



**A ASSIM CHAMADA ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA DE APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL**

*SO CALLED SUBSTANTIAL OPENNESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS CATALOGUE: A PROPOSAL FOR APPLICATION TO LABOR RELATIONS IN BRAZIL*

---

**Ingo Wolfgang Sarlet**

Pós-doutor e doutor em direito pela Universidade de Munique. Professor titular de Faculdade de direito e dos cursos de mestrado e doutorado em direito da PUC/RS. Juiz de direito do TJ/RS.

**Rodrigo Goldschmid**

Pós-doutorando em direito pela PUC/RS. Doutor em direito pela UFSC. Professor e pesquisador do PPGD – mestrado acadêmico em direito da UNOESC. Juiz do trabalho TRT12/SC.

**Resumo**

O presente artigo discute o conteúdo e significado do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988, verificando a possibilidade de sua aplicação às relações de trabalho à luz de alguns exemplos extraídos da legislação e da jurisprudência.

**Palavras-chave:** abertura material do catálogo - direitos fundamentais – direitos humanos – relações de trabalho

**Abstract**

This paper discusses the content and significance of the so called substantial openness of the fundamental rights catalogue in the Brazilian Federal Constitution of 1988, trying to apply this concept to the labor relations in the light of some examples obtained from legislation and judicial precedents.

**Key-words:** substantial openness of the catalogue – fundamental rights – human rights – human rights – labor relations.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como decorrência da globalização da economia, o assim chamado fenômeno da “flexibilização” do Direito do Trabalho<sup>1</sup>, que preconiza uma “relativização” da proteção jurídica dispensada ao trabalhador, motivada pelo pretexto de diminuição dos custos da produção e de viabilização de uma maior capacidade de competitividade da empresa no cenário mundial, vem colocando em cheque uma série de direitos fundamentais, designadamente os direitos dos trabalhadores, tudo a desembocar numa efetiva (basta lançar o olhar sobre outras ordens jurídicas, onde tal fenômeno já se instalou) ou potencial precarização de sua condição pessoal, econômica e social, o que igualmente exige reflexão a respeito.

Nesse contexto, quando em muitos casos se busca reduzir o espectro de direitos atribuídos aos trabalhadores, pode soar pelo menos ingênuo apostar na via contrária, qual seja, a de que o elenco de direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF) não se constitui em um rol fechado, estanque, mas que o próprio constituinte, em vários momentos, com destaque para o artigo 5º, § 2º, mas também mediante o previsto nos artigos 6º e 7º, *caput*, da CF, assegurou a expansividade do catálogo constitucional de direitos, que não podem ser limitados àqueles expressamente enunciados pelo constituinte.

Por evidente que uma maior amplitude do catálogo constitucional de direitos não é, por si só, algo que possa constituir intransponível embaraço para eventual restrição do âmbito de proteção de algum direito fundamental, pois os direitos não são absolutos, no sentido de absolutamente imunes – em regra – a limites e restrições. Mas também resulta sustentável o entendimento de que a inclusão de um direito não expressamente positivado no Título II da CF (incluindo, portanto, os direitos fundamentais dos trabalhadores), reconhecendo-lhe a condição de um autêntico direito fundamental, o torna mais robusto em face de eventuais medidas “flexibilizadoras” (para usar o termo da moda), já que os direitos fundamentais são dotados de um regime jurídico qualificado, no sentido de reforçado por um conjunto expresso e implícito de garantias.

Assim, após uma discussão mais geral (teórico-dogmática) do problema da abertura material do catálogo na CF na seara dos direitos fundamentais dos trabalhadores, buscar-se-á, na última parte, ilustrar a questão mediante recurso a exemplos extraídos das relações de trabalho e conectados aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com destaque para casos que envolvem a aplicação de Convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT (férias e cumulatividade de adicionais) e de normas internas infraconstitucionais (responsabilidade civil objetiva, preconizada no código civil, e da garantia de emprego ao trabalhador doente ou acidentado no trabalho, prevista na Lei 8.213/91).

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES E A ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO CONSTITUCIONAL (artigos 5º, § 2º e 7º, *caput*, CF)

---

1 Segundo Goldschmidt (2009, p. 129), flexibilização do Direito do Trabalho é: “[...] o movimento impulsionado pela ideologia neoliberal, que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do empregado na relação contratual com o seu empregador, com vistas a ‘baratear’ a mão-de-obra e o ‘custo’ da produção, viabilizando, pretensamente, a competitividade das empresas no mercado globalizado”.

Que o conjunto dos direitos fundamentais consagrados pela CF não se esgota naqueles expressamente positivados no Título II é algo que não tem sido contestado em termos gerais, decorrendo, aliás, do próprio texto constitucional, já que a teor do artigo 5º, § 2º, da CF, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>2</sup>. A partir de tal enunciado, é possível afirmar não apenas o cunho aberto e inclusivo do catálogo constitucional de direitos, como perceber que tal abertura a outros direitos fundamentais abarca tanto direitos expressamente consagrados em outras partes da CF e outros documentos jurídicos (com destaque para os tratados internacionais de direitos humanos) quanto compreende direitos deduzidos a partir do sistema constitucional, ou seja, de direitos que podem ser designados de implícitos, porquanto não expressa e diretamente positivados pelo constituinte<sup>3</sup>. Embora já bastasse o texto do artigo 5º, § 2º, CF, na condição de uma cláusula geral de abertura, para efeitos de integrar os direitos sociais e direitos dos trabalhadores à noção de uma abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais, o artigo 7º, *caput*, CF, ao dispor que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (grifo nosso), pode ser considerado como representando uma cláusula especial de abertura em matéria de direitos fundamentais dos trabalhadores, sem prejuízo da necessária interpretação sistemática que há de ser priorizada também nessa seara. De todo modo, o que importa, por ora, é fixar que o reconhecidamente generoso leque de direitos dos trabalhadores constitucionalmente consagrado não é por tal razão (pela sua amplitude) um rol fechado, no sentido de um *numerus clausus*<sup>4</sup>. A questão que se coloca é de saber quais são os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos em outras partes do texto constitucional e se há casos de direitos dos trabalhadores implicitamente positivados ou previstos em outros documentos jurídicos, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos e, de modo mais controverso, até mesmo na esfera da legislação infraconstitucional, o que será objeto de maior reflexão no próximo capítulo.

