

AUTORIA

**SILVIA TEIXEIRA DO VALE
ROSANGELA RODRIGUES LACERDA**



CURSO DE DIRETO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

**2ª EDIÇÃO
2023**



LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP – Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Maio, 2023

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: GRAPHIEN DIAGRAMAÇÃO E ARTE
Projeto de Capa: DANILO REBELLO
Impressão: META BRASIL

Versão impressa: LTr 6408.8 — ISBN: 978-65-5883-227-0
Versão digital: LTr 9882.5 — ISBN: 978-65-5883-228-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Lacerda, Rosangela Rodrigues

Curso de direito constitucional do trabalho / Rosangela Rodrigues Lacerda,
Silvia Teixeira do Vale. 2. ed. — São Paulo : LTr Editora, 2023.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5883-227-0

1. Direito constitucional 2. Direito do trabalho 3. Direitos fundamentais
4. Relações de emprego I. Vale, Silvia Teixeira do. II. Título.

23-149414

CDU-342:331

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito constitucional do trabalho 342:331

Eliane de Freitas Leite — Bibliotecária — CRB-8/8415

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
----------------	----

PARTE GERAL

1. Ascensão e Decadência do Jusnaturalismo e do Positivismo Jurídico.....	19
1.1 Jusnaturalismo racionalista: contexto histórico e teses.....	19
1.2 O racionalismo kantiano e sua influência no jusnaturalismo moderno.....	21
1.3 O jusnaturalismo e as revoluções burguesas	23
1.4 O positivismo e a crítica ao jusnaturalismo.....	25
1.5 Críticas ao positivismo jurídico e seu ocaso.....	29
2. Do Estado Liberal ao Social.....	31
2.1 O paradigma do Estado liberal de direito	32
2.2 A transposição do Estado liberal para o social.....	35
3. Formação do Estado Constitucional de Direito e Neoconstitucionalismo	38
3.1 O Estado constitucional de direito	38
3.2 O neoconstitucionalismo.....	39
3.2.1 Elementos do neoconstitucionalismo	41
3.2.2 Diferenças entre neoconstitucionalismo e o ativismo judicial americano.....	45
3.2.3 Críticas da doutrina estrangeira ao neoconstitucionalismo	47
4. A Normatividade dos Princípios.....	49
4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	50
4.2 Princípio do valor social do trabalho	57
4.3 Princípio da cidadania.....	60
4.4 Princípio da justiça social	65
4.4.1 Da justiça em Aristóteles e São Tomás de Aquino.....	65
4.4.2 Da justiça em John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen.....	66
4.4.3 Da justiça social na Constituição de 1988 e nas relações trabalhistas	71
4.5 Princípio da função social da empresa.....	73
4.6 Princípio do mínimo existencial	79
4.6.1 Origem germânica e jurisprudência no Brasil	82
4.6.2 O mínimo existencial e a reserva do possível.....	86
4.6.3 Críticas à teoria do mínimo existencial – judicialização de direitos sociais	88
4.7 Princípio de proibição de retrocesso social.....	88

5.	O Constitucionalismo Social e o Estado Pós-Social	93
6.	Hermenêutica Constitucional.....	97
6.1	A crise de paradigmas da hermenêutica contemporânea.....	98
6.2	Hermenêutica constitucional contemporânea.....	105
7.	Outros Pós-Positivismos	113
7.1	A tópica-retórica de Theodor Viehweg	114
7.2	A nova retórica jurídica de Chaïm Perelman	118
7.3	A teoria do direito como sistema de Claus-Wilhelm Canaris	121
7.4	A teoria do direito como sistema autopoietico de Niklas Luhmann.....	123
8.	Retomada de Algumas Premissas Teóricas Acerca dos Direitos Fundamentais do Trabalhador.....	127
8.1	A fundamentalidade dos direitos sociais do trabalhador e o entrenchamento por meio das cláusulas pétreas.....	127
8.2	Classificação adotada	129
8.3	Eficácia dos direitos fundamentais sociais.....	132
8.3.1	Alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, à luz da máxima efetividade e da força normativa da Constituição	133
8.3.2	Eficácia dos direitos sociais prestacionais e o problema da reserva do possível.....	135
8.3.3	Os direitos sociais prestacionais como direitos subjetivos	138
8.4	Das liberdades sociais	142
9.	Direitos Fundamentais como Sistema de Valores.....	146
9.1	Eficácia irradiante dos direitos fundamentais.....	148
9.2	Dever de proteção	149
9.2.1	Proporcionalidade: entre a proibição do excesso e a proteção insuficiente.....	151
9.2.2	O princípio da proporcionalidade como proibição da insuficiência.....	154
9.2.3	Proibição da insuficiência: doutrina nacional e Supremo Tribunal Federal	158
10.	Direitos Fundamentais na Relação de Emprego.....	162
10.1	A explicação contratualista	168
10.2	A explicação institucionalista	173
10.3	Dupla perspectiva dos direitos fundamentais	175
10.3.1	Da escola de exegese à jurisprudência dos interesses	175
10.3.2	A chegada da jurisprudência de valores.....	178
10.4	Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais	181
10.5	Teorias que tentam explicar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados.	182
10.5.1	A doutrina da <i>state action</i>	182
10.5.2	Teoria da eficácia mediata	186
10.5.3	Teoria da eficácia imediata	188
10.5.4	A doutrina de Jürgen Schwabe	192
10.5.5	Teoria integradora de Robert Alexy	193
10.6	Eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego no Brasil	194

