

DIREITO SOCIAL AO TRABALHO

EDILTON MEIRELES*

RESUMO: Este artigo trata do princípio do direito ao trabalho enquanto direito social fundamental previsto na Constituição brasileira de 1988. Busca-se apontar os desdobramentos que se extrai da garantia do direito ao trabalho e do princípio do pleno emprego.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao Trabalho; Pleno Emprego; Constituição Laboral.

ABSTRACT: This article deals with the principle of right to work as a fundamental social right in the Brazilian Constitution of 1988. It intends to point out the consequences extracted from the rule which assures to the citizens the right to work and the principle of full employment.

KEYWORDS: Right to Work; Full Employment; Labor Constitution.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Princípio do direito ao trabalho (ou da proteção do emprego do pleno emprego); 1.1. Constituição da relação de emprego; 1.2. Desenvolvimento da relação de emprego; 1.3. Extinção do contrato de emprego; 2. Opção do Constituinte pelo contrato de emprego e a proteção contra desproteção empregatícia; 2.1. Atleta não-profissional; 2.2. Trabalhadores em campanhas eleitorais; 2.3. Estagiário e o aprendiz; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. Principle of the right to work (or employment protection of full employment); 1.1. Constitution of the employment relationship; 1.2. Development of the employment relationship; 1.3. Termination of the employment contract; 2. Constituent option in the contract of employment protection and deprotection's employment; 2.1. Non-professional athlete; 2.2. Workers in election campaigns. 2.3. Trainee and apprentice; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Difícil é indicar, sem contestação, o rol dos princípios constitucionais do trabalho. Essa é uma tarefa ingrata, seja porque há séria confusão, dentre os doutrinadores, entre regra e princípio¹, seja pela tendência pródiga dos estudiosos em apontar um rol extenso de princípios constitucionais do trabalho.

Artigo recebido em 14.07.2010. Pareceres emitidos em 6.09.2010 e 12.09.2010.

Artigo aprovado para publicação em 29.09.2010.

* Pós-doutorando em Direito na Universidade de Lisboa. Doutor em Direito (PUC/SP). Desembargador do Trabalho do TRT da 5ª Região. Professor Adjunto da UFBA e Professor da Universidade Católica do Salvador.

¹ Dados os objetivos do presente trabalho, propositadamente deixaremos de tratar especificamente sobre as diferenças entre regras e princípios, remetendo o leitor para farta doutrina acessível no Brasil que cuida desse importante tema. Recomendamos, assim, as seguintes obras: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y

À luz do direito constitucional português, por exemplo, José Barros Moura chega a apontar onze princípios², enquanto que, no Brasil, Arnaldo Süssekind, defende serem quatro os princípios constitucionais específicos do direito do trabalho: da proteção, da não-discriminação, da continuidade da relação de emprego e da irredutibilidade do salário³.

Percebe-se nesses doutrinadores que é comum apontar princípios tradicionalmente trabalhistas sem os extrair do texto da Constituição, a exemplo do princípio protetor. Este foi, em verdade, constitucionalmente agasalhado pelo direito do consumidor (inciso V do art. 170 da CF). Já quanto ao direito do trabalho, quando muito, ele decorre de outros princípios estampados no Texto Maior.

O princípio da proteção, em verdade, não está claramente revelado na Constituição Federal, assim como em relação ao direito do consumidor (inciso XXXII do art. 5º), como um princípio do direito do trabalho. Contudo, ele decorre, como verdadeiro sub-princípio, de, pelo menos, um outro princípio extraído da Carta Magna, que seria, ou do princípio do não-retrocesso social (parte final do caput do art. 7º) ou do princípio da valorização do trabalho humano (caput do art. 170 c/c inciso IV do art. 1º).

Daí porque preferimos indicar como sendo dois os princípios constitucionais especificamente trabalhistas: 1º – o valor social do trabalho ou da valorização do trabalho humano; 2º – o direito ao trabalho ou princípio da proteção do emprego (busca do pleno emprego).

Abaixo cuidaremos do princípio do direito ao trabalho.

1. PRINCÍPIO DO DIREITO AO TRABALHO (OU DA PROTEÇÃO DO EMPREGO DO PLENO EMPREGO)

A Carta Magna, ao menos em três passagens, faz menção à proteção do emprego. A primeira menção encontramos – talvez a mais importante –, no art. 6º, quando este dispõe que é direito social o trabalho.

A segunda agasalha-se no inciso I do art. 7º da Constituição, ao estabelecer a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, ainda que esta se resuma à mera indenização compensatória.

Por fim, a encontramos no art. 170 da CF, quando esta inclui, dentre os princípios que regem a nossa Ordem Econômica, a busca do pleno emprego (inciso VIII).

Observe-se, de logo, que a nossa Constituição possui expressa disposição assegurando o direito ao trabalho (art. 6º), tais como a portuguesa (art. 58, 1), a espanhola (art. 35.1) e a italiana (art. 4º)⁴. Além disso, do princípio do pleno emprego

constitucionales. 2002; e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

² José Barros Moura, A Constituição portuguesa e os trabalhadores – da revolução à integração na CEE, p. 826-837. São eles: da proteção, da liberdade sindical, da autonomia coletiva, do direito ao conflito coletivo, da participação, inclusive nas funções públicas, do controle, da ordem pública social, da legislação promocional e da unicidade do direito do trabalho.

³ Direito Constitucional do Trabalho, 3. ed, p. 68-73.

⁴ Ao que parece, o primeiro texto a mencionar o direito ao trabalho foi o Código Geral do Estado Prussiano de 5 de fevereiro de 1794, que previa a obrigação estatal de procurar “um trabalho adequado a quem não tiver meios de ganhar por si mesmo a vida”. Tradução do Autor, in Rafael Sastre Ibarreche,

extraímos essa vantagem⁵. Isso porque, quando se busca garantir o pleno emprego, por óbvio, estar-se a assegurar o direito ao trabalho subordinado, até porque aquele só se realiza através deste.

Óbvio, ainda, que quando se estabelece que o trabalho é um direito social, se quer afirmar que todos têm direito ao trabalho⁶. Ele, aliás, é o primeiro dos direitos sociais⁷ e, ao certo, o mais controvertido e ambíguo. E à essa conclusão - quanto a existência do direito ao trabalho - se pode chegar também a partir da conjugação de diversas regras constitucionais que buscam assegurar ou proteger o emprego.

Tal se retira, por exemplo, das regras constitucionais que estabelecem uma política de formação e readaptação profissional, tais como o art. 203 que preceitua que a assistência social tem por objetivos “a promoção da integração ao mercado de trabalho” (inciso III); a regra que fixa que a educação “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205), devendo a lei estabelecer o plano nacional de educação “visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à... formação para o trabalho” (art. 214, IV).

O mesmo se diga, em área mais específica, quando estabelece que “o Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho” (art. 218, § 3º). Além disso, cabe lembrar que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito... à profissionalização...” (art. 227).

Nesta mesma trilha, cabe citar as regras que apontam para uma política de desenvolvimento e da “redução das desigualdades regionais e sociais” (art. 170, VII), a fim de assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social (*caput*, art. 170), lembrando que tais pretensões se revelam como objetivos fundamentais do Brasil (art. 3º, incisos III e IV).

Ora, numa sociedade capitalista, a desigualdade social se combate através da distribuição de renda e esta se obtém através do trabalho. Logo, o trabalho se constitui um direito inerente ao Estado Social.

Pode-se lembrar, ainda, das regras que estabelecem uma especial atenção a grupos sociais que encontram dificuldade para obter emprego ou que podem sofrer discriminação. E aqui, então, lembramos da regra que assegura a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7º, XVIII), a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX), a proteção em face

El derecho al trabajo. Madrid: Trotta, 1996, p. 36. Na França, esse direito resta mencionado no Preâmbulo da Constituição de 1946, quando faz referência ao dever de trabalhar e ao direito ao trabalho.

⁵ Na Alemanha, a doutrina extrai do princípio do Estado Social a obrigação estatal de prover o trabalho, pois implícito a ela a luta pela realização do valor trabalho. In Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 71.

⁶ A quem sustente que não passa de um direito de liberdade: vide Manlio Mazzotti, *Il diritto al lavoro*, Milão: Giuffrè, 1956, p. 56-86.

⁷ Stefano Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto AL lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*. In: www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione, p. 5.

da automação (art. 7º, XXVII) e a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI).

Óbvio, ainda, que o direito ao trabalho resta patente nas regras que estabelecem a proteção do emprego, tais como a que veda a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I), quando se combate “a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei” (inciso VIII do art. 8º) ou, ainda, quando assegura o emprego às gestantes e aos membros da CIPA (art. 19 dos ADCT).

Na área pública, cabe lembrar o direito público de acesso ao serviço público (art. 37, I e II) e o da estabilidade (art. 34).

Não fosse todo esse conjunto de normas contidas em nossa Constituição, esse mesmo direito encontra-se consagrado em diversos textos internacionais, os quais o Brasil já ratificou, aprovou ou aderiu, o que reforça a conclusão acima quanto ter sido essa vantagem (direito ao trabalho) agasalhada no texto constitucional brasileiro.

Assim é que o direito ao trabalho resta inserto na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, quando, expressamente, em seu art. 23º, item 1, afirma que “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Esse mesmo direito foi assegurado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art. 6º-1 ao estabelecer que “os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito”, devendo, para tal fim, conforme item 2 desse mesmo dispositivo, que cada Estado-parte, “a fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais”.

No seio da ONU encontramos, ainda, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Revolução nº 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, na qual ficou estabelecido, em seu art. 8º, § 1º, que “os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda...”.

Igual direito foi firmado na Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social da ONU, proclamada pela Assembléia Geral, em sua Resolução 2542 (XXIV), de 11.12.1969, quando ficou esclarecido, em seu art. 6º, que o “desenvolvimento social exige que se garanta a toda pessoa o direito a trabalhar e a eleger o emprego livremente”.

Isso porque, conforme esse mesmo preceito, em sua segunda parte, “o progresso e o desenvolvimento social exigem a participação de todos os membros da sociedade em um trabalho produtivo e socialmente útil, e o estabelecimento, em conformidade

com os direitos humanos e as liberdades fundamentais, assim como com os princípios da justiça e da função social da propriedade, de modos de propriedade da terra e dos meios de produção que excluam quaisquer formas de exploração do homem, garantem igual direito a propriedade para todos, e criem entre os homens condições que levem a sua autêntica igualdade”.

Cabe citar, ainda, a Resolução nº 34/46 da ONU de 1979, que, em seu item 7, pontifica que “a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho...”⁸.

Neste sentido, ainda, devemos lembrar do Preâmbulo da Constituição da OIT que menciona ser um de seus objetivos “à luta contra o desemprego”. Daí porque constar na Declaração da Filadélfia de 1944, em seu item III, que a Conferência “reconhece a obrigação solene de a Organização Internacional do Trabalho secundar execução, entre as diferentes nações do mundo, de programas próprios à realização: a) do pleno emprego e da elevação do nível de vida; e b) do emprego dos trabalhadores em ocupações nas quais tenham a satisfação de aplicar toda a sua habilidade e os seus conhecimentos e de contribuir da melhor forma para o bem-estar comum”.

No âmbito, ainda, da OIT, cabe citar a Convenção nº 122, de 09 de julho de 1964, que trata da Política de Emprego⁹, a qual preceitua, em seu art. 1º, § 1º, que, “com o objetivo de estimular o crescimento e o desenvolvimento econômico, de elevar os níveis de vida, de atender às necessidades de mão-de-obra e de resolver o problema do desemprego e do subemprego, todo membro formulará e aplicará, como um objetivo essencial, uma política ativa visando promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido”.

Esse mesmo direito voltou a ser reafirmado através da Convenção nº 168 da OIT, que cuida da Promoção do Emprego e Proteção Contra o Desemprego¹⁰. Por esta, ficou estabelecido, em seu art. 2º, que “todo membro deverá adotar medidas apropriadas para coordenar o seu regime de proteção contra o desemprego e a sua política de emprego. Para esse fim, deverá providenciar que o seu sistema de proteção contra o desemprego e, em particular, as modalidades de indenização do desemprego, contribuam para a promoção do pleno emprego produtivo, livremente escolhido, e que não tenham como resultado dissuadir os empregadores de oferecerem emprego produtivo, nem os trabalhadores de procurá-lo”.

Estabeleceu-se, ainda, em seu art. 7º, que “todo membro deverá formular, como objetivo prioritário, uma política destinada a promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido, por todos os meios adequados, inclusive a seguridade social. Esses meios deverão incluir entre outros, os serviços do emprego e a formação e orientação profissionais”.

⁸ Tradução livre do Autor. In <http://www.un.org/documents/ga/res/34/a34res46.pdf>, acessado em 23 nov. 2007.

⁹ Em vigor no âmbito internacional em 17.07.1966. No Brasil foi aprovada pelo Decreto Legislativo 61, de 30.11.1966 e ratificada em 24.03.1969 e promulgada pelo Decreto Legislativo 66.499, 27.04.1970.

