MECANISMO DA HERMENÊUTICA JURISDICIONAL	120
3.1	A hermenêutica e a interpretação: diferenciação	120
3.2	Peculiaridades das normas constitucionais que influem na interpretação constitucional	122
3.3	Princípios da interpretação constitucional	125
3.4	Métodos de interpretação constitucional	126
3.4.1	<i>Métodos clássicos ou tradicionais</i>	<i>126</i>
3.4.2	<i>Métodos modernos</i>	<i>129</i>
3.5	As mutações constitucionais	133
3.5.1	<i>A rigidez e as mudanças na Constituição</i>	<i>133</i>
3.5.2	<i>Evolução do conceito de mutação constitucional</i>	<i>137</i>
3.5.3	<i>Fundamento jurídico-político das mutações constitucionais</i>	<i>148</i>

3.5.4	<i>Características e pressupostos das mutações constitucionais</i>	150
3.5.5	<i>Modalidades de mutação constitucional</i>	155
3.5.6	<i>A interpretação constitucional evolutiva como modalidade de mutação constitucional via judicial</i>	164
3.5.6.1	<i>Configuração</i>	164
3.5.6.2	<i>Limites jurídicos à interpretação evolutiva</i>	168
3.5.6.3	<i>A interpretação constitucional evolutiva no Brasil pós-1988</i>	172

4	A CIDADANIA SOCIAL COMO FUNDAMENTO DA HERMENÊUTICA JURIDISCIONAL DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	182
4.1	<i>Cidadania social e direitos fundamentais</i>	182
4.1.1	<i>A relação entre a concepção de cidadania e as teorias restritiva e ampliativa do exercício dos direitos fundamentais</i>	183
4.1.2	<i>Cidadania social e Constituição Federal de 1988</i>	190
4.2	<i>A atuação do Poder Judiciário para a concretização da cidadania social</i>	194
4.2.1	<i>A teoria da separação dos poderes de Montesquieu e sua evolução no tempo</i>	196
4.2.2	<i>A releitura da teoria separação dos poderes no Estado Democrático de Direito Brasileiro</i>	200
4.2.3	<i>A postura do Poder Judiciário no tocante à efetivação dos direitos sociais: concepções possíveis e suas críticas</i>	206
4.2.4	<i>O Judiciário e a cidadania social: a observância do princípio de acesso à justiça</i>	214
4.2.4.1	<i>O acesso a uma ordem jurídica justa</i>	215
4.2.4.2	<i>A implementação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário em face da omissão do legislador e da linguagem aberta dos direitos fundamentais</i>	218
4.2.5	<i>A controvertida questão do ativismo judicial e a visão atualizada da teoria da separação dos poderes</i>	222
4.2.5.1	<i>A judicialização dos conflitos que demandam decisões de natureza política e o ativismo judicial: necessidade ou arbitrariedade</i>	223
4.2.5.2	<i>Possíveis limitações ao ativismo judicial</i>	236

5	A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA E A CIDADANIA SOCIAL: ELEMENTOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL	241
5.1	<i>A Justiça do Trabalho no Brasil e a formação jurídica e humanista dos juízes trabalhistas</i>	241
5.2	<i>A cidadania social como elemento legitimador de uma Justiça Especializada comprometida com os direitos fundamentais trabalhistas</i>	248
5.3	<i>A interpretação evolutiva como mecanismo para a implementação dos direitos fundamentais trabalhistas pela Justiça do Trabalho</i>	258
5.3.1	<i>A interpretação constitucional evolutiva aplicada aos direitos fundamentais trabalhistas: exemplos da doutrina e da jurisprudência dos TRT's e TST e apresentação de propostas</i>	265
5.3.1.1	<i>Direitos relativos à relação de trabalho lato sensu</i>	266
5.3.1.2	<i>Direitos relativos à proteção contra a dispensa e à estabilidade provisória,</i>	272