11. Direito Internacional Público do Trabalho	199
11.1 A Organização Internacional do Trabalho – OIT	201
11.2 Convenções e recomendações da OIT	203
11.3 Incorporação das normas internacionais ao direito interno brasileiro	204
11.4 Controle de convencionalidade	205
11.5 O transconstitucionalismo	209
12. Mutação Constitucional	212
12.1. Texto normativo e norma: distinções	215
12.2. Mutação constitucional	216
12.3. Limites à mutação constitucional	218
12.4. Mutação constitucional e Supremo Tribunal Federal	219
12.5. Direitos trabalhistas no Supremo Tribunal Federal e mutação constitucional	220

PARTE ESPECIAL

1. Autonomia e Subordinação na Relação de Emprego	225
1.1 Teorias clássicas sobre a subordinação	226
1.2 Precarização das relações de trabalho e crise do conceito de subordinação jurídica	230
1.3 Conceitos emergentes de subordinação	233
1.3.1 Parassubordinação	233
1.3.2 Subordinação objetiva	236
1.3.3 Subordinação estrutural	238
1.3.4 Subordinação integrativa	241
1.3.5 Subordinação estrutural-reticular	242
1.4 Uberização das relações de trabalho e o discurso do empreendedorismo	243
1.4.1 Fases da revolução industrial e origens da uberização	243
1.4.2 Configuração do capitalismo de plataforma e suas consequências sociais e econômicas	246
1.4.3 A subordinação estrutural no capitalismo de plataforma digital	249
1.4.4 A uberização na jurisprudência	251
1.4.5 Discurso do empreendedorismo: uma visão crítica	257
1.5 Da inconstitucionalidade do art. 442-B da CLT	259
2. Direitos Laborais Inespecíficos do Cidadão Empregado: Igualdade, Liberdade, Intimidade, Vida Privada, Honra, Imagem e Devido Processo Legal	262
3. Direito a Igualdade e não Discriminação na Relação de Trabalho	264
3.1 Estereótipo, preconceito, discriminação e estigma: distinções	265
3.2 Normas internacionais. Discriminação legítima e ilegítima	267
3.3 Hipóteses excetivas de discriminação	268
3.3.1 <i>Business necessity defense</i> e seu vínculo com a <i>disparate impact theory</i>	269
3.3.2 <i>Bona fide occupational qualification</i> e sua vinculação à discriminação direta	272
3.4 Modalidades de discriminação	273
3.4.1 Discriminação por motivo de gênero ou orientação sexual	277

3.4.2	Discriminação por motivo de raça	281
3.4.3	Discriminação Estética.....	282
3.4.4	Xenofobia	283
3.4.5	Discriminação religiosa	284
3.5	Diferenças entre assédio moral e discriminação.....	285
3.6	Combate à discriminação nas relações de trabalho.....	285
3.7	Aspectos sobre a demonstração da discriminação. A prova estatística.....	290
3.8	Ações afirmativas nas empresas	294
3.8.1	Ações afirmativas empresariais voluntárias e as decisões da Suprema Corte norte-americana	295
3.8.2	Ações afirmativas e as decisões do Supremo Tribunal Federal	297
3.8.3	Constitucionalidade das ações afirmativas voluntárias adotadas pelas empresas	298
4.	Direito à Liberdade e Poder Diretivo do Empregador	299
4.1	Conceito e histórico.....	299
4.2	Conceitos de poder: Weber, Marx, Gramsci, Foucault e Han	302
4.2.1	Poder em Max Weber	303
4.2.2	Poder em Karl Marx e Antonio Gramsci	306
4.2.3	Poder em Michel Foucault	309
4.2.4	Poder em Byung Chul Han	312
4.3	Poder diretivo	313
4.3.1	Conceito e dimensões.....	314
4.3.2	Fundamentos normativos	316
4.3.3	Fundamentos teóricos	317
4.3.4	Natureza jurídica	323
4.3.5	Exercício do poder diretivo na contemporaneidade: da sociedade disciplinar de Foucault para a sociedade de controle de Deleuze	325
4.4	Limites ao poder diretivo do empregador.....	327
4.4.1	Limites normativos.....	328
4.4.2	Limites circunstanciais.....	334
4.5	<i>Hard cases</i> : poder diretivo <i>versus</i> liberdade.....	334
4.5.1	Liberdade de expressão e opinião. A questão das redes sociais.....	335
4.5.2	Liberdade de crença e de religião	339
4.5.3	Liberdade política	342
4.5.4	Liberdade de trabalho, ofício ou profissão	344
4.5.5	Liberdade de agir e autodeterminação: a conduta pública fora da empresa e o uso de produtos de marcas concorrentes.....	346
4.5.6	Liberdade de locomoção e circulação	350
4.5.7	Liberdade de associação sindical.....	353
4.6	Empresas de tendência	356
5.	Direito à Intimidade, Vida Privada, Honra e Imagem.....	361
5.1	Direitos da personalidade	361
5.1.1	Vida privada e intimidade.....	365
5.1.1.1	Teorias sobre os direitos à vida privada e à intimidade.....	366
5.1.1.2	Normas constitucionais e infraconstitucionais.....	371