Quanto à primeira hipótese, ou seja, de típicos direitos dos trabalhadores (noção aqui compreendida em sendo amplo) dispersos no próprio texto constitucional, importa referir dois importantes exemplos, no caso, o da liberdade de associação sindical e o do direito de greve dos servidores públicos civis (artigo 37, VI e VII, CF), especialmente o segundo, objeto já de reconhecimento, como direito fundamental, pelo próprio STF<sup>5</sup>. De todo modo, vale a ressalva de que não se está aqui em face de direitos dispersos pelo texto constitucional, atribuídos aos trabalhadores da iniciativa privada, o que, de certo modo, se explica pela já apontada

2 Sobre essa temática, vale conferir TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 513; PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113 e ss.; MELLO, Celso de A. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo L. (Coord). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1ª e ss.; e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.p. 50 e ss..

3 Sobre o tópico, para maior desenvolvimento v. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014, p. 78 e ss.

4 Para o caso específico dos direitos dos trabalhadores, v., entre outros, MARTINEZ, Luciano (a). **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 102 e ss.

5 Cf. os julgamentos dos Mandados de Injunção 670 (Rel. Min. Maurício Corrêa), 708 (Rel. Min. Gilmar Mendes) e 712 (Rel. Min. Eros Grau), todos julgados na Sessão do dia 25.10.2007.

amplitude do elenco de direitos dos trabalhadores expressamente positivados no capítulo próprio do Título II da CF.

Já no que diz com os direitos dos trabalhadores elencados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que, a teor do artigo 5º, § 2º, CF, integram o catálogo constitucional de direitos fundamentais, importa lembrar que a aprovação pelo Congresso Nacional (após celebração dos tratados e atos internacionais pelo Presidente da República) constitui requisito precípua à sua internalização. Assim, distingue-se, atualmente, entre os tratados (com destaque aqui para as Convenções da OIT) aprovados mediante Decreto Legislativo e por votação por maioria simples e eventual aprovação mediante o procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, CF, que exige maioria qualificada de três quintos mediante votação nas duas casas do Congresso em dois turnos de votação. Em que pese a correta crítica endereçada por expressiva doutrina, que, já por força do disposto no artigo 5º, § 2º, CF, de há muito sustenta a tese da hierarquia constitucional (equivalente às normas constitucionais originárias) dos direitos humanos constantes dos tratados ratificados pelo Brasil<sup>6</sup>, o STF adotou (por maioria) o entendimento de que tais tratados (ressalvados os aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, CF) gozam de hierarquia supralegal, prevalecendo, portanto, sobre toda e qualquer norma interna infraconstitucional incompatível com o teor de tais documentos internacionais, sejam eles de caráter universal (v.g. os Pactos Internacionais da ONU e as Convenções da OIT), sejam eles de caráter regional (v.g. a Convenção de São José da Costa Rica e o Protocolo de São Salvador)<sup>7</sup>. Portanto, apenas no caso de conflito direto com o direito constitucional positivo (originário e derivado) é que poderá, a depender da interpretação em cada caso, prevalecer o direito interno constitucional, cuja supremacia segue sendo afirmada pelo STF.

Por sua vez, a existência de direitos fundamentais implícitos em matéria de direitos sociais e dos trabalhadores também não poderá ser desconsiderada, assumindo aqui destaque a garantia do mínimo existencial, mas também algumas manifestações da proteção da dignidade da pessoa humana e da personalidade no âmbito das relações de trabalho, como na esfera das revistas íntimas, do assédio moral, religioso e sexual, do assim chamado tele trabalho, entre outras, ainda que aqui não se trate de direitos titularizados apenas pelo sujeito-pessoa que se insere numa relação de trabalho.

### **3. A CLÁUSULA ESPECIAL DE ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E DOS DEVERES DE PROTEÇÃO ESTATAL NESSA SEARA**

Já se teve ocasião de verificar que a norma contida no art. 7º, *caput*, da CF, consagra, em sinergia com o art. 5º§§ 2º e 3º, da CF, uma assim chamada “cláusula especial de abertura material”, especial porquanto aplicada especificamente às relações de trabalho. Muito embora já bastassem tais preceitos constitucionais, o constituinte acabou, ainda que de modo indireto, reforçando tal perspectiva (a do

6 Cf. por todos, PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43 e ss.

7 Cf., especialmente a partir do julgamento do RE nº 466.343-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03.12.2008, que veio a desembocar na edição da Súmula Vinculante nº 31, de 10/12/2009, e que passou a proscrever a prisão civil do depositário infiel, mesmo quando em causa créditos trabalhistas e o assim chamado mínimo existencial.

cunho inclusivo dos direitos fundamentais dos trabalhadores) em outras passagens do texto constitucional. Assim, por exemplo, no art. 170, CF, que trata da ordem econômica, afirma-se que esta é fundada na valorização do trabalho humano. No art. 193, CF, já na seara da ordem social, prescreveu o constituinte que esta tem como base o primado do trabalho. Por sua vez, o art. 205, enuncia que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e sua qualificação para o trabalho, etc.

Mas o certo é que com base no art. 7º, *caput*, CF, é possível sustentar que, a despeito do amplo elenco de posições jurídicas ali consagradas (sem prejuízo do disposto nos arts. 8º a 11, CF), o rol em questão não é taxativo, ao contrário, é meramente exemplificativo, isso porque o *caput* do preceito expressamente abre o catálogo para agregar, materialmente no seu bojo, “outros” direitos “que visem à melhoria de sua” (leia-se: do trabalhador) “condição social”.

Contudo, poucas são as referências (e menos ainda com maior desenvolvimento) na doutrina pátria sobre a abertura material do catálogo de direitos fundamentais a partir do *caput* do art. 7º da CF<sup>8</sup>, razão pela qual aqui se pretende pelo menos agregar algumas notas para a discussão, especialmente no que diz respeito a possíveis posições jurídicas fundamentais dos trabalhadores com sede na legislação infraconstitucional, já que, consoante já adiantado, quanto a existência de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional e mesmo direitos fundamentais implícitos não se verificam maiores objeções, pelo menos no concernente à possibilidade de sua existência. O mesmo, por sua vez, é possível afirmar em relação aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, naquilo em que contemplam direitos e garantias dos trabalhadores.