5.3.1.3 Direitos relativos à remuneração e ao salário	293
5.3.1.4 Direitos relativos à jornada de trabalho	297
5.3.1.5 Direitos relativos à proteção à maternidade e à paternidade	301
5.3.1.6 Direitos relativos à não-discriminação	304
5.3.1.7 Direitos relativos à saúde e segurança no trabalho.....	317
5.3.1.8 Direitos relativos à atuação sindical e à participação coletiva dos trabalhadores	321
6 CONCLUSÃO	331
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	337
ANEXO – TABELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS	350

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas de maior destaque na atualidade é a problemática envolvendo a ausência de uma implementação efetiva cumulada com uma implementação, muitas vezes, restritiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores esculpidos na Constituição Federal de 1988, sobretudo no que concerne aos métodos e mecanismos utilizados pela Justiça do Trabalho para a interpretação e concretização desses direitos humanos.

A terminologia “direitos fundamentais” somente passou a ser utilizada a partir do século XX, no contexto do movimento neoconstitucionalista, que elevou tais direitos à condição de normas essenciais dentro do sistema constitucional¹, e do movimento de internacionalização desses direitos, após a Segunda Guerra Mundial. Sem embargo, a origem dos direitos hoje considerados “fundamentais” remonta ao jusnaturalismo, ganhando visibilidade e destaque com o movimento político e cultural que culminou com a Revolução Francesa e a decorrente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Esse documento, juntamente com a Declaração Americana, de 1776, consagrava como direitos de todos os homens os direitos de liberdade, segurança e propriedade, como uma resistência à opressão e aos excessos do regime absolutista, impondo limites à abusiva atuação do Estado. Nesse contexto, o primado da liberdade consistia na não-atuação estatal e a igualdade cingia-se apenas à concepção formal de todos os indivíduos perante a lei.

Sem embargo, a igualdade formal, ainda que estatuída nas Constituições, não foi suficiente para solucionar o grave quadro de desigualdade social e econômica decorrente das políticas adotadas no regime do Estado Liberal burguês.

Fazendo uma retrospectiva com o objetivo de situar os elementos desencadeadores do surgimento do Direito do Trabalho, retroage-se à dissolução do sistema feudal, momento em que as cidades passam a atrair uma massa de cidadãos pobres, que somente podem vender sua força produtiva para os detentores do capital. Nas grandes fábricas, homens, mulheres e crianças prestam sua mão-de-obra desqualificada, recebendo uma

¹ A grande inovação trazida pelo neoconstitucionalismo, no que tange aos direitos fundamentais, não foi a sua previsão nos textos constitucionais, visto que muitas das Constituições editadas a partir do movimento constitucionalista do século XVIII já traziam em seu bojo um rol de direitos e garantias hoje consideradas “fundamentais”. O grande diferencial do movimento neoconstitucionalista foi elevar os direitos fundamentais à condição de normas essenciais dentro do sistema constitucional, com papel de destaque dentro do texto da Constituição, sendo consideradas materialmente superiores às demais normas constitucionais e dotadas de força normativa suficiente para pautar a forma de sua interpretação e aplicação.

remuneração muito baixa, em virtude do excesso de oferta e da natureza braçal do trabalho desenvolvido.

A evolução da grande indústria passa pela intensificação da utilização das máquinas, da especialização e mecanização das tarefas, de modo a permitir o melhor aproveitamento do tempo e, conseqüentemente, maior eficiência e produtividade. Entretanto, os trabalhadores, encerrados durante horas nas fábricas, exerciam o seu labor em péssimas condições de higiene e salubridade, recebendo uma parca remuneração e sendo superexplorados e oprimidos.

É nesse contexto que nasce o Direito do Trabalho, inicialmente por meio de uma normatização esparsa, com o fim de proporcionar a proteção dos trabalhadores, assegurando patamares civilizatórios mínimos de contratação da força produtiva. O Estado passa a estabelecer normas que irão regular juridicamente a relação de emprego, de maneira a limitar a autonomia das partes na formação e estipulação do conteúdo contratual, fenômeno denominado “dirigismo contratual”.