¹⁰ Aprovada na 75ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1988), entrou em vigor no plano internacional em 17.10.1991. No Brasil foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 89, de 10.12.1992, retificado em 24 de março de 1993, entrando em vigência em 24 de março de 1994, com promulgação pelo Decreto nº 2.682, de 22.07.1998.

Outrossim, resta imposta a adoção de políticas de ações afirmativas, com “medidas especiais para fomentar possibilidades suplementares de emprego e a ajuda ao emprego, bem como para facilitar o emprego produtivo e livremente escolhido de determinadas categorias de pessoas desfavorecidas que tenham ou possam ter dificuldades para encontrar emprego duradouro, como as mulheres, os trabalhadores jovens, os deficientes físicos, os trabalhadores de idade avançada, os desempregados durante um período longo, os trabalhadores migrantes em situação regular e os trabalhadores afetados por reestruturações” (art. 8º).

Tudo isso, pois, nos conduz a concluir que o direito ao trabalho e o princípio pleno emprego revelam a existência de um verdadeiro princípio de proteção do emprego a nos reger no Brasil.

E da cláusula que estabelece ser um direito social o trabalho (ou o direito ao trabalho), podemos extrair, pelo menos, três teses interpretativas.

A primeira delas, seria aquela que estabelece que a norma do art. 6º da Constituição, ao se referir ao direito ao trabalho, apenas encerra uma cláusula programática, mais de sentido ético político do que político-jurídico. Seria uma mera orientação ao legislador. Uma norma de direito condicional, do tipo finalístico, dada a sua “impraticabilidade”¹¹.

Tal entendimento, no entanto, é rejeitada por ampla doutrina, já que, no mínimo, essa regra irradia eficácia sobre o legislador, que fica vedado de agir em sentido contrário ao direito ao trabalho.

A segunda posição possível de ser adotada é a que sustenta que a Constituição assegurou o direito subjetivo de toda pessoa obter um emprego, seja perante o Poder Público, seja em face do particular, numa irradiação dos direitos fundamentais perante todos.

Tal posição, no entanto, somente seria aceitável numa sociedade comunista. Isso porque, em um sistema capitalista, como o adotado pelo Brasil, não se mostra, no mínimo, razoável se sustentar essa posição¹². E vários argumentos podem ser apontados, dentre eles a existência da liberdade de empresa, que impediria que o Estado obrigasse os empregadores a contratar empregados, violando-se, não só o direito de liberdade, como o desenvolvimento da personalidade do empresário, além de colidir com o poder de decisão deste no seio da empresa¹³. Acrescente-se, ainda, que essa imposição poderia levar à bancarrota da própria empresa, atingindo-se, assim, o próprio direito à livre iniciativa.

É óbvio que, numa sociedade capitalista, “o ordenamento do Estado não pode assegurar um emprego a cada trabalhador pela simples razão de que a oferta de trabalho reside majoritariamente nos sujeitos privados, cuja decisão de criação de emprego é finalmente livre e não vem determinada, senão impulsionada ou fomentada

¹¹ Antonio Baylos, *El reconocimiento constitucional del derecho del trabajo em el ordenamiento español*, p. 256.

¹² Neste sentido, Federico Arcos Ramírez, *La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social fundamental*, acessado em 26 mar. 2007.

¹³ Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 100. Tradução livre do Autor.

por ações dos poderes públicos. O direito ao trabalho efetivo poderia ser garantido de modo pleno e sem requisitos tão só, por hipóteses, se sustentado numa organização econômica em que o próprio Estado que proclama o direito subjetivo for ao mesmo tempo titular da estrutura ocupacional do país ou, ao menos, estiver em condições de decidir em seu conjunto e de modo significativo à criação de emprego. Em não sendo assim, já que se reconhece a liberdade de empresa como marco da economia de mercado, o conteúdo do direito ao trabalho há de ter necessariamente uma significação diferente¹⁴.

Tal, entretanto, não significa em concluir que a simples formulação da cláusula da busca do pleno emprego ou do direito social ao trabalho tenha um caráter meramente retórico, programático ou pedagógico. Em suma, que há, simples e aprioristicamente, uma impossibilidade de seu cumprimento. Isso porque o mandamento constitucional da busca do pleno emprego ou do direito social do trabalho, no mínimo, vincula o Poder Público, que resta comprometido formal e solenemente com a consecução dessa finalidade.

Aqui cabe acrescentar, ainda, argumentos que conduzem à aceitação do princípio do direito ao trabalho.

O primeiro deles é que é universalmente aceita como constitucional a legislação infraconstitucional que assegura, em percentuais limitados, a contratação obrigatória de trabalhadores integrantes de categorias que merecem uma maior proteção, a exemplo dos deficientes e aprendizes¹⁵. Aceita, assim, essa legislação, tem-se como válido o princípio do direito ao trabalho e sua compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. Isso porque, quando se obriga a contratação desses trabalhadores mais débeis, em outras palavras, estar-se dando cumprimento à literalidade do direito ao trabalho.

Não fosse isso, é preciso lembrar que o direito social ao trabalho (art. 6º da CF) deve ser interpretado com o art. 170 da Carta Magna. E este, como reiteradamente já dito, inclui dentre os princípios da Ordem Econômica a busca do pleno emprego.

Daí se tem, então, que tal princípio da Ordem Econômica abre brecha para que o legislador possa, observado o princípio da razoabilidade, estabelecer restrições à liberdade do empresário (ao direito de empresa ou à livre iniciativa).

Aliás, é preciso lembrar que a Constituição Federal fala em valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Logo, a livre iniciativa somente pode ser exercida se cumprir uma função social. Pode, então, o legislador estabelecer normas que limitam o direito à livre iniciativa, até porque ele também não é absoluto, ordenando, por exemplo, a contratação obrigatória de empregados, desde que observado o princípio da razoabilidade.

E aqui surge, então, a terceira posição possível de ser adotada em face do direito social ao trabalho. É aquela que entende que essa cláusula implica em verdadeira obrigação jurídica para os Poderes Públicos, inclusive o Poder Judiciário. Mas o princípio da busca

¹⁴ Manuel-Carlos Palomeque, Prólogo, in Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 15.

¹⁵ Manuel-Ramón Alarcón Caracuel, *Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar*, p. 23.

do pleno emprego e do direito ao trabalho não vincula apenas o Poder Público. Isso porque a Constituição elegeu aquele primeiro princípio (pleno emprego) como integrante da nossa Ordem Econômica, e como esta se funda na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, por certo que ele se volta, também, ao particular. Em suma, esse princípio não só vincula o Poder Público, como obriga o particular que exerce a atividade econômica.

Neste ponto, então, resta fixa que o direito ao trabalho, no âmbito subjetivo do direito, tem como sujeitos passivos o Estado e o particular.

Já no âmbito ativo, essa regra se volta em favor de todos os que precisam do trabalho para uma vida digna, seja brasileiro ou residente no país, sem qualquer distinção.

Cabe, no entanto, extrair da regra do direito social ao trabalho e do princípio do pleno emprego, seu alcance, buscando-se, assim, sua eficácia jurídica e seu conteúdo, ainda que este último seja alternativo à literalidade do seu texto (direito a um posto de trabalho).

Neste sentido, então, pode-se, desde logo, mencionar que o direito ao trabalho impõe uma condição hermenêutica, pois estabelece um valor interpretativo do ordenamento, a vedar, inclusive, normas que não se voltem à garantia o direito ao trabalho, por exemplo. Aqui teríamos, assim, uma primeira eficácia do mandamento constitucional em epígrafe.

Obriga, assim, no mínimo, ao Poder Judiciário, que se vê impelido a interpretar as normas de modo a fazer valer esse princípio constitucional de busca do pleno emprego e a garantir o direito social do trabalho, em prol do próprio sistema capitalista¹⁶. Fica, assim, o Poder Judiciário obrigado a interpretar as normas no sentido mais favorável para satisfação da pretensão ao trabalho, afastando-se de entendimentos que possam conduzir à não-aplicação desse direito constitucional¹⁷.

Mas, não só essa eficácia interpretativa. Das regras constitucionais pertinentes também se extrai obrigações prestacionais por parte do Estado. Isso porque ele obriga o legislador a estabelecer uma legislação voltada à busca e manutenção do pleno emprego e de garantia do direito ao trabalho.

Mas, não só fazer uma legislação ocupacionista, como também a se abster de não-fazer, isto é, de não revogar as normas que já existem e que são regras que suscitam ou facilitam a ocupação do trabalhador, sem, ao menos, sub-rogá-las por outras que têm a mesma finalidade¹⁸, observado o princípio do não-retrocesso.

Obriga, ainda, esse mesmo princípio, o Administrador a adotar políticas públicas contra o desemprego, de amparo ao desempregado e, antes, de incentivo ao emprego, seja através de medidas para sua aquisição, seja para a sua manutenção¹⁹, isso sem

¹⁶ Cabe lembrar que, historicamente, o direito ao trabalho foi o primeiro direito social a ser reivindicado. In Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 23.

¹⁷ Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 123.

¹⁸ Costantino Mortati, *Il lavoro nella costituzione*, p. 26.

¹⁹ Interessante mencionar que a Corte Constitucional espanhola teve como constitucional lei infraconstitucional que estabelece a possibilidade de aposentadoria compulsória por idade – em contradição ao direito ao trabalho – quando esta se insere numa política de pleno emprego, assegurando a outro grupo

falar em políticas de formação, qualificação²⁰ e readaptação profissional.

Observe-se, ainda, que, a partir dessa obrigação estatal de zelar pelo pleno emprego, podemos incluir o seguro desemprego como vantagem decorrente da mesma. Isso porque esse benefício pago pelo Estado apresenta-se como verdadeiro seguro para a hipótese em que ele não gera emprego para todos. Em suma, quando o Estado se revela inadimplente em sua obrigação de garantir emprego para todos (pleno emprego), ele fica obrigado a pagar uma indenização (o seguro desemprego) ao credor-desempregado involuntariamente, titular do direito ao trabalho. É uma espécie de compensação “pela não satisfação do direito ao trabalho”²¹.

Como, entretanto, o princípio do pleno emprego sujeita a ordem econômica, é certo, ainda, que este rege os atos dos particulares, de modo que os empresários devem, também, adotar práticas voltadas para a criação de empregos e para sua manutenção, além de contribuírem para a formação, qualificação²² e readaptação profissional²³. Fica obrigado, assim, o particular a agir, no campo de sua área produtiva (livre iniciativa), de modo não arbitrário em relação à ocupação, seja no sentido de ofertar, como no de manter o posto de trabalho, salvo razões objetivamente apreciáveis²⁴.

É certo, no entanto, que, na satisfação desse princípio-regra (direito ao trabalho) não se exige a implantação de um modelo econômico de planificação. É certo, porém, que, a partir das características do sistema capitalista, o direito ao trabalho entra em conflito com outros direitos constitucionais e, conseqüentemente, se verá diante de certas limitações, o que, aliás, ocorre igualmente com outros direitos fundamentais. O que se impõe, então, é resolver esses conflitos a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Costantino Mortati ensina, por sua vez, que podemos classificar as intervenções, para satisfação desse princípio, especialmente na sua vertente da busca do pleno emprego, em quatro grupos de intervenções: a) de promoção da capacidade técnica do trabalhador; b) da promoção menos onerosa da ocupação; c) da imposição de determinadas quotas de contratação; e, d) da estabilização das relações de trabalho²⁵.

No primeiro grupo, encontram-se todas as ações que devem ser efetivadas para maior qualificação do trabalhador de modo a lhe facilitar o quanto mais rápido possível a ocupação. Mas não só de forma mais rápida, como de modo mais profícuo para a própria sociedade.

No segundo grupo enquadramos todas as ações e políticas públicas que devem ser desenvolvidas no sentido de facilitar, de forma menos onerosa, a oferta do trabalho, seja com a redução de tributos, seja através de incentivos fiscais, etc.

social o posto de trabalho, desde que ao aposentado esteja assegurado benefícios previdenciários para seu sustento. In Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 131-135.

²⁰ Stefano Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, p. 13.

²¹ José João Abrantes, *O direito do trabalho e a Constituição*, 1990, p. 36.

²² Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 123.

²³ Manuel-Ramón Alarcón Caracuel, *Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar*, p. 32.

²⁴ Costantino Mortati, *Il lavoro nella costituzione*, p. 27.

²⁵ Costantino Mortati, *Il lavoro nella costituzione*, p. 30-31.

Com base no terceiro grupo, o princípio do direito ao trabalho, como já dito, justifica a adoção de quotas de contratação de determinados trabalhadores, especialmente aqueles que se inserem em grupos sociais menos privilegiados ou discriminados.

Por fim, no quarto grupo, inserem-se todas as ações, políticas e diplomas legais que impõem a estabilidade no emprego ou que, de alguma forma, limitam a despedida arbitrária ou incentivam a manutenção do emprego. No Brasil, entretanto, a imposição da estabilidade sobre o condicionamento posto no inciso I do art. 7º da CF, sem que com isso se esteja vedado o avanço social, ainda que por norma infra-constitucional.

É preciso, ainda, lembrar que o direito ao trabalho está vinculado intimamente com o princípio da dignidade da pessoa, pois, em regra, somente através dele o homem desenvolve sua personalidade. Pode-se, ainda, relacioná-lo com o próprio direito à vida, pois para grande maioria da população é através do trabalho que se obtêm os meios necessários à subsistência²⁶.

Do todo exposto acima, chega-se, assim, à conclusão de que o princípio-regra do direito ao trabalho ou ao pleno emprego é muito mais do que uma simples declaração retórica ou programática. Dela se extrai, portanto, pelo menos, quatro obrigações básicas, quais sejam: proteção contra o desemprego involuntário, promoção do emprego, limitação da despedida e implementação de programas de orientação e formação profissional.

Neste ponto, no entanto, cabe-nos delimitar o conteúdo do princípio do direito ao trabalho considerando três momentos distintos: da constituição da relação de emprego, do desenvolvimento dessa relação e da extinção do contrato respectivo.

1.1. Constituição da relação de emprego

Em relação à constituição da relação de emprego, o princípio do direito ao trabalho e do pleno emprego pode se operar através de medidas restritivas à liberdade de contratar do empresário.

Observe-se que a liberdade de contratar empregados se revela em dois âmbitos: primeiro, o direito à decisão de contratar ou não; o segundo, o direito de livre eleição do trabalhador. Teríamos, assim, a liberdade de contratar e a liberdade de eleição.

A limitação ao direito de contratar, em respeito ao princípio do direito ao trabalho, por sua vez, pode se operar através da obrigação de contratar determinado número de empregados integrantes de uma categoria (deficientes físicos, idosos, jovens, etc). As ações afirmativas, assim, no campo do direito do trabalho, estão agasalhadas no princípio do direito ao trabalho.

Vale lembrar, inclusive, que a própria Constituição abre caminho para as ações afirmativas em relação às mulheres (inciso XX do art. 7º), aos atingidos pela automação (inciso XXVII do art. 7º) e aos deficientes físicos (inciso II do § 1º do art. 227).

Já a liberdade de eleição se restringe através de normas anti-discriminatórias ou proibições de contratar (menores de 14 anos, etc), entre outras medidas²⁷.

²⁶ Manuel-Ramón Alarcón Caracuel, *Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar*, p. 31.

²⁷ Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 169.

No âmbito, ainda, da constituição da relação de emprego, do direito ao trabalho se extrai a obrigação do Estado em manter órgãos de colocação (agências de emprego)²⁸.

Mas, ainda que não fosse assim, tal obrigação se extrai de diversas outras regras constitucionais, a exemplo da que impõe ao Estado a promoção da integração ao mercado de trabalho dos que quem dela necessitar (art. 203, inciso III).

Nesta mesma etapa se pode extrair as obrigações relacionadas à qualificação profissional, não só através de uma política pública (art. 214, inciso IV), mas como obrigação do Estado e da família (art. 205, in fine, da CF). Óbvio, ainda, que, na busca da realização do direito ao trabalho, cabe ao empresário também adotar medidas de qualificação profissional, ainda que através de contribuições às entidades de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (art. 240, CF).

1.2. Desenvolvimento da relação de emprego

No curso da relação de emprego, do princípio do direito ao trabalho se extrai o direito à ocupação efetiva ao posto de trabalho.

Ora, quando se quer assegurar o direito ao trabalho, ao certo não se deseja apenas a ocupação de um posto de emprego. O que, de fato, se garante é a efetiva ocupação do emprego com o consequência do direito de trabalhar²⁹.

Observe-se que aqui não só devemos levar em conta o aspecto econômico do contrato. Por ele, bastaria o empregador pagar os salários que o direito do trabalhador estaria satisfeito. Não. Em prol da própria dignidade do trabalhador é que se pacificou o entendimento de que o empregado tem direito à efetiva ocupação do seu posto de trabalho. Dignidade essa que se faz respeitar quando se dá uma ocupação ao empregado, ao invés de deixar-lhe sem nada fazer, gerando-lhe um sentimento de inutilidade.

Essa ocupação efetiva se justifica, ainda, no direito do empregado a se promover através do trabalho ou, ainda, de se valorizar com o labor.

Observe-se, ainda, que, em relação a algumas categorias de trabalhadores (atletas, artistas, jornalistas, etc), a ocupação efetiva se mostra mais relevante, pois é através de deve que ele se projeta e se promove perante terceiros.

No curso da relação de emprego, o direito ao trabalho justifica ainda medidas de manutenção do contrato nas hipóteses em que o trabalhador por motivos alheios à sua vontade não possa executar suas obrigações. Aqui, então, lembramos da manutenção do contrato quando o empregado está em gozo de licença médica ou no exercício de um *munus público* (a exemplo da convocação para o serviço militar).

1.3. Extinção do contrato de emprego

Por fim, na fase de extinção do contrato de emprego, o princípio do direito ao trabalho se mostra por demais relevante. Isso porque, não basta se assegurar o direito de acesso ao posto de trabalho. Do direito ao trabalho também decorre o direito de manutenção do emprego, procurando-se, assim, a satisfação do pleno emprego.

²⁸ Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 175.

²⁹ Tal direito revela uma contradição, pois ao se assegurar ao empregado o direito de efetivamente laborar, estar-se-lhe assegurando um direito de exigir o cumprimento de sua obrigação.

O principal instituto daí decorrente é o da estabilidade no emprego ou da garantia de emprego.

O direito do trabalho, assim, respalda toda legislação infra-constitucional que, respaldada em motivos razoáveis, estabeleçam outras hipóteses de estabilidade além daquelas já mencionadas na Carta Magna.

Outrossim, sob o manto do princípio do direito ao trabalho e da proteção contra despedida arbitrária se pode estabelecer uma legislação que preceitue um nexo de causalidade (motivação) para o rompimento contratual, ainda que se faça a opção pelo pagamento de indenização compensatória quando a extinção do contrato se faça por denúncia vazia (despedida imotivada).

Tal princípio, no entanto, não torna inconstitucional a regra que impõe a aposentadoria compulsória do empregado a pedido do empregador (art. 51 da Lei nº 8.213/91) desde que mantido o posto de trabalho.

Poder-se-ia, inicialmente, pensar que essa regra viola o direito ao trabalho, já que justamente conduz o trabalhador ao desemprego. Contudo, conforme entendimento já respaldado pela Corte Constitucional espanhola, considerando ainda o princípio do pleno emprego, mostra-se razoável esse dispositivo por ele se inserir numa política de geração de emprego, configurada na repartição ou redistribuição do trabalho, supondo-se a limitação do direito ao trabalho a um grupo para garantir o mesmo direito a outro grupo. “Através dele se limita temporalmente ao primeiro o exercício do direito individual ao trabalho mediante a fixação de um período máximo em que esse direito pode ser exercido, com a finalidade de fazer possível ao segundo o exercício desse mesmo direito”³⁰.

Contudo, para assim se concluir, é necessário se ter que a aposentadoria compulsória não implica em nenhum caso na supressão do posto de trabalho, do contrário, atentaria aos princípios do direito ao trabalho e do pleno emprego³¹. Desse modo, a conduta do empregador em requerer a aposentadoria compulsória do empregado só se justifica constitucionalmente se for mantido o posto de trabalho, com a contratação de outro trabalhador para lhe ocupar. E neste caso, podemos pensar que o início da aposentadoria apenas se dará a partir do momento em que o novo trabalhador for admitido.

Tais medidas, pois, dão contornos ao princípio de proteção ao emprego, lembrando que dele não implica que o Estado deva obrigatoriamente proporcionar trabalho a toda pessoa que o deseja, mas, sim, de fazer tudo que está a seu alcance para este objetivo e, quando não alcançado, garantir a proteção contra o desemprego involuntário. E do particular o que se exige é que adote uma conduta em favor do trabalho e do pleno emprego, no mínimo, abstraindo-se de atos que possam conduzir a um caminho oposto.

2. OPÇÃO DO CONSTITUINTE PELO CONTRATO DE EMPREGO E A PROTEÇÃO CONTRA DESPROTEÇÃO EMPREGATÍCIA

Anteriormente tratamos do princípio do direito ao trabalho.

Quando se fala de direito ao trabalho, por certo, podemos pensar, de forma

³⁰ Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 132.

³¹ Rafael Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, p. 132.

ampliativa, que o constituinte não quis apenas se referir ao trabalho subordinado. Tal, entretanto, não nos parece, pois do texto constitucional se pode deduzir que, em verdade, o constituinte quis se referir ao trabalho subordinado. E, a partir do conjunto de regras constitucionais se pode pensar, inclusive, no sub-princípio da proteção contra a desproteção empregatícia.

Como já dito e repetido tantas vezes, o Brasil, dentre outros fundamentos, dá destaque ao valor social do trabalho (inciso IV do art. 1º da CF), fundando-se a ordem econômica na valorização do trabalho humano, tendo “por fim assegurar a todos existência digna” (caput do art. 170 da CF), em especial, através da “busca do pleno emprego” (inciso VIII do art. 170 da CF).

A partir desses dispositivos constitucionais, pode-se afirmar, ainda, com tranquilidade, que o legislador constitucional fez uma opção pelo trabalho subordinado como meio ou instrumento, preferencial, para atingir a dignidade humana através do labor. Tanto que, não só a ordem econômica tem como princípio à busca do pleno emprego, como se deu real destaque aos direitos dos empregados, ao se elencar, no art. 7º da CF, o rol das suas garantias fundamentais.

É certo, porém, que o legislador constitucional não conceituou o que seja um empregado. Essa é uma matéria, aliás, extra-jurídico. Isso porque, antes de ser uma opção legislativa, é fruto de uma realidade, tanto que, universalmente, tem-se como empregado o trabalhador subordinado. Tal conceito, portanto, antes de ser meramente jurídico, é fruto de uma realidade social, a partir do que, universalmente, é aceito. Tal definição iguala-se, por exemplo, ao do casamento, que, seja no Brasil, seja perante qualquer outro ordenamento jurídico, define-se pela união de duas pessoas de sexos opostos³². E não é preciso lei para assim se ter como definido o casamento.

Daí porque, o professor Antonio Baylos nos ensina, em comentários à Constituição espanhola, que se assemelha, nesta questão, à nossa Carta Magna, que “embora o conceito de trabalhador por conta alheia não apareça expressamente definido na Constituição e não se acha, portanto, constitucionalizado, isto não significa que o legislador tenha liberdade plena para declarar não trabalhista uma prestação de serviços determinada, mas que esta ação, que deve ser levada a cabo pelo legislador, está vinculada pelas notas caracterizadoras da relação trabalhista e a comparação com as categorias ou hipóteses incluídas e excluídas da tutela que presta o ordenamento jurídico-trabalhista. Desse modo, evita-se que se possa levar a cabo uma restrição constitucionalmente ilegítima dos trabalhadores como setor social, conceito, portanto, jurídico-político do qual se deriva o gozo de importantes direitos fundamentais...”³³.

Aliás, a jurisprudência italiana caminha, há tempo, na mesma trilha, pois, conforme decisão da respectiva Corte Constitucional “não seria comumente consentido ao legislador negar a qualificação jurídica da relação de trabalho subordinado a

³² Eventuais exceções não desmentem a regra universal.

³³ Antonio Baylos, Proteção de direitos fundamentais na ordem social. O direito do trabalho como direito constitucional, p. 31.

relação que objetivamente tem tal natureza, pois isto resultaria na inaplicabilidade da norma inderrogável prevista no ordenamento de dar atuação ao princípio, a garantia e aos direitos detalhados na Constituição à tutela do trabalho subordinado”³⁴.

É certo que o legislador infraconstitucional é livre para definir quem é empregado, mas, por óbvio, não pode se afastar do conceito que se extrai dos valores sociais, que são aceitos universalmente. Daí porque é certo que, por empregado, tem-se o trabalhador subordinado ou, em outra conceituação, aquele que presta serviço por conta alheia (art. 3º da CLT).

Outrossim, não pode o legislador, discriminadamente, excluir determinadas categorias de trabalhadores subordinados do campo de incidência das regras de proteção dos empregados, sob pena de violação de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente estes.

Ora, “o trabalho é a base para o exercício dos direitos do cidadão, e reconhecê-lo implica, conseqüentemente, interligar o sujeito à sua dignidade como pessoa e ao seu projeto igualitário... Trabalhar é a condição de exercício de importantes prerrogativas de cidadania e a privação dessa qualidade, de maneira incorreta ou injustificada, não só implica a vulneração do direito do trabalho, mas a dificuldade de exercício de outros importantes direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente ao trabalhador”³⁵.

Em suma, o legislador é livre para dispor sobre o conceito de empregado, incluindo no rol dos protegidos pela legislação trabalhista diversas categorias de trabalhadores. Contudo, sua liberdade não é tão ampla de modo a poder excluir, discriminadamente, determinadas categorias de trabalhadores subordinados dessa proteção, sem uma razoável justificativa, sob pena de violar o princípio da igualdade e o princípio da razoabilidade, tornando ineficazes os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos empregados, enquanto trabalhadores subordinados.

Fosse livre totalmente o legislador infraconstitucional, ele poderia, por exemplo, declarar que nenhum trabalhador era empregado e, portanto, tornar tábua rasa o elenco de direitos fundamentais arrolados no art. 7º da CF.

Assim, a partir das opções constitucionais brasileiras, o legislador infraconstitucional somente pode excluir os trabalhadores subordinados da proteção trabalhista desde que tenha uma razoável justificativa para tanto e não viole o princípio da igualdade.

Desse modo, temos que, do princípio do direito ao trabalho ou do pleno emprego se extrai o sub-princípio que veda a desproteção empregatícia (ou princípio da igualdade de tratamento legislativo ao trabalhador subordinado), isto é, que veda qualquer ato tendente a afastar a incidência das regras constitucionais trabalhistas ao trabalho subordinado.

É certo, outrossim, que o legislador brasileiro sempre dispôs, por exceção, que determinados trabalhadores, ainda que prestando serviços subordinados, não se

³⁴ Massino D’Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, p. 64. Tradução livre do Autor.

³⁵ Antonio Baylos, *Proteção de direitos fundamentais na ordem social...*, p. 31.

vinculam ao tomador dos serviços pelo contrato de emprego. Em resumo, em diversas situações, determinados trabalhadores subordinados, por opção legislativa, não são considerados empregados, ficando sujeitos a legislação mais especial, em regra.

Como exemplos, podemos citar o estagiário (Lei nº 11.788/08), o cabo eleitoral (art. 100 da Lei nº 9.504/97) e o atleta não-profissional (inciso II do parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.615/98) que podem servir de estudo a partir das premissas anteriormente postas.

2.1. Atleta não-profissional

A Lei nº 9.615/98, no parágrafo único do seu art. 3º, ao dispor sobre o desporto, estabeleceu que este pode ser praticado de modo profissional e não-profissional. Na primeira hipótese, o atleta-trabalhador firma contrato de emprego (inciso I). Já na segunda hipótese, o legislador estabelece que a prática do desporto ocorre sem que seja pactuado um contrato de trabalho (inciso II - "...inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio")

Em ambas as situações, porém, podemos estar diante da prestação de serviços subordinados, pois mesmo o atleta não-profissional assume a obrigação trabalhar em favor da entidade desportiva, recebendo ordens.

Cabe, então, a pergunta: justifica-se a discriminação?

Entendemos que sim. Primeiro, porque a própria Constituição estabeleceu que o legislador infraconstitucional deva dar "tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional" (inciso III do art. 217).

Não fosse isso, é razoável a discriminação a partir de nossa realidade.

Ora, é sabido que, enquanto o desporto profissional desperta grande interesse, atraindo verbas, patrocinadores e público consumidor aos espetáculos oferecidos, o não-profissional vive à míngua. Sustenta-se, muito mais, em razão dos abnegados, do que da exploração econômica dessa atividade. Pode-se afirmar que, em regra, o desporto profissional, tornou-se uma atividade econômica lucrativa, enquanto o desporto não-profissional ainda vive uma fase de voluntarismo. Somente existe por vontade de seus praticantes e não, em face da exploração dessa atividade econômica.

Só essa realidade social, por si só, já justifica a discriminação, com exclusão dos atletas não-profissionais da proteção trabalhista.

Não fosse isso, é preciso lembrar que cabe ao Estado fomentar as práticas desportivas formais e não-formais (*caput* do art. 217 da CF). Ora, submeter esses atletas não-profissionais às regras do direito do trabalho seria, em nossa realidade, negar a própria prática desportiva amadora. Ao invés de fomentar, o Estado estaria desestimulando a prática desportiva, em nosso estágio de desenvolvimento econômico-social.

Tal assertiva, no entanto, não retira a possibilidade de, diante de outras condições sócio-econômicas, concluir-se de modo diverso.

Pode-se afirmar, no entanto, que o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 3º e da Lei nº 9.615/98 é constitucional.

2.2. Trabalhadores em campanhas eleitorais

Dispõe o art. 100 da Lei nº 9.504/97 que “a contratação de pessoal para prestação de serviços nas campanhas eleitorais não gera vínculo empregatício com o candidato ou partido contratantes”.

Claramente este dispositivo legal exclui da proteção trabalhista acima mencionada, afastando-os dos direitos fundamentais dos empregados elencados no art. 7º da Constituição, os trabalhadores contratados para prestar serviços durante as campanhas eleitorais, ainda que haja a prestação de trabalho humano de modo subordinado.

Mais uma vez, pergunta-se, agora diante dessa segunda hipótese: justifica-se a discriminação?

Sem titubear, entendemos que não. Não nos parece que haja uma única sequer, plausível e razoável, justificativa a respaldar essa discriminação para com os trabalhadores subordinados contratados para prestação de serviços nas campanhas eleitorais. Somente razões casuísticas, e torpes, de proteção aos interesses dos candidatos e dos partidos políticos, justificam esse dispositivo legal.

Tal dispositivo legal, portanto, viola o texto constitucional ao pretender, de forma não-razoável e em clara violação ao princípio da igualdade, afastar da proteção trabalhista constitucional uma categoria de trabalhadores subordinados, negando-lhes, no mínimo, os direitos fundamentais arrolados no art. 7º da CF/88.

Tais trabalhadores, portanto, quando prestadores de serviços subordinados, devem ser tratados como empregados para todos os fins legais e constitucionais.

2.3. Estagiário e o aprendiz

Uma outra hipótese merece maior reflexão. Trata-se da situação do estagiário.

Conforme Lei nº 11.788/08, em seu art. 3º, “o estágio... não cria vínculo empregatício de qualquer natureza³⁶”.

A primeira questão a ser respondida é se essa opção do legislador infraconstitucional é razoável? Há alguma justificativa para essa discriminação para com os estagiários, de modo a afastá-los dos direitos assegurados na Carta da República aos empregados?

Diria, a princípio, que sim. Isso porque, ao contrário do trabalhador empregado, a empresa ao contratar o estagiário não tem em vista os seus conhecimentos profissionais. Em verdade, a empresa oferece uma complementação ao ensino e aprendizagem teóricos oferecidos pelas entidades de educação. Tem assim, essa contratação, um caráter educacional, profissionalizante, ainda que em atividades de extensão (art. 1º da Lei nº 11.788/08).

É certo que a empresa se beneficia do labor, que é subordinado, prestado pelo estagiário, e nisto se aproxima do empregado. Mas deste último o estagiário se distancia quando é beneficiado pela complementação do ensino.

³⁶ Existe vínculo empregatício de outra natureza?

Assim, a princípio, seria constitucional essa disparidade de tratamento, ao contrário do que ocorre, por exemplo, em relação ao cabo eleitoral.

Contudo, por outras razões, vinculadas ao princípio da igualdade no tratamento, conluo de forma contrária. É que nosso legislador, em situação semelhante, optou por proteger o trabalhador, dando-lhe as garantias asseguradas ao empregado. Estou me referindo ao trabalhador aprendiz.

Como se sabe, o trabalhador aprendiz é admitido como empregado (art. 428 da CLT) para prestar serviços em atividades que lhe ofereça “formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento...” (art. 428 da CLT).

Aliás, neste aspecto profissionalizante, cabe destacar que o aprendiz se encontra numa posição até inferior ao do estagiário, já que este último, no estágio, tendo o conhecimento teórico adquirido na entidade educacional, busca a complementação profissionalizante, enquanto aquele irá obter a própria formação profissional, teórica e prática (§ 4º do art. 428 da CLT).

Ora, a partir de tais premissas, pode-se concluir que o legislador infraconstitucional tratou desigualmente trabalhadores em situações semelhantes. Se ele optou por ter o aprendiz como empregado, não nos parece razoável, tendo em vista o princípio da igualdade, ter como não-empregado o estagiário.

É certo que haveria justificativa para o legislador tratar o aprendiz como não-empregado, dadas às mesmas razões que considerou para retirar do estagiário essa proteção laboral. Contudo, ao tratar aquele (o aprendiz) como empregado, acabou por discriminar este outro (o estagiário), pois não utilizou os mesmos critérios. Cabe destacar, inclusive, que haveria mais razões para tratar o aprendiz como não-empregado do que o estagiário, já que este, bem ou mal, possui conhecimento profissional teóricos a serem aproveitados pela empresa quando da prestação de serviços, o contrário daquele outro, que busca a própria formação profissionalizante, não tendo o que transmitir, a título de conhecimento, ao tomador dos serviços.

Poderíamos dizer que no estágio há uma troca do conhecimento teórico do estudante pelo conhecimento prático passado pela empresa. Já no contrato de aprendizagem, o aprendiz não transmite qualquer conhecimento, mas é receptor dos conhecimentos teóricos e práticos oferecidos pela empresa.

Assim, em face do tratamento diferenciado dado ao estagiário tendo em vista aquele dispensado ao aprendiz, concluímos pela inconstitucionalidade do disposto na segunda parte do art. 3º da Lei nº 11.788/08 (na parte em que estabelece que o estagiário não celebra contrato de emprego com o tomador de seus serviços).

Tudo isso porque o constituinte, ao pretender valorizar o trabalho humano, fez uma opção pelo trabalho subordinado como meio ou instrumento, preferencial, para atingir a dignidade humana através do labor. Em cumprimento a este seu desiderato, o constituinte deu real destaque aos direitos dos empregados, ao elencar, no art. 7º da CF, o rol dos seus direitos fundamentais.

Daí se tem, então, que o legislador infraconstitucional não é livre para, sem qualquer critério razoável ou em violação ao princípio da igualdade, estabelecer as

situações nas quais o trabalhador subordinado não é destinatário dos direitos fundamentais dos empregados. Inexistem razões, pois, para o legislador infraconstitucional afastar da proteção empregatícia tanto o estagiário, como o aprendiz, já que estes, ao invés de simplesmente prestar serviços em favor da empresa, também buscam a sua formação ou a complementação profissionalizante.

Observe-se, ainda, que ao tratar o aprendiz como empregado e o estagiário como não-empregado, no entanto, o legislador infraconstitucional discriminou este último, já que não há um motivo razoável para essa disparidade de tratamento. Seria, assim, inconstitucional o disposto na segunda parte do art. 3º da Lei nº 11.788/08 (na parte em que estabelece que o estagiário não celebra contrato de emprego com o tomador de seus serviços).

CONCLUSÃO

Do todo exposto, podemos concluir de forma apertada que o direito ao trabalho foi agasalhado no texto constitucional brasileiro como garantia fundamental à realização do Estado Social.

Para satisfação desse direito fundamental, cabe ao Estado e aos empregadores adotarem condutas tendentes à satisfação do pleno emprego, seja através de medidas que combatam o desemprego, mantenham os vínculos empregatícios já estabelecidos e dificultem o rompimento das relações de trabalho.

Outrossim, tendo o constituinte feito a opção por mais proteger, dentre todos os trabalhadores, aqueles que prestam serviços com subordinação, descabe ao legislador infraconstitucional estabelecer regras que afastem a incidência protetiva constitucional.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João. *O Direito do Trabalho e a Constituição*. Lisboa: AAFDL, 1990.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.
- ARCOS RAMÍREZ, Federico. *La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social fundamental*, in Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 3-2000, in <http://www.uv.es/CEFD/3/arcos.htm>, acessado em 26 mar. 2007.
- ALARCÓN CARACUEL, Manuel-Ramón. Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar. In: *Revista de Política Social*, n. 121, Madrid, CES, 1979, p. 5-39.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BAYLOS, Antonio. Proteção de Direitos Fundamentais na ordem social. O Direito do Trabalho como Direito Constitucional. In: *Revista Trabalhista*, vol. X, Forense, p. 21-51.
- _____. El reconocimiento constitucional del derecho del trabajo em el ordenamiento español. In: UMBERTO, Romagnoli et al. *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*. Vol. I. Milão: CEDAM, 2005, p. 253-278.
- D'ANTONA, Massino. Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro. In: *ADL – Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 1, Padova, CEDAM, 1995, p. 63-90.
- GIUBBONI, Stefano. Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto AL lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo. In: www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione, acessado em 26 mar. 2007.

- MAZZIOTTI, Manlio. *Il diritto ao lavoro*. Milão: Giuffrè, 1956.
- MORTATI, Costantino. Il lavoro nella costituzione. In: GAETA, Lorenzo (coord.). *Costantino Mortati e il lavoro nella costituzione: una rilettura*. Milão: Giuffrè, 2005, p. 7-102.
- MOURA, José Barros. A Constituição portuguesa e os trabalhadores – da revolução à integração na CEE. In: COELHO, Mário Baptista (coord). Portugal. O sistema político e constitucional 1974-1987. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais/Universidade de Lisboa, 1989, p. 813-860.
- PALOMEQUE, Manuel-Carlos. Prólogo. In: Sastre Ibarreche, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996, p. 15-17.
- SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.