De qualquer sorte, é preciso enfatizar que o reconhecimento de outros direitos fundamentais dos trabalhadores é também informada por outros importantes princípios, dois dos quais integram o título dos princípios fundamentais da CF, designadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o do valor social do trabalho, o qual, por seu turno, encontra-se contemplado no mesmo dispositivo que alberga a livre iniciativa, tudo a apontar para uma pelo menos tendencial simetria entre capital e trabalho em nosso sistema constitucional<sup>9</sup>. Tais princípios servem de fundamento àquele que é considerado, pela doutrina trabalhista, como sendo o mais importante para as relações de trabalho, qual seja, o “princípio da proteção”. Com efeito, de acordo com o magistério de Rodriguez (2002, p. 83):

O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo

8 A respeito dessa temática vale conferir SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. p. 90-91; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência**. São Paulo: Ltr, 2009, p. 195 e ss; VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. 2ª ed. Passo Fundo: UPF, 2007, p. 105; WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: Ltr, 2014, p. 223 e ss. e MARTINEZ, Luciano (b). **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82 e ss.

9 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, Os Direitos dos Trabalhadores como Direitos Fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.), **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20 e ss.

preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

O assim chamado princípio da proteção parte do pressuposto que nas relações de trabalho, o empregador e o empregado não discutem e acordam, em pé de (tendencial) igualdade, as cláusulas do contrato de trabalho. Nesse contexto, de uma relação em geral “assimétrica”, verifica-se a necessidade de um conjunto de normas que protejam o trabalhador em face do poder diretivo e de comando do empregador, daí a necessidade e o fundamento teórico do aludido princípio da proteção, que, do ponto de vista jurídico, se apresenta mediante um conjunto de princípios e regras de cunho protetivo de matriz constitucional, internacional (e internalizada) e infraconstitucional internas. Além disso, a própria CF enuncia um conjunto de deveres de proteção de caráter específico para as relações de trabalho, como a proteção contra a despedida arbitrária, a proteção contra os riscos e efeitos da automação, entre outros.

Ainda nesse contexto, convém sublinhar que o princípio geral da proteção do trabalhador e os deveres especiais de proteção não são incompatíveis com a acima referida simetria entre capital e trabalho, pelo contrário, são garantias (instrumentos) para que tal simetria (que sempre é tendencial e não assume caráter absoluto) possa ser de fato assegurada, o que aqui, todavia, não será objeto de maior desenvolvimento.

Além do princípio da proteção do trabalhador, importa colacionar outro princípio, que, embora mais genérico, pois não se destina apenas às relações de trabalho, assume particular repercussão, ainda mais quando somado ao princípio da proteção e demais princípios e deveres já referidos. Cuida-se do assim denominado “princípio da norma mais favorável”, de acordo com o qual, em face de duas ou mais normas que incidem simultaneamente em uma mesma relação jurídica, prevalecerá a mais favorável ao trabalhador e seus direitos humanos e fundamentais, princípio esse que, embora oriundo do direito internacional dos direitos humanos e utilizado em caso de conflitos com a normativa e jurisprudência nacional, acabou sendo mesmo incorporado – e essa a exegese mais adequada – pelo artigo 7º, *caput*, da CF.

De acordo com tal preceito, o elenco de direitos fundamentais dos trabalhadores não poderá ser objeto de redução (no sentido de supressão de algum dos direitos enunciados), mas sim, de ampliação. Dentre as compreensões mais festejadas do sentido e alcance teórico e prático da norma contida no art. 7º, *caput*, vale colacionar o entendimento de Camino (2004, p. 121-2):

A norma hierarquicamente inferior e menos favorável não pode prevalecer sobre a hierarquicamente superior porque reduz o que está minimamente garantido nesta última. A norma hierarquicamente inferior e mais favorável deve prevalecer sobre a norma hierarquicamente superior porque amplia o que está minimamente garantido nesta última. No primeiro caso, a norma hierarquicamente superior é a *norma mínima*, no segundo, a norma hierarquicamente

inferior é a *norma mais favorável*. Daí, a regra segundo a qual no confronto de normas de hierarquia diversa, sempre que a de *status* inferior consagrar a ampliação de direito garantido na superior, prevalecerá a primeira, numa interação dinâmica e não estática das fontes formais. Esse procedimento está perfeitamente afinado com o princípio da proteção, atuante na interpretação do direito do trabalho.

Agrega-se aqui a ideia desenvolvida por Vecchi (2007, p. 105), o qual, tecendo comentários ao *caput* do art. 7º do texto constitucional, assevera: “Como vemos, o artigo em análise, estabelece um *modus* operativo e interpretativo que deverá ser seguido não só pelo Poder Judiciário, mas também pelos poderes Executivo e Legislativo (eficácia vertical), bem como alcançado aos particulares (eficácia horizontal).”

Diante desse quadro teórico, é possível sintetizar que o rol de direitos fundamentais formalmente previstos no art. 7º da CF consiste numa espécie de “patrimônio jurídico mínimo do trabalhador”, um conjunto básico de direitos fundamentais dos trabalhadores. De outra sorte, o *caput* do preceito em tela abre o catálogo desses direitos fundamentais básicos permitindo a inclusão de outros tantos que “visem à melhoria da condição social do trabalhador”. Nessa senda, o art. 7º da CF, corporificando e dando vasão prática ao princípio da proteção e ao princípio (e critério) da norma mais favorável, permite agregar, com sede na Constituição, nos tratados internacionais ou na legislação infraconstitucional, outros direitos de possível cunho fundamental, desde que impliquem na melhoria da condição social do trabalhador.

Para o caso de posições jurídicas (direitos) reconhecidas expressamente na legislação infraconstitucional, a sua condição de direito fundamental em sentido material, contudo, pelo menos de acordo com a exegese proposta pelo primeiro autor, encontra-se na dependência de poder ser simultaneamente reconduzida, ainda que de forma implícita, a um direito fundamental de matriz constitucional ou consagrado em tratado internacional de direitos humanos que tenha sido devidamente ratificado pelo Brasil.

Note-se, ademais, que o *caput* do art. 7º da CF, ao abrir o catálogo de direitos fundamentais trabalhistas para “outros direitos” que visem à melhoria da condição social do trabalhador, não estabeleceu qualquer hierarquia ou qualidade a tais “outros direitos”. Logo, onde a Constituição não discrimina, não cabe ao intérprete discriminar. Com isso, esses “outros direitos”, ainda que oriundos de tratados internacionais ou de normas infraconstitucionais (atendidos os pressupostos acima referidos), desde que traduzam uma efetiva “melhoria na condição social do trabalhador” e preencham os requisitos da assim chamada fundamentalidade material<sup>10</sup> (como direitos atribuídos a um sujeito ou grupo de sujeitos, que ampliem a proteção e/ou promovam a dignidade da pessoa humana, no caso, do trabalhador) serão legitimamente considerados típicos direitos fundamentais, pelo menos – se não estiverem contemplados expressa ou implicitamente no texto constitucional – em sentido apenas material.

---

10 Sobre o tema vale conferir MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Tomo IV, 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012 p. 12 e ss; e ANDRADE, José Carlos Veira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004 p. 75 e ss.

## 4. APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO DE ALGUNS EXEMPLOS

### 4.1 NOTAS PRELIMINARES

À luz do marco normativo e premissas teóricas sumariamente enunciadas nos segmentos anteriores, buscar-se-á agora, mediante recurso a alguns possíveis exemplos, ilustrar como se pode tornar produtiva a abertura material do catálogo constitucional na seara dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Na primeira hipótese, cuida-se das Convenções 132 e 155 da OIT, ao passo que os demais exemplos dizem com os casos da responsabilidade civil objetiva e da garantia de emprego do trabalhador acometido de doença/acidente de trabalho, os quais, por sua vez, envolvem a aplicação de normas infraconstitucionais iluminadas por direitos fundamentais previstos na CF.

### 4.2 O CASO DA CONVENÇÃO OIT n° 132 - FÉRIAS

O artigo 7, inciso XVII, da CF define como direito fundamental do trabalhador o gozo de férias anuais de 30 dias, acrescidas de uma adicional remuneratória de 1/3. Trata-se de um direito fundamental porque visa: 1) limitar a duração do trabalho, 2) proporcionar recomposição da saúde física e mental do trabalhador, 3) permitir ao trabalhador o convívio familiar e social e 4) viabilizar a fruição do direito fundamental ao lazer, preconizado no art. 6º da CF.

Isso assentado, de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, o empregado que for despedido por justa causa antes de ter completado o período aquisitivo de férias, perde o direito de receber as férias proporcionais do período. Em outras palavras, o empregado nessa condição não usufrui e nem tem indenizadas as férias proporcionais até então proporcionalmente adquiridas.

Essa interpretação se extrai dos artigos 146, parágrafo único e 147 ambos da CLT<sup>11</sup>, segundo os quais o empregado despedido por justa causa, com mais ou menos de um ano de serviço, não tem direito a receber férias proporcionais<sup>12</sup>. Só terá direito a receber, se for o caso, o período de férias já adquirido pelo transcurso de um período aquisitivo completo.

---

11 Art. 146 - Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido. Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias.

Art. 147 - O empregado que for despedido sem justa causa, ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de conformidade com o disposto no artigo anterior.

12 Vide, também, a súmula 171 do TST: “**FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO. DJ 05.05.2004** - Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT) (ex-Prejulgado nº 51).



Pois bem, a Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, em vigor no nosso Direito interno desde 5 de outubro de 1999, por força do Decreto n. 3.197, estabelece, no seu artigo 5, 1 e 2, um período mínimo que pode ser exigido para a aquisição do direito de férias, sendo que dito período não poderá ultrapassar, em caso algum, o interregno de 6 meses.

Por seu turno, o artigo 11 da Convenção em tela preconiza que: “Toda a pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o parágrafo 1 do art. 5 da presente Convenção deverá ter direito em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalentes.”

Como se depreende dos termos da norma convencional, o trabalhador que tiver pelo menos seis meses de trabalho na empresa e vier a ter o seu contrato extinto (com ou sem justa causa), tem direito de receber as férias proporcionais atinentes, acrescidas de 1/3.

Sem dúvida, trata-se de um regime jurídico mais favorável ao empregado, que amplia o âmbito de proteção do direito fundamental às férias, garantindo-as, também, para o empregado despedido com justa causa que possui período igual ou superior a seis meses de trabalho na empresa.

Veja-se, no regime do art. 146, parágrafo único, da CLT, o empregado despedido com justa causa, ainda que com período superior a seis meses de trabalho, mas inferior a um ano, perde integralmente o direito às férias proporcionais.

Logo, o art. 11 da Convenção OIT n. 155, por constituir uma norma mais benéfica ao trabalhador, pelo que até aqui se abordou, pode ingressar no catálogo de direitos fundamentais trabalhistas pela abertura material preconizada pelo *caput* do art. 7 da CF<sup>13</sup>, que manda agregar, como exaustivamente visto nos tópicos anteriores, “outros direitos” (no caso, o art. 11 da Convenção OIT n. 155) que visem à “melhoria da condição social” do trabalhador. Mas não só por essa via, posto que, por tratar-se de norma de Direito Internacional, que aumenta o âmbito de proteção do direito fundamental a férias, dito preceito também pode ingressar pela abertura

---

13 A respeito, por similar, cita-se a seguinte ementa de acórdão: “CONVENÇÃO N. 132 DA OIT. DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA. DEFERIMENTO DAS FÉRIAS PROPORCIONAIS. A Convenção n. 132 da OIT, ingressando no ordenamento jurídico com status de lei (Decreto n. 3.197/99), derogou as disposições em contrário ao dispor que 'toda a pessoa empregada' em caso de 'cessação da relação empregatícia', sem fazer qualquer ressalva à modalidade de extinção do vínculo, terá direito às férias proporcionais, tendo completado o período mínimo de serviço a que se refere o art. 5, 1 da norma. (RO 0002035-58.2010.5.12.0054, Secretaria da 3ª Turma, TRT12, JOSÉ ERNESTO MANZI, publicado no TRTSC/DOE em 09/05/2011).

A respeito, vale citar o teor do Enunciado n. 21 aprovado pela 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, Escola Nacional de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e Conselho de Escolas de Magistratura Trabalhista – CONEMATRA, ocorrida nos dias 21 a 23 de novembro de 2007. Disponível em: [www.anamatra.org.br](http://www.anamatra.org.br). Acesso em 17/09/2014:

21. FÉRIAS. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 132 DA OIT: I – A época das férias será fixada pelo empregador após consulta ao empregado, salvo manifestação em contrário exteriorizada em acordo ou convenção coletiva; II – As férias poderão ser fracionadas por negociação coletiva, desde que um dos períodos não seja inferior a duas semanas; III – Qualquer que seja a causa de extinção do contrato de trabalho serão devidas férias proporcionais.

---

material preconizada pelo parágrafo segundo do art. 5 da CF, sendo compatível com o regime de princípios da Constituição, ampliando o leque de proteção do indivíduo trabalhador<sup>14</sup>.

### 4.3 O CASO DA CONVENÇÃO OIT n° 155 – CUMULATIVIDADE DE ADICIONAIS DA INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

De acordo com o art. 7º, inciso XXIII, os adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade são direitos fundamentais dos trabalhadores, de natureza instrumental, porque, ao impor um ônus pecuniário ao empregador, visa demovê-lo de exigir do empregado trabalho em condições insalubres, perigosas ou penosas.

Tratam-se de direitos fundamentais que visam obstar o trabalho em condições adversas (que afetam a saúde, a vida e a dignidade da pessoa humana) ou, não sendo possível, ao menos compensar o trabalhador submetido a tais condições.

Dito de outro modo, os adicionais em tela são, pelo menos, direitos fundamentais formais que outorgam, ao seu titular, um mecanismo que visa demover a prestação do trabalho penoso, insalubre ou perigoso ou, não sendo possível, pelo menos compensar, ainda que paliativamente, os danos gerados pelo trabalho executado nessas circunstâncias.

A título de registro, cumpre esclarecer que muito embora a Constituição preveja o adicional de penosidade como um direito fundamental, o fato é que dito direito padece de eficácia concreta, posto que, até hoje, não foi regulamentado pelo legislador, inexistindo critérios objetivos para a sua configuração e quantificação.

Feitas essas colocações, o art. 193, parágrafo 2º, da CLT, que regulamenta o pagamento dos adicionais em tela (insalubridade e periculosidade), prevê o adimplemento de apenas um adicional, ainda que o trabalho seja simultaneamente insalubre e perigoso ou, sendo apenas insalubre, o seja por mais de um agente (físico e químico ou químico e biológico, etc.).

Sucedo que a Convenção n. 155 da OIT, que entrou em vigor no nosso ordenamento pátrio em 29/09/1994, por força do Decreto n. 1254/94 estabelece no seu artigo 11, letra “b”, que para implementar e garantir uma política nacional de segurança e saúde dos trabalhadores a autoridade competente do Estado parte deverá, entre outras medidas e ações, “levar em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes” (grifo nosso).

Ora, esse dispositivo convencional, na esteira do que foi acima abordado, permite uma leitura mais benéfica ao trabalhador, posto que determina que a autoridade competente leve em consideração (e, por isso mesmo, dê tratamento adequado e proporcional) os riscos para saúde do trabalhador decorrente de sua exposição simultânea a diversos substâncias e agentes.

---

14 Sobre a temática, vale a pena colher a lição de Andrade (2004, p. 89) : “Os direitos fundamentais internacionais serão os contidos nos pactos e convenções e ainda os que constem de regras de direito internacional geral ou comum. Revelam a este propósito, aqueles que não existam, pelo menos formalmente, no catálogo interno, mas, mesmo quanto aos direitos ‘repetidos’, sempre poderão surgir formulações novas e mais claras, tal como lhes pode vir a ser dado, por via interpretativa, alcance mais vasto. A dinâmica da evolução dos direitos na esfera internacional é hoje muito mais intensa que no plano interno e poderá, em certos casos, contribuir para as transformações constitucionais.”

Isso remete à possibilidade de o empregador, em não prevenindo a exposição ao risco simultâneo (dois ou mais agentes insalubres ou perigosos), ao menos pague, ao empregado, um adicional para cada substância ou agente a que o mesmo estiver exposto em razão do trabalho que exerce.

Essa norma convencional, por ampliar o âmbito de proteção do direito fundamental do trabalhador, quer onerando mais o empregador como forma de demovê-lo de exigir do empregado trabalho em condições insalubres ou perigosas ou, não sendo isso possível, aumentando a compensação pecuniária em favor do empregado que trabalha sob a exposição de tais riscos, pode ingressar no catálogo de direitos fundamentais do trabalhador não só por força da abertura material preconizada no *caput* do art. 7º da CF, mas também pelo flanco oportunizado pelo parágrafo 2º do art. 5º da Carta, por ampliar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, nomeadamente a saúde, vida e dignidade da pessoa humana, figurando, por isso mesmo, a Convenção n. 155 da OIT, como um verdadeiro instrumento internacional de proteção de direitos humanos<sup>15</sup>, passando a possuir *status* de típica norma constitucional fundamental, com os atributos atinentes, consoante abordado nos tópicos em epígrafe.

#### **4.4 O CASO DO ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR QUE DESENVOLVE ATIVIDADES “NATURALMENTE” DE RISCO**

De acordo com o inciso XXVIII do artigo 7º da CF, a responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador é, em regra, subjetiva, ou seja, depende, para a sua caracterização, da comprovação da culpa do empregador. A par disso, o preceito em tela é, ao menos como posição jurídica, um direito fundamental do trabalhador.

Porém, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil previu a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente da comprovação da culpa, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.”

---

15 A respeito, citam-se estes outros precedentes: 1) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. O adicional de insalubridade visa indenizar danos causados ao trabalhador pelo contato diuturno com agentes agressivos a sua saúde. O adicional de periculosidade tem por fim compensar o risco à vida a que o trabalhador está exposto em decorrência do contato com agentes perigosos. Dessa forma, infere-se que os dois adicionais possuem fatos geradores diversos, diante do que devem ser pagos cumulativamente, sempre que o trabalhador exercer atividade que, por sua natureza, condições ou método de trabalho, exponha-o de forma concomitante a agentes insalubres e situações de perigo. O direito à acumulação dos adicionais está alicerçado no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1, CRFB/88), no inciso XXII do art. 7 da CRFB/88, que impõe a adoção de medidas tendentes a propiciar a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e também na Convenção n. 155 da OIT, que determina que sejam considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes (art. 11, b). (RO 0003229-28.2012.5.12.0053. Secretaria da 1ª Turma, TRT12, VIVIANE COLUCCI, publicado no TRTSC/DOE em 07/05/2014). 2) ADICIONAIS. INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Merece ser dada ao art. 193, parágrafo 2, da CLT, que dispõe que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido, interpretação conforme a Constituição e a ordem jurídica atual, nos termos do disposto no art. 5, inc. V, da Constituição da República e da Convenção n. 155, art. 11, “b”, da OIT (RO 0004133-83.2012.5.12.0009, Secretaria da 1ª Turma, TRT12, AGUEDA MARIA LAVORATO PEREIRA, publicado no TRTSC/DOE em 05/02/2014).

Esse dispositivo se aplica ao Direito do Trabalho<sup>16</sup>, por força do *caput* do artigo 7 da CF, verdadeira cláusula aberta<sup>17</sup> que parece autorizar a aplicação de “outras normas” (tenham elas assento ou não na Constituição, posto que o *caput* do art. 7, como acima visto, não estabelece tal distinção) que visem à melhoria da condição social do trabalhador<sup>18</sup> (e, portanto, são materialmente fundamentais)<sup>19</sup>.

- 16 A respeito, vale citar o teor do Enunciado n. 37 aprovado pela 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, Escola Nacional de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e Conselho de Escolas de Magistratura Trabalhista – CONEMATRA, ocorrida nos dias 21 a 23 de novembro de 2007. Disponível em: [www.anamatra.org.br](http://www.anamatra.org.br). Acesso em 17/09/2014: “**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO.** Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.”
- 17 No ponto, de forma mais ampla, colhe-se a lição de Canotilho (1993, p. 528): “Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, *direitos fundamentais formalmente constitucionais*, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A constituição admite (cfr. Art. 16 – Constituição Portuguesa), porém outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direitos internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados *direitos materialmente fundamentais*. Por outro lado, trata-se de uma 'norma de *fattispecie* aberta' de forma a abranger, para além das positivizações concretas, todas as possibilidades de 'direitos' que se propõem no horizonte da ação humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao *princípio da não identificação* ou da *cláusula aberta*. Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais*. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”. Também, de forma mais específica, a lição de Melo (2006, p. 72-3): “A mais simples análise dessas disposições constitucionais mostra que o disposto no inciso XXVIII constitui garantia mínima ao trabalhador. Ademais a expressão constante no *caput* do art. 7º ('outros direitos que visem à sua melhoria') deixa claro que nenhum dos direitos encartados nos seus incisos é de conceito e conteúdo fechados e imutáveis. De um lado, tem esta expressão dimensão prospectiva, pois 'estabelece um objetivo a ser perseguido pelo Poder Público, que é a melhor condição social do trabalhador. Não se cuida de exortação moral destituída de eficácia jurídica. É cláusula vinculativa que carrega um juízo de inconstitucionalidade aos atos que lhe são contrários; de outro, a vontade do constituinte e a expressão da Lei Maior são no sentido de assegurar no referido artigo um *patamar mínimo de direitos fundamentais*, deixando aberta a possibilidade de serem criados outros direitos e melhorados aqueles já enumerados. Essa criação pode decorrer de alteração constitucional, infraconstitucional e convencional.”
- 18 Nessa esteira, Piovesan (2010, p. 25) pondera com propriedade: “Outro relevante princípio é o atinente à interpretação dinâmica e evolutiva dos dispositivos pertinentes aos direitos sociais. É tarefa do intérprete considerar as mudanças ocorridas nos planos social e político para a adequada interpretação dos direitos previstos nos planos constitucional e internacional. O alcance e o significado dos direitos não podem restar confinados e estagnados às concepções do momento em que foram elaborados os instrumentos normativos, devendo ser estes concebidos como *living instrument*, a ser interpretado à luz das condições dos dias presentes. Cabe aos intérpretes proteger e salvaguardar os direitos sociais, desenvolvendo o alcance e o sentido desses direitos à luz do contexto e dos valores contemporâneos. Aos intérpretes cabe o desafio de 'vitalizar' os instrumentos protetivos e não 'fossilizá-los', deixando-os reféns do passado. Os parâmetros internacionais e constitucionais não podem ser considerados estáticos, mas devem refletir as transformações sociais. A interpretação evolutiva demanda sejam consideradas realidades e atitudes contemporâneas e não a situação existente ao tempo em que os textos foram elaborados.”
- 19 Aqui, cabe a advertência de Canotilho (2006, p. 356): “[...] a dimensão básica de muitos direitos é a 'abertura material' e o seu 'peso principal' inevitavelmente postuladores de tarefas de concordância e de ponderação assentes não em esquemas dicotômicos superior/inferior, constitucional/ordinário, mas em metódicas concretamente concretizadoras das dimensões materiais dos direitos em causa”.

Vale apontar que essa abertura sistêmica, contemplando em princípio (e dadas as circunstâncias) direito mais benéfico ao trabalhador, designadamente quando decorrer do regime de direitos fundamentais trabalhistas, ampliando o seu âmbito de proteção, além de permitido pelo *caput* do art. 7º da CF, está em consonância, como visto nas linhas pretéritas, com o clássico princípio da proteção que preside o Direito do Trabalho, segundo qual havendo duas ou mais fontes aplicáveis ao caso concreto, aplica-se aquela mais benéfica ao trabalhador, ainda que de hierarquia inferior.

Então, por intermédio dessa cláusula especial de abertura material do catálogo de direitos fundamentais trabalhistas, e desde que preenchidos todos os pressupostos do art. 927, parágrafo único, do CC (norma heterotópica), é possível defender que esse último preceito, por traduzir uma condição mais benéfica ao trabalhador, ampliando as possibilidades de reparação de danos sofridos (conteúdo de fundamentalidade decorrente do caráter de proteção da dignidade da pessoa humana) constitui, também, ao lado do inciso XXVIII do art. 7º da CF (responsabilidade civil subjetiva do empregador), um direito fundamental do empregado (responsabilidade civil objetiva do empregador no caso de dano decorrente de atividade "naturalmente de risco"), na condição de posição jurídica fundamental<sup>20</sup>.

Com isso, outrossim, não se está a fechar os olhos para uma série de aspectos controversos, inclusive no que diz com o impacto desproporcional sobre outros direitos e bens fundamentais e mesmo para a problemática "objetivação" da responsabilidade civil, tópicos que aqui não poderão ser desenvolvidos.

#### **4.5 O CASO DO ART. 118 DA LEI 8.213/91 – GARANTIA DE EMPREGO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA DO EMPREGADO ACIDENTADO NO TRABALHO**

Ainda, merece destaque que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) já reconheceu a constitucionalidade da garantia de emprego contra a despedida arbitrária prevista em norma heterotópica, ou seja, fora do catálogo do Direito Material do Trabalho, mas em consonância com as diretrizes constitucionais que

---

20 Sobre a aplicação da responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho, a despeito do que preconiza o inciso XXVIII do art. 7 da CF, citam-se os seguintes precedentes: 1) ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CAUSADOR DO DANO. RISCO CRIADO PELA NATUREZA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. Em hipóteses específicas em que há risco inerente à atividade empresarial, deve ser reconhecida a responsabilidade objetiva do causador do dano. A regra contida no art. 7, inc. XXVIII, da Constituição Federal, que atribui ao empregador o dever de indenizar dano decorrente de acidente de trabalho na hipótese de dolo ou culpa, não exclui a possibilidade de reparação civil, independentemente de culpa, "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem", conforme a previsão do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. (RO 0004063-72.2012.5.12.0007, Secretaria da 1ª Turma, TRT12, AGUEDA LAVORATO PEREIRA, publicado no TRTSC/DOE em 31/07/2014). 2) RESPONSABILIDADE OBJETIVA. O art. 7, inciso XXVIII, da Constituição Federal, ao consagrar a teoria da responsabilidade subjetiva nas lides oriundas de acidente do trabalho, a qual pressupõe a necessidade da prova de uma ação ou omissão que se revele danosa ao empregado, bem como do nexo de causalidade entre esta e o trabalho desenvolvido em favor do empregador, não exclui a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva ao empregador nos casos expressamente previstos em lei, quando a atividade a que se submeteu o empregado seja dotada de risco acentuado à sua integridade física. (RO 0000797-37.2013.5.12.0009, Secretaria da Segunda Turma, TRT12, ROBERTO BASILONE LEITE, publicado no TRTSC/DOE em 17/07/2014).

informam esse ramo especializado do Direito<sup>21</sup>.

É o caso da garantia contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado vítima de acidente do trabalho ou acometido de doença do trabalho. Tal garantia está prevista no art. 118 da Lei 8213/91 (lei dos benefícios da previdência social). Tal dispositivo reza: "O segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente da percepção do auxílio-acidente."

Ora, as garantias ou estabilidades de emprego estão previstas no art. 7, inciso I, da CF (garantia ampla de emprego contra a despedida arbitrária), no art. 8, VIII, da CF (estabilidade no emprego do dirigente sindical, titular ou suplente) e no art. 10 do ADCT (garantia de emprego contra a despedida arbitrária da empregada gestante e do empregado (a) membro eleito, titular ou suplente, da Comissão Interna de Prevenção contra Acidentes – CIPA).

Nada obstante, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) reconheceu como válida e constitucional a garantia prevista no art. 118 da Lei 8213/91 (norma heterotópica), justamente por traduzir uma condição mais benéfica ao trabalhador, estando em consonância com o *caput* do art. 7º da CF que, como visto, constitui uma cláusula especial aberta para outros direitos ou garantias materialmente fundamentais (porque ampliam o âmbito de proteção da dignidade humana do trabalhador, possuindo, por isso mesmo, conteúdo de fundamentalidade), como é o caso ora em apreço.

Também, na mesma linha hermenêutica, o TST incluiu o inciso III na súmula 378 e o inciso III na súmula 244 (gestante) para assegurar ao trabalhador doente/acidentado e à trabalhadora gestante, a garantia contra a despedida arbitrária mesmo que dita garantia se dê no curso de um contrato por prazo determinado (já que o término deste se dá pelo transcurso do prazo e não por manifestação de vontade, no caso, uma despedida arbitrária), pela razão de que ditas garantias, ao serem fixadas, não distinguiram entre contratos por prazo determinado ou indeterminado, hermenêutica essa que se coaduna com o *caput* do art. 7º da CF, por traduzir uma interpretação mais favorável ao obreiro (princípio da proteção), tendo *status*, ao que parece, de direito materialmente fundamental, na medida em que amplia o âmbito de proteção do direito fundamental do (a) trabalhador (a) contemplado-o (a) com as garantias, agora também ampliadas (para incidir inclusive em contratos por prazo determinado) contra a despedida arbitrária em apreço.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

21 Eis o teor da Súmula 378 do TST: ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 118 DA LEI N. 8.213/1991: I – É constitucional o art. 118 da Lei 8.213/91 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. II – São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho previsto no art. 118 da Lei n. 8.213/91. SÚMULA n. 244 do TST: (...) III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

As considerações precedentes bem demonstram o quanto a cláusula geral de abertura material do catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, § 2ª, CF) e a cláusula especial de abertura para a seara dos direitos dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, CF) merecem um enfrentamento adequado pela doutrina e jurisprudência, revelando, ademais, elevado impacto teórico e prático para uma produtiva e responsável identificação de posições jurídicas fundamentais dos trabalhadores para além das expressamente positivadas na CF. Tais direitos, que se incorporam, na condição de materialmente fundamentais, ao catálogo constitucional, hão de corresponder aos critérios materiais de fundamentalidade extraídos do próprio sistema constitucional em sintonia com o direito internacional dos direitos humanos. Assim, em regra, cuida-se de direitos que (1) são atribuídos a um indivíduo ou grupo de indivíduos, (2) ampliam o âmbito de proteção dos direitos humanos e fundamentais desse (s) indivíduo (s), (3) afirmam, protegem e promovem a dignidade humana desse (s) indivíduo (s).