O discurso social da cidadania, sob a forte influência da concepção marxista-leninista, restou fortalecido após a Primeira Grande Guerra, daí resultando a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador, em 1918, e o leque de direitos estabelecidos na Constituição Mexicana, de 1917, na Constituição de Weimar, de 1919, e nas Constituições de vários países. A partir de então, o direito à abstenção converte-se em direito à atuação estatal voltada a prestações de índole social.

A primeira dimensão dos direitos humanos relativa às liberdades fundamentais foi, então, historicamente complementada pelos direitos sociais, culturais e econômicos considerados de segunda geração – como conquista dos desprivilegiados que reivindicavam o direito de participar do “bem-estar social”, entendido, nas palavras de Celso Lafer, “como bens que os homens, por meio do processo coletivo, vão acumulando no tempo.”²

Mesmo nesse quadro de plena evolução de reconhecimento e proclamação dos direitos humanos, o regime nazista, que fundamentava na lei qualquer ação do Estado para justificar políticas de segregação e de violação de direitos humanos, implicou na ruptura do

² LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 127.

paradigma jusnaturalista, consistente na assertiva de que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente a toda e qualquer pessoa humana.³

Diante do que resultou das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se o consenso da comunidade internacional de que o ser humano tem direitos protegidos pelo direito internacional dos direitos humanos. Os direitos humanos são alçados à dimensão de soberania universal, constituindo preocupação internacional, independentemente da nacionalidade do indivíduo.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – que mereceu aprovação unânime de quarenta e oito Estados, com oito abstenções – introduz-se uma nova linguagem de direitos, combinando-se o discurso liberal da cidadania com o discurso social da cidadania, o que resultou na celebração, em 1966, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais⁴.

Diante dessa nova perspectiva, busca-se evoluir da igualdade formal, antes conquistada e firmada na legislação interna dos países, para a igualdade material ou substantiva, quando os direitos humanos passam a constituir um complexo integral, único e indivisível.

Em virtude das modificações no cenário mundial, da tomada de consciência da existência de nações desenvolvidas e subdesenvolvidas e da deterioração da qualidade de vida humana, a referência individual do ser humano, até então considerada, não tem sido suficiente para atender às necessidades plenas das pessoas, razão por que, já no final da década de setenta, propugnou-se pelo alargamento da dimensão dos direitos humanos, para alcançar aqueles que se assentam sobre a fraternidade, ou seja, os denominados direitos de solidariedade. É nessa fase que são reconhecidos os direitos coletivos e difusos, como aqueles referentes ao desenvolvimento dos povos, ao meio ambiente, à paz, ao direito de comunicação, etc., direitos esses considerados de terceira dimensão. De acordo com Celso Lafer, “esses direitos têm como titular não o indivíduo em sua singularidade, mas sim grupos humanos, coletividades regionais étnicas e a própria humanidade”.⁵

Os direitos fundamentais trabalhistas, direitos sociais em sua gênese e natureza, só podem ser plenamente exercidos pelos seus titulares se direitos básicos de índole individual como o direito à liberdade e o direito à vida, por exemplo, estiverem garantidos.

³ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos direitos fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v.11, n.45, out./dez. 2003, p. 124.

⁴ Ambos os Pactos só foram ratificados pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

⁵ LAFER, Celso. *Op. cit.*, p. 131.

Gracias por visitar este Libro Electrónico

Puedes leer la versión completa de este libro electrónico en diferentes formatos:

- HTML(Gratis / Disponible a todos los usuarios)
- PDF / TXT(Disponible a miembros V.I.P. Los miembros con una membresía básica pueden acceder hasta 5 libros electrónicos en formato PDF/TXT durante el mes.)
- Epub y Mobipocket (Exclusivos para miembros V.I.P.)

Para descargar este libro completo, tan solo seleccione el formato deseado, abajo:

