

O DIREITO AO TRABALHO SOB O CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

THE RIGHT OF WORK UNDER THE CONTEXT OF THE NEOCONSTITUCIONALISM

André Ricardo Lopes da Silva¹

RESUMO

O objeto central do presente artigo é, primeiramente, compreender o “neoconstitucionalismo”, sob um aspecto histórico e conceitual, tendo como pressuposto a valorização do homem, titular dos direitos fundamentais. A partir daí, estudar o direito ao trabalho na condição de um destes direitos fundamentais, e, decorrente deste, do conteúdo do próprio trabalho e a um padrão de trabalho juridicamente protegido, situando-o como um direito intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, um princípio fundamental do homem, do que se depreende que este possui, portanto, este mesmo *status*. Pretende-se, em suma, analisar o direito ao trabalho na condição de um direito fundamental dentre deste Estado Social de Direito, à luz de seus princípios norteadores, através de estudos de doutrinadores constitucionais e trabalhistas, bem como nos textos internacionais e na Constituição Trabalhista, a fim de verificar se – e em que medida - referido direito exerce um papel relevante neste cenário em que se privilegiam valores inerentes à pessoa humana.

Palavras-Chave: Direito ao trabalho; direitos fundamentais; constitucionalismo.

ABSTRACT

The main object of this article is to first understand the "neoconstitutionalism" from a historical and conceptual aspect, with the assumption the value of man, holder of fundamental rights. From there, studying the right to work in the condition of these fundamental rights, and, arising from this, the work content itself and a legally protected work pattern, placing it as a right intrinsically linked to the dignity of the human person, a fundamental principle of man, than it follows that it therefore has the same status. It is intended, in short, to analyze the right to work in the status of a fundamental right from this social state of law in the light of the guiding principles, through studies of constitutional and labor scholars, as well as in international texts and the Labour Constitution in order to determine whether - and to what extent - that law plays an important role in this scenario which emphasize values inherent in the human person.

Keywords: Right to work; fundamental rights; constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O “neoconstitucionalismo”, ou constitucionalismo sob princípios, tem sua concepção dentro de um Estado Social de Direito, o qual, por sua vez, tem como núcleo a dignidade da pessoa humana.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho e Regulação no Estado Constitucional – GPTREC. Advogado Trabalhista no Paraná e em Minas Gerais. E-mail: lopes_2001@hotmail.com

Este conceito de dignidade está diretamente ligado ao trabalho, como condição fundamental de realização do homem. O trabalho, de fato, não está desassociado do homem, sob qualquer aspecto.

O presente estudo pretende analisar o direito ao trabalho na condição de um direito fundamental dentre deste Estado Social de Direito, à luz de seus princípios norteadores, através de estudos de doutrinadores constitucionais e trabalhistas, bem como nos textos internacionais e na Constituição Trabalhista, a fim de verificar se – e em que medida - referido direito exerce um papel relevante neste cenário em que se privilegiam valores inerentes à pessoa humana.

1. O CONSTITUCIONALISMO SOB PRINCÍPIOS E SEU CONTEÚDO AXIOLÓGICO. ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.

Antes de procurar uma definição acerca do conceito de dignidade humana, faz-se necessário, primeiramente, esclarecer que este fundamenta-se na ordem de um Estado Social de Direito, o qual, segundo Paulo Ricardo Schier,

...pressupõe, por definição, a preservação dos valores que, independentemente da circunstância histórica, individualizam o ideal do Estado de Direito, implicando não só a eleição da garantia dos direitos fundamentais como fim basilar do Estado, como também a exigência da racionalização de toda a sua atividade em função daquele objetivo².

Tal concepção de Estado nasceu, conforme este mesmo autor, a partir do levante anticapitalista iniciado na França através de um movimento intelectual de esquerda, mas desenvolvido com mais ênfase na Alemanha a partir das publicações de Karl Marx e Friedrich Engels, legitimando: "... a escolha do núcleo axiológico (...) da ação estatal (...) na busca da efetivação da dignidade humana, que ocupa o centro material da dimensão social do Estado"³.

² SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional – Anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 42.

³ **Idem**. p. 42.

Embora a doutrina dos direitos do Homem já estivesse conformada desde o século XVII através das declarações norte-americanas⁴, foi com a Revolução Francesa, conforme leciona com propriedade Antonio Manuel Hespanha, que

...a Europa foi progressivamente aceitando que o direito é a manifestação de vontade do povo, expressa pelos seus representantes (princípio democrático, soberania nacional), escolhidos estes pela forma que o próprio povo estabeleceu nas constituições dos Estados⁵.

Somente com o passar dos séculos, contudo, é que os documentos jurídicos foram sendo calcados em princípios e valores fundamentais do ser humano, alçando a dignidade humana como o núcleo de um Estado Social, com a contribuição de diversos movimentos e manifestos, como os ocorridos em solo germânico.

Mas foi a partir do segundo pós-guerra que o direito constitucional passou por uma profunda transformação, acompanhando, desta forma, a ideologia inspirada nos direitos fundamentais do homem. Não obstante as constituições do México e de Weimar, já no início do século, tenham sido emblemáticas e pioneiras em um reconhecimento no campo dos direitos sociais, o mundo ainda esperaria algumas décadas para assistir uma guinada nas ordens constitucionais calcada em um vasto conteúdo axiológico e uma promoção, sobretudo, de princípios como o da dignidade humana, da igualdade, entre outros, certamente sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada pela ONU – Organização das Nações Unidas, conforme ressalta Flávia Piovesan:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37. Referido autor ressalta que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, não foi “a que mais cedo veio a luz: foi a Declaração dos Direitos editada pela Virgínia em 1776, antes mesmo da independência das treze colônias inglesas da América do Norte. Esta somente foi estabelecida ela Declaração de 4 de julho de 1776, que contém igualmente o reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos seres humanos. E, depois desta, o exemplo da Virgínia foi seguido pelos novéis Estados independentes (...)”. As declarações americanas influenciaram, sem dúvida, o curso dos acontecimentos franceses, pois eram conhecidas dos revolucionários que muito as apreciavam” (p. 38).

⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 41.

a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶.

Contudo, o positivismo, que, nas palavras de Luis Roberto Barroso pretendeu ser uma “teoria do direito”, e que teve como subprodutos “o fetiche da lei e o legalismo acrítico”, já havia incorporado o direito natural, o qual: “...é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”⁷, não foi substituído de forma automática, mas ideais democráticos e sociais foram sendo implantados gradativamente nos sistemas jurídicos então vigentes, mesmo que diversas garantias estivessem formalmente ali previstas.

Para referido autor: “... a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha”⁸, pois, até mesmo as barbáries eram justificadas em nome da lei. Tais fatos são concomitantes, desta forma, com o nascimento de um novo momento histórico constitucional, que tem seu marco histórico no final da Segunda Guerra Mundial.

A partir de um apanhado dos conceitos de autores como Alexy, Zagrebelsky e Guastini, Luis Prieto Sanchís define como principais características deste “novo” momento constitucional, o neoconstitucionalismo, as seguintes:

...mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, no lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa; onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, no lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas⁹.

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.196.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 260.

⁸ *Idem*. p. 264.

⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 131-132.

Tais características, na visão de Schier, superam um paradigma amplamente legalista, da “letra fria” da lei, um passado marcado pela

...ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição¹⁰.

Explica Ana Lúcia Pereira que, neste novo cenário constitucional,

“...há uma maior preocupação com a efetividade das prescrições de direitos fundamentais, o que tem levado o julgador a proceder a uma leitura valorativa da constituição. Esta (...) significa uma aproximação voluntária do julgador à realidade que o circunda, o que o faz decidir pragmaticamente, atuando como “legislador negativo” (...)”¹¹.

Ficam bem delimitadas, portanto, as principais diferenças de racionalidade entre um e outro modelo.

Susanna Pozzolo, a seu turno, ressalva que embora exista uma aparente incompatibilidade entre o “positivismo jurídico” e o “Direito de Estado Constitucional”, é possível a conexão entre tais teorias, sem que necessariamente se exclua entre uma e outra. Para esta autora, a metodologia juspositivista não pode ser abandonada, até porque, mesmo em uma constituição de “valores”, há uma subordinação legislativa, bem como uma limitação do legislador à norma.

O neoconstitucionalismo, assim, não pode substituir o papel do positivismo jurídico em uma análise teórica-científica do Direito, a qual também não deixa de agregar concepções políticas e morais. Entende desnecessária, outrossim, a tese da conexão entre Direito e moral, pois: “o reconhecimento do valor jurídico da

¹⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto937.pdf>
Acesso em 16.10.2014. p. 5.

¹¹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção**. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia. v. 2 (2007) p. 15. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/108/107>. Acesso em 27.09.2015.

Constituição e sobretudo de seus princípios não necessita, ao menos do ponto de vista teórico, um englobamento do Direito na moral¹².

De todo modo, a despeito de tal cizânia doutrinária, é certo que há um consenso de que as normas jurídicas devem ser interpretadas tendo como vetor o princípio da dignidade humana; é este que deve permear, portanto, todo o sistema jurídico.

A constitucionalização do direito, assim, teve como intuito e sentido, segundo Rodrigo Goldschmidt: "...soprar para dentro do direito positivo a alma da ética e dos valores, protegendo o homem das arbitrariedades e da tirania realizadas sob o manto da legalidade distorcida e instrumentalizada para fins egoístas e escusos"¹³.

Tratando da dignidade da pessoa humana em sua dimensão jurídica, podemos conceituá-la, segundo as lições de Ingo Sarlet, como:

...a qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁴.

Importante, contudo, ressaltar que o conceito da dignidade não pode partir da concepção individual, da autonomia do próprio sujeito, mas: "...pensada a partir de nossa sociedade, de nosso direito, de nossa constituição e de nossos valores"¹⁵.

2. A DIGNIDADE HUMANA E O TRABALHO.

No mundo do trabalho, a conexão entre este e a dignidade parece muito clara, conforme ressalta Leonardo Wandelli, para quem

¹² POZZOLO, Susanna. *Um constitucionalismo ambiguo*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 210.

¹³ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade humana como forma de resistência**. São Paulo: LTr, 2009. p. 64.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-60.

¹⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios...** p. 22.

...não há como se pensar, normativamente falando, a dignidade da pessoa humana, vista como fundamento de toda a ordem constitucional conforme o art. 1º, III, de forma desconectada do trabalho, como dimensão essencial para uma vida digna¹⁶.

Daniela Muradas Reis faz uma ilação ao Tratado de Versalhes, quando afirma que este: "...positivou o imperativo ético-jurídico do trabalho não ser simples mercadoria ou artigo de comércio, reconhecendo, pois, a dignidade própria da pessoa humana e o valor ínsito ao trabalho"¹⁷.

Referida opinião é compartilhada por Goldschmidt, no sentido de que, a despeito de o conceito de "dignidade humana" não estar inserido textualmente neste tratado,

...em verdade dela se ocupou e protegeu ao proclamar que "o trabalho não será considerado mercadoria ou artigo de comércio", adotando a concepção kantiana que, ao tratar da dignidade humana, veda que o homem seja instrumentalizado para qualquer fim¹⁸.

Afirma ainda referido autor, nesta mesma linha do raciocínio, que

...reconhecendo a normatividade do princípio da dignidade humana e dando-lhe correto tratamento hermenêutico, é possível resgatar, de forma eficaz, a centralidade do homem no sistema jurídico. Com efeito, o trabalho é indissociável do homem. Logo, o trabalhador não pode ser tratado como um objeto, um mero fator de produção ou, ainda, como uma engrenagem da linha produtiva¹⁹.

Da mesma forma, Sarlet destaca que, para a garantia destas condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, assumem especial relevo: "os direitos sociais ao trabalho e a um sistema efetivo de seguridade social"²⁰. Sendo um princípio fundamental estruturante, "não impõe apenas um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo"²¹.

¹⁶ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012.. p. 36.

¹⁷ REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p. 51.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Op. cit.** p. 142.

¹⁹ **Idem.** p. 107.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104.

²¹ **Idem.** p. 106.

Tendo como pressuposto básico o fato de que o direito é um produto de uma determinada ordem de relações sociais, segundo as lições de Joaquín Herrera Flores, consideramos que os direitos resguardados à classe trabalhadora, por meio das normas internacionais, dispositivos constitucionais trabalhistas e a legislação ordinária pertinente à matéria, revestem-se de especial conotação, no sentido não só social como um meio de realização, no aspecto material e moral. Obviamente, há a necessidade de se dar efetividade ao cumprimento destas normas, o que se dará: “por intermédio de grupos sociais e as relações deles nascidas”²².

Por sua vez, Jorge Luiz Souto Maior afirma que o direito reflete os vários antagonismos existentes na sociedade:

...não existe uma correlação exata entre exigência social e resposta do direito, até porque a exigência social pode resultar de interesses camuflados. O direito apresenta-se como uma estrutura que reflete os vários antagonismos sociais. Será um fator de ajuste social na medida em que for suficientemente apto a resguardar o maior número desses interesses²³.

De fato, Delgado destaca, entre outros diversos fatores para o processo de formação e consolidação dos direitos sociais, em especial o direito do trabalho, o caráter *político*, mencionando

“...as ações gestadas e desenvolvidas no plano da sociedade civil e do Estado, no sentido de fixar preceitos objetivos para a contratação e gerenciamento da forma de trabalho componente do sistema produtivo e então estruturado”²⁴.

Considerando que, do ponto de vista do processo capitalista de produção, no qual a exploração do trabalho alheio constitui fonte de riqueza, e onde o trabalho significa mero fator de sobrevivência²⁵, a criação contínua de condições para tais direitos se desenvolvam, e, sobretudo, com ênfase no princípio da dignidade humana, vem a ser condição essencial para esta efetividade.

²² HERRERA FLORES, Joaquín. *16 Premisas de una teoría crítica del derecho*. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. *passim*.

²³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000. p. 161.

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 84-85.

²⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho, volume I: parte I**. São Paulo: LTr, 2011 p. 39.

Referido princípio, mais especificamente no direito do trabalho, vem a compor seu primeiro plano de diretrizes, dele irradiando-se outros princípios, como o da *não-discriminação, da justiça social e da equidade*²⁶.

Sendo indene de dúvidas, desta forma, que o trabalhador é titular da dignidade humana, no caso da Constituição brasileira vigente, servimo-nos das lições de Sayonara Silva, para quem

...o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais denota uma expansão da dimensão pública das relações laborais. No caso brasileiro, mais que um deslocamento topográfico, a subtração da regulação do trabalho do Capítulo da ordem econômica promovida pelo constituinte de 1988 e seu deslocamento para o Título II, significaria o reconhecimento de que o local de trabalho, no que concerne ao exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores, é um espaço público por excelência²⁷.

Também neste mesmo sentido, fazemos uso – mais uma vez - das palavras de Souto Maior, que, com habitual propriedade, adverte que mesmo nos dias atuais tal preocupação torna-se latente, diante de um cenário em que direitos e garantias veem-se cada vez mais ameaçadas pela “necessária revitalização” de normas, direitos e garantias:

O que parece incontestável é que o trabalho representa, por si, um valor fundamental para o ser humano, mas o trabalho inserido em relações capitalistas, servindo à reprodução do capital e ao mesmo tempo ao sentimento de pertencimento a esta mesma sociedade por parte do trabalhador, que perde, assim, a noção de sua exploração ou a aceita como forma de gratidão à oportunidade oferecida, tende a transformar o trabalho em mercadoria e o homem na coisa, a máquina motriz, que o expele. Valorizar socialmente o trabalho não é fixar o valor que o trabalho possui nas relações de troca que se estabelecem no regime capitalista, mas estabelecer um padrão de análise que priorize o ser humano em detrimento do interesse econômico, ainda que para tanto o próprio interesse do homem, mercantilizado, seja contrariado. Equivale a reafirmar o pressuposto de que o trabalho humano não é mercadoria de comércio que se desvincule do ser que o exerce. O trabalho é um valor relevante na justa medida – em quantidade e qualidade – em que sirva à preservação à elevação da condição humana e não como fator de destruição da dignidade²⁸.

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Op. cit.** p. 73.

²⁷ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Direitos fundamentais, garantismo e direito do trabalho*. In: RAMOS FILHO, Wilson; (coord). et al. **Jurisprudência crítica e crítica da jurisprudência: trabalho e regulação no Estado Constitucional**. São Paulo: LTr, 2013. p. 144.

²⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**. p. 39.

O maior desafio do direito, atualmente, talvez seja o de fazer essa dignidade ser reconhecida, para que a força de trabalho, ainda que sob a égide do sistema capitalista, não seja “coisificada”, tratada como mera mercadoria, em detrimento dos mais basilares preceitos inerentes à pessoa do trabalhador.

3. O DIREITO AO TRABALHO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Norberto Bobbio destaca que o direito ao trabalho surgiu de forma acanhada no título I da Constituição Francesa de 1791, para os: “pobres válidos que não puderem consegui-lo”, sendo: “reafirmados solenemente nos artigos 21 e 22 da Declaração dos Direitos de junho de 1793”²⁹, tendo se tornado: “um dos temas do debate acalorado, apesar de estéril, na Assembleia Constituinte francesa de 1848, deixando, todavia, um fraco vestígio no artigo VIII do Preâmbulo”³⁰.

Com a encíclica “*Rerum novarum*”, de 1891, é possível, segundo este autor, perceber uma ênfase ao reconhecimento de diversos direitos sociais de “tradição socialista”, donde: “...dá-se destaque especial ao direito ao trabalho, que para ser protegido em seus vários aspectos – o direito a um salário justo, o direito ao devido descanso, à proteção das mulheres e das crianças – invoca a contribuição do Estado”³¹, a quem, lembra Arnaldo Sussekind: “compete velar para que as relações de trabalho sejam reguladas segundo a justiça e a equidade, e para que nos ambientes de trabalho “não seja lesada, nem no corpo nem na alma, a dignidade da pessoa humana”³².

Wandelli, por sua vez, destaca o caráter de oposição deste direito, frente à exploração do trabalho, o qual

“...surge primeiro como pretensão crítica frente aos direitos humanos do individualismo burguês, denunciando as vítimas da nova institucionalidade que substituíra a ordem medieval. Mediante lutas sociais intensas, alcança algum reconhecimento institucional, ainda que de forma subordinada àqueles “primeiros” direitos humanos burgueses”³³.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 206.

³⁰ **Idem**. p. 206.

³¹ **Ibidem**. p. 207.

³² SUSSEKIND, Arnaldo (et al.). **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. atual. São Paulo: LTr, 1996. v. 1. p. 96-97.

³³ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental...** p. 75.

No século XX, e, partindo da premissa do direito ao trabalho também como um ideal de reconhecimento e realização, podemos identificar tais preceitos na Declaração da Filadélfia, de 1944, que, nas palavras de Daniela Muradas Reis, visou: "...assegurar à pessoa humana padrões objetivos de reprodução social e permitir a distribuição equitativa dos frutos do progresso econômico-social"³⁴, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³⁵, em seu artigo, 23, I, dispõe neste mesmo sentido, o mesmo se dizendo da Organização Internacional do Trabalho e sua convenção nº 122, sobre política de emprego³⁶, ratificada pelo Brasil, e, ainda, o contido no protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica, o qual consagra definição abrangente do direito ao trabalho, calcados em ideais de dignidade e decoro³⁷.

A própria Constituição Federal brasileira, neste sentido, também estaria abarcando, em diversos artigos e incisos, o direito ao trabalho, concedendo-lhe o tratamento de um direito fundamental. Lembra Wandelli que o texto constitucional

...tem um sólido plexo normativo que propicia a mais alta hierarquização axiológica do trabalho, como mediação central da dignidade humana, como princípio normativo fundamental da República, da ordem econômica e da

³⁴ REIS, Daniela Muradas. **Op. cit.** p. 58.

³⁵ "Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego (...)". Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 04.04.2015.

³⁶ Na exposição de seus motivos, referida Convenção declara que "... nos termos da Declaração de Filadélfia cabe à Organização Internacional do Trabalho examinar e considerar as repercussões das políticas econômicas e financeiras sobre política de emprego à luz do objetivo fundamental, segundo o qual todos os seres humanos, qualquer que seja sua raça, credo ou sexo, tem o direito de assegurar o seu bem-estar material e o seu desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades", acrescentando, em seu artigo 2º, "c", que a política visando promover o pleno emprego procurará garantir "que haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir as qualificações necessárias para ocupar um emprego que lhe convier e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social". Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/479>. Acesso em 10.05.2015.

³⁷ O artigo 6º do Protocolo adicional dispõe no item 1 que: "Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita", e em seu item 2: "Os Estados-Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente às referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados-Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho". Referido protocolo foi ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 56, de 19.04.1995. Íntegra do documento disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-52.htm>. Acesso em 04.04.2015.

ordem social, ao passo que positiva grande número de dispositivos que, em maior ou menor medida, contemplam aspectos do direito ao trabalho, concretizando-o em normas específicas ou fortalecendo seu âmbito geral³⁸.

Sobre o papel que o direito ao trabalho desempenha no neoconstitucionalismo, importante ressaltar que o artigo 1º da Constituição pátria traz como *fundamento* da República Federativa do Brasil, além da dignidade da pessoa humana, referida no seu inciso III, também os valores sociais do trabalho, em seu inciso IV.

No artigo 6º, menciona o trabalho como um dos direitos sociais, apresentando no artigo 7º um extenso rol de direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais.

Sob este contexto, o direito ao trabalho possui um status de direito fundamental, pois, conforme ressaltava Wandelli, está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana - um princípio fundamental do homem, como antes visto - do que se depreende que este direito goza, portanto, deste mesmo *status*.

Neste contexto, partindo do princípio da dignidade da pessoa humana passando pelo próprio reconhecimento de diversos direitos sociais – além do próprio direito ao trabalho - como fundamentais, este mesmo autor destaca:

...não há como conceber a dignidade da pessoa humana, como fundamento nuclear de todo o ordenamento jurídico, de modo tal que não contemple a intensa vinculação como o trabalho enquanto dimensão essencial dessa dignidade”, sendo “explícito, pois, o vínculo direto entre dignidade e direito ao trabalho³⁹.

E nem poderia ser de outro modo, pois o homem tem o trabalho como um de seus principais (senão o principal) modo de vida, onde, ao mesmo tempo em que tem a oportunidade de exercer um ofício e praticar suas habilidades, não só como meio de subsistência, mas na condição de integrante de uma coletividade, deve ter seus direitos, suas garantias fundamentais e, sobretudo, sua dignidade, plenamente resguardados, independente mesmo porque, conforme Christophe Dejours, se o trabalho pode gerar o pior, pode também gerar o melhor:

³⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Valor social do trabalho e dignidade na Constituição*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 253-254.

³⁹ **Idem**. p. 255.

...graças à sua relação com o trabalho, numerosos seres humanos conseguem realizar-se, mesmo emancipar-se. E, com efeito, é graças ao trabalho que as mulheres conquistaram novos direitos e podem se emancipar da dominação dos homens (dominação de gênero). Pode-se mostrar assim que, sob certas condições, é na relação com o trabalho coletivo, em particular na construção da cooperação, que os seres humanos podem aprender, *in statu nascendi*, a se implicar em um exercício de democracia⁴⁰.

O termo “trabalho” se compreendido por uma concepção moral, possui o sentido de valorização do homem. Conforme lembra Karl Polanyi,

...separar o trabalho das outras atividades da vida e sujeita-lo às leis do mercado foi o mesmo que aniquilar todas as formas orgânicas da existência e substituí-las por um tipo diferente de organização, uma organização atomista e individualista⁴¹.

Desta forma, há que se partir do pressuposto de que o direito ao trabalho vai muito além de um direito a um posto de trabalho, desdobrando-se em diversos prismas. Sua vinculação com a dignidade humana é evidente; mas, também, pelo que se depreende do que foi antes visto, sua interligação com o sentido do trabalho para o homem é inquestionável.

A maior celeuma, contudo – e isto é reconhecido para aqueles que se debruçam sobre esta temática - é no sentido da compatibilidade e a da efetividade deste direito em uma sociedade capitalista, seja esta efetividade em caráter positivo (a possibilidade de exigir que alguém dê trabalho a outrem), como em caráter negativo (limitar as ações que venham a violar este direito)⁴². E não só isso, qual seria, de fato, o conteúdo deste direito?

Na questão de sua efetividade, conquanto o direito ao trabalho tenha se edificado como a grande reivindicação dos trabalhadores ao longo do século XI e XX, os quais passaram a tomar consciência: “de sua condição de sujeitos produtores

⁴⁰ DEJOURS, Christophe. *Prefácio*. In: WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental...** p. 14.

⁴¹ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 198.

⁴² WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental...** p. 38.

que têm as condições de vida obstruídas pelo capital”⁴³, seu objeto: “não só não se efetivou, mas parece que esmaece, cada vez mais no horizonte (...)”⁴⁴.

Portanto, primeiramente, deve-se perquirir o que se está buscando efetivar, ou dito de outro modo, sob que bases e fundamentos se dá o direito ao trabalho.

Se não podemos tomar como premissa a singela ideia de um direito a um posto de trabalho, pois isto poderia implicar, não raras vezes, segundo Wandelli,

...ao direito a um trabalho assalariado estruturalmente escasso e que, nas condições atuais, mesmo naqueles ainda mais reduzidos casos em que propicia a reprodução do trabalhador enquanto força de trabalho viva, nem sempre guarda similitude com alguma visão aceitável de vida digna.

Com efeito, a marca do trabalho assalariado é a de uma relação social na qual, por diversos mecanismos estruturais de violência e poder, a maioria das pessoas é compelida a vender a sua força de trabalho como única alternativa para reproduzir-se. A reprodução do capital torna-se a condição de possibilidade da reprodução do trabalhador⁴⁵.

Assim, para esta compreensão: “é necessário procurar pensar o conteúdo do direito ao trabalho para além do reducionismo moderno que levou esse direito a um beco sem saída”⁴⁶. E, para tanto, deve-se trabalhar com o conceito de *trabalho vivo* como “o ponto de apoio necessário para alavancar o direito ao trabalho”⁴⁷.

Distingue-se, portanto, o trabalho vivo do trabalho objetivado. Com base nas interpretações de Enrique Dussel e Emanuel Lévinas, através da concepção clássica de Marx, Wandelli ressalta a relação de alteridade entre trabalho vivo e capital:

No primeiro caso, trabalho é já subsumido pelo capital, ou seja, é capital enquanto trabalho objetivado. Sua existência é a existência do capital, dela dependendo inteiramente. No segundo caso, a subjetividade corporal do trabalhador, ainda não subsumida pelo capital, é o outro absoluto do capital. Ou seja, enquanto trabalho vivo, sua existência de nenhuma forma é uma determinação do capital. Essa transcendentalidade da subjetividade frente ao processo de subsunção pelo sistema do capital, como trabalho objetivado, se mantém em algum grau, guardando sempre antes, durante e depois da subsunção uma certa exterioridade. Reside aí a diferença entre trabalho vivo e trabalho objetivado, subsumido, alienado⁴⁸.

⁴³ **Idem.** p. 24.

⁴⁴ **Ibidem.** p. 24.

⁴⁵ **Ibidem.** p. 43.

⁴⁶ **Ibidem.** p. 46.

⁴⁷ **Ibidem.** p. 50.

⁴⁸ **Ibidem.** p. 51.

Sempre haverá, desta forma, uma parte do trabalho que não será subsumida ao capital, donde reside a capacidade criadora, inovadora, da corporalidade humana. Esta seria a principal razão, segundo este mesmo autor, para se compreender o direito ao trabalho como algo além do direito à subsistência, sob o capital⁴⁹.

E é a partir da irredutibilidade do trabalho vivo que deve se ter em conta um duplo papel do direito ao trabalho,

...enquanto direito humano institucionalizado e falível que deve tensionar a transformação dos momentos da prática institucional que levam à sua negação e o direito ao trabalho enquanto dimensão crítica radical frente à institucionalidade do capital que subsume o trabalho humano invertendo a relação sujeito-instituição⁵⁰.

A partir deste ponto, revela-se também o sentido emancipador do direito ao trabalho, com a conotação de *liberdade*: “enquanto atividade intencional de transformação do real no curso da qual se dá a descoberta e o desenvolvimento das potencialidades humanas”⁵¹, ainda que este seja ocultado, desvalorizado, pela lógica capitalista.

Sob este aspecto, assiste razão a Giovanni Alves quando afirma que: “A “captura” da subjetividade do homem-que-trabalha pelos valores-fetiche-do-capital no capitalismo global é um aspecto da corrosão da capacidade subjetiva do homem flexível que se dobra às injunções da ordem do capital”⁵², mas, a despeito disso, como defende Wandelli, é justamente nesta contradição, ou, neste paradoxo, que reside o aspecto mais relevante da reivindicação do trabalho como um direito nesta sociedade⁵³.

Explica este autor que não só o texto constitucional brasileiro como as normas internacionais que tratam do direito ao trabalho, ou de seu valor social, juntamente com a livre iniciativa, a propriedade privada e a compra e venda da força de trabalho, estão na verdade a ressaltar esta contradição: “tensionando e contrarrestando essa tendência negadora advinda da maximização da rentabilidade e

⁴⁹ *Ibidem*. p. 51.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 51.

⁵¹ *Ibidem*. p. 59.

⁵² ALVES, Giovanni. **Dimensões da precarização do trabalho: ensaios de sociologia do trabalho**. Bauru: Canal 6, 2013. p. 117.

⁵³ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental...** p. 59.

reafirmando, mesmo parcial e limitadamente, a dimensão da liberdade do trabalho”⁵⁴.

A dimensão com a qual se trata a liberdade, aqui, portanto, é distinta de sua concepção clássica, e parte muito mais de um princípio de emancipação do próprio homem para consigo mesmo.

Aqui, nos parece que a questão da alegada incompatibilidade do direito ao trabalho na sociedade capitalista resta, portanto, resolvida. Não há óbice para o reconhecimento deste direito, ou ao menos de sua legitimidade reivindicatória.

Portanto, a partir do pressuposto de que o direito ao trabalho possui um status de direito fundamental, é imprescindível sua efetividade, sob pena de tornar-se letra morta. Ana Lúcia Pereira autora que uma eficácia positiva, assim, considerada esta como uma das “frentes” da eficácia plena das normas fundamentais, diz respeito a uma atuação estatal, de caráter comissivo:

Procedendo a um refinamento dessa atuação, chega-se ao nível de *prestações materiais para a realização de direitos fundamentais*. Quando essas prestações materiais identificam-se com aquilo que seja necessário à satisfação das necessidades humanas, chega-se ao que a doutrina denomina mínimo existencial⁵⁵.

Assim, se de fato há uma celeuma jurídica acerca da efetividade do direito ao trabalho, não se pode questionar que é plenamente justificável e válida a busca desta efetividade. Não somente os atuais textos constitucionais, de vasto conteúdo axiológico, como as declarações internacionais, não deixam dúvidas a respeito disso. Uma leitura dos diversos elementos que formam o conteúdo do próprio trabalho, e, sobretudo, de sua vinculação com o princípio da dignidade humana, permite, por si só, reconhecer a importância deste para a construção e desenvolvimento de sua personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁵⁴ **Idem**. p. 61-62.

⁵⁵ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *O conteúdo e alcance do art. 5º, § 1.º, da CF/1988*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 384.

A despeito de algumas divergências doutrinárias sobre o fato de representar um novo constitucionalismo ou ser tão somente o positivismo visto sob outra leitura, é certo que o constitucionalismo pós segunda guerra, o “neoconstitucionalismo”, encontra-se permeado de normas de sentido axiológico, preservando os valores centralizados nos direitos do homem, na dignidade humana.

O trabalho deve representar para o homem um ideal, no sentido de emancipação, sob o risco de ser tratado como mera mercadoria, razão pela qual se invoca o direito ao trabalho, assim concebido como algo maior do que o simples direito a um posto de trabalho.

O direito ao trabalho, sem embargo de estar diretamente relacionado com as necessidades (morais e materiais), é um dos conceitos que mais representam os valores de reconhecimento, de realização, de pertencimento a uma coletividade, donde se ressalta, desta forma, sua vinculação com um sentido de dignidade, um princípio fundamental do homem, do que se depreende que este direito goza, portanto, deste mesmo *status*. Possui, assim, um papel relevante no Estado de Direito.

Há que invocar, desta forma, um dever de proteção eficaz do Estado, e também dos próprios julgadores, que devem sempre fazer uma leitura em um sentido valorativo da Constituição, preservando o caráter fundamental daquele direito.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVES, Giovanni. **Dimensões da precarização do trabalho: ensaios de sociologia do trabalho**. Bauru: Canal 6, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DEJOURS, Christophe. *Prefácio*. In: WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012.

SILVA, André Ricardo Lopes. **O Direito ao Trabalho sob o Contexto do Neoconstitucionalismo**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº 14, jan/jun 2016. ISSN 2175-7119.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade humana como forma de resistência**. São Paulo: LTr, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. *16 Premisas de una teoría crítica del derecho*. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13-22.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 04.04.2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo adicional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais - "Protocolo de San Salvador"**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-52.htm>. Acesso em 04.04.2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 122 sobre política de emprego**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/479>. Acesso em 10.05.2015.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção**. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia. v. 2 (2007) p. 1-33. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/108/107>. Acesso em 27.09.2015.

_____. *O conteúdo e alcance do art. 5º, § 1º, da CF/1988*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 368-387.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

SILVA, André Ricardo Lopes. **O Direito ao Trabalho sob o Contexto do Neoconstitucionalismo**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº 14, jan/jun 2016. ISSN 2175-7119.

POZZOLO, Susanna. *Um constitucionalismo ambiguo*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 187-210.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional – Anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Artigo publicado em Mundo Jurídico. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto937.pdf>>. Acesso em 16.10.2014.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Direitos fundamentais, garantismo e direito do trabalho*. In: RAMOS FILHO, Wilson; (coord). et al. **Jurisprudência crítica e crítica da jurisprudência: trabalho e regulação no Estado Constitucional**. São Paulo: LTr, 2013. p. 137-153.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho, volume I: parte I**. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo (et al.). **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. atual. São Paulo: LTr, 1996. v. 1.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Valor social do trabalho e dignidade na Constituição*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 245-264.

SILVA, André Ricardo Lopes. **O Direito ao Trabalho sob o Contexto do Neoconstitucionalismo.**
ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano
VIII, nº 14, jan/jun 2016. ISSN 2175-7119.