Tanto tratados internacionais (convenções, como é o caso da OIT) de direitos humanos, quanto a própria legislação infraconstitucional, pelo menos naquilo que apenas densifica posições jurídicas fundamentais expressa ou implicitamente consagradas na CF ou mesmo em tratados de direitos humanos, poderão ser a fonte de tais direitos materialmente fundamentais dos trabalhadores, ressaltando-se aqui a controvérsia em torno da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos na ordem interna e mesmo a querela em torno da possibilidade e dos limites de reconhecimento de direitos fundamentais com base na legislação infraconstitucional.

No sistema jurídico trabalhista brasileiro, é possível identificar, entre outros, ao menos quatro casos concretos de direitos materialmente fundamentais que não constam na CF, mas que são por ela abarcadas pela via de suas cláusulas de abertura material do catálogo de direitos fundamentais.

Dois exemplos envolvem a aplicação de Convenções Internacionais da OIT (Convenção 132, que versa sobre o direito de férias, e Convenção 155, que versa sobre a cumulatividade de adicionais de insalubridade e periculosidade), ao passo que os outros dois casos envolvem a aplicação de leis ordinárias infraconstitucionais (responsabilidade civil objetiva, prevista no Código Civil brasileiro e a garantia de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa de empregado doente/acidentado do trabalho, previsto na Lei 8213/91 – Lei dos benefícios da Previdência Social).

Nesses casos concretos, observou-se que as normas contidas nas Convenções da OIT e na legislação ordinária infraconstitucional ampliaram o âmbito de proteção do direito fundamental previsto textualmente na CF, tratando-se, pois, de normas mais benéficas ao trabalhador, coadunando-se perfeitamente com o que preconiza o *caput* do art. 7º da CF (cláusula especial de abertura material do catálogo de direitos fundamentais trabalhistas), que impõe sejam reconhecidos “outros direitos” (com ou sem assento da Constituição) que visem a “melhoria da condição social” do trabalhador.

Vale adicionar que nos casos de aplicação das Convenções da OIT 132 (férias) e 155 (cumulatividade de adicionais) as normas respectivas também ingressam pela abertura material preconizada pelo parágrafo 2º do art. 5º da CF, justamente por ampliar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais trabalhistas respectivos, estando em consonância com o regime de princípios da CF, em particular o princípio da proteção consagrado, justamente, no *caput* do art. 7 da CF.

Por derradeiro, as proposições teóricas aqui tecidas, aplicadas a alguns casos concretos extraídos das relações de trabalho no Brasil e ilustradas mediante recurso à jurisprudência, permitem concluir que o Direito do Trabalho, aplicado e interpretado à luz da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais e toda a sua potencialidade, permite incrementar os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, dando maior concretude ao princípio da proteção do trabalhador e aos deveres constitucionais especiais de proteção, e, em última análise, permitindo, de modo produtivo, promover e ampliar, na medida do que for fática e juridicamente possível, o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana do sujeito-pessoa-trabalhador.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Veira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BRASIL. **Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**: Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 09.08.1943. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 27 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 27 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**: Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25.07.1991. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em 27 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994**: Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30.09.1994. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D1254.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm). Acesso em 27 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.197, de 05 de outubro de 1999**: Promulga a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Férias Anuais Remuneradas (revista em 1970), concluída em Genebra, em 24 de junho de 1970. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30.09.1994. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3197.htm). Acesso em 27 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11.01.2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em 27 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 171**. Brasília, DF. DJ 05.05.2004. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_151\\_200.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html). Acesso em: 27 nov. 2014.



---

\_\_\_\_\_. *Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 244. Brasília, DF. DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.htm#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.htm#SUM-244). Acesso em: 27 nov. 2014.*

\_\_\_\_\_. *Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 378. Brasília, DF. DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.htm#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.htm#SUM-244). Acesso em: 27 nov. 2014.*

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário. Relator: José Ernesto Manzi. Proc. n. 0002035-58.2010.5.12.0054. 3ª Turma. Publicado no TRTSC/DOE em 09/05/2011. Florianópolis.*

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário. Relator: Roberto Basilone Leite. Proc. n. 0000797-37.2013.5.12.0009. 2ª Turma. Publicado no TRTSC/DOE em 17/07/2011. Florianópolis.*

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário. Relatora: Agueda Maria Lavorato Pereira. Proc. n. 0004133-83.2012.5.12.0009. 1ª Turma. Publicado no TRTSC/DOE em 05/02/2014. Florianópolis.*

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário. Relatora: Viviane Colucci. Proc. n. 0003229-28.2012.5.12.0053. 1ª Turma. Publicado no TRTSC/DOE em 07/05/2014. Florianópolis.*

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário. Relatora: Agueda Maria Lavorato Pereira. Proc. n. 0004063-72.2012.5.12.0007. 1ª Turma. Publicado no TRTSC/DOE em 31/07/2014. Florianópolis.*

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4ª Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado**. Constituição, direitos fundamentais e direito privado (Ingo Wolfgang Salet Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 339-357.

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

MARTINEZ, Luciano (a). **Condutas antissindiciais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. (b). **Curso de Direito do Trabalho**. 2ªa. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

MELO, Raimundo Simão de. **Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho**. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Vol 2, jan/abr, 2006, p. 69-90.

---

MELLO, Celso de A. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo L. (Coord). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1ª e ss.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Tomo IV, 5a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito do trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional**. Direitos humanos e direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3-31.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3a Ed. São Paulo: Ltr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. Os Direitos dos Trabalhadores como Direitos Fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.), **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Rosa Maria Weber**, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15-74.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

VECCHI, Ipojuacan Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. 2a Ed. Passo Fundo: UPF, 2007.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: Ltr, 2014.

Recebido em 21/04/2015  
Aprovado em 21/04/2015