5.1.2	Direito à honra	372
5.1.3	Direito à imagem.....	375
5.1.4	Direito de arena e direito à imagem dos atletas profissionais	378
5.2	<i>Hard cases</i> : poder diretivo <i>versus</i> intimidade, vida privada, honra e imagem.....	381
5.2.1	Entrevistas de emprego e seleção de pessoal.....	382
5.2.2	Exigências na contratação: experiência, antecedentes criminais e cadastro em serviços de proteção ao crédito	386
5.2.3	Exames médicos admissionais, periódicos e demissionais. A proteção da informação genética do empregado.	387
5.2.4	Realização de exames toxicológicos.....	389
5.2.5	Imposição de tratamento médico ou terapêutico.....	390
5.2.6	Revista íntima	391
5.2.7	Câmeras de vigilância, escutas ambientais e escutas telefônicas	395
5.2.8	<i>E-mails</i> e mensagens de celular ou de aplicativos.....	396
5.2.9	Acesso à internet para fins pessoais durante a jornada de trabalho, do computador da empresa	397
5.2.10	Controle do uso do celular durante a jornada para acesso a internet, redes sociais, aplicativos ou para realização de chamadas telefônicas.....	397
5.2.11	Controle de idas ao banheiro.....	398
5.2.12	Relacionamentos amorosos entre empregados	399
5.2.13	Propaganda comercial e direito ao nome e à imagem do empregado	401
5.2.14	Uniformes com logomarcas e uniformes vexatórios	401
5.3	A lei geral de proteção de dados (LGPD) e a relação de emprego	403
5.3.1	Histórico e normas internacionais.....	404
5.3.2	Princípios, abrangência e conceitos legais	406
5.3.3	Aplicação da Lei n. 13.709/2018 nas diferentes fases da relação de trabalho.....	409
5.3.3.1	Fase pré-contratual.....	409
5.3.3.2	Fase contratual	411
5.3.3.3	Fase pós-contratual	412
5.3.4	Controvérsias sobre a interpretação da Lei n. 13.709/2018	413
5.4	Direito à desconexão	415
5.4.1	Novas tecnologias e sua influência nas relações de trabalho.....	415
5.4.2	Conceito e fundamentos do direito à desconexão	416
5.4.3	Efetividade do direito à desconexão e consequências de sua violação	420
6.	Devido Processo Legal na Relação de Emprego	425
6.1	Devido processo legal nas relações privadas em geral	425
6.1.1	Entidades associativas e sociedades	425
6.1.2	Relações condominiais	429
6.2	Devido processo legal na relação de emprego – o poder disciplinar	429
6.2.1	Poder disciplinar no direito brasileiro	431
6.2.2	Limites ao poder disciplinar	432
6.2.3	Necessária observância do contraditório e da ampla defesa na aplicação de penalidades trabalhistas.....	437

6.3	Devido processo legal na cessação da relação de emprego – o dever de motivar a despedida	448
6.3.1	Eficácia da primeira parte do art. 7º, inciso I, da CRFB/88: a denúncia vazia como ato ilícito	449
6.3.2	Controvérsias sobre a Convenção n. 158 da OIT	452
6.3.3	O dever de motivar a despedida como corolário do devido processo legal	456
7.	Devido Processo Legal na Despedida Coletiva	459
7.1	A proteção contra a despedida arbitrária como liberdade social e a inconstitucionalidade do art. 477-A da CLT	459
7.2	O pseudodireito potestativo de despedir e a contribuição da jurisprudência	462
7.3	O devido processo legal como solução para a despedida coletiva	466
7.4	O caso “EMBRAER” e a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal: a procedimentalização da despedida coletiva	468
8.	Limites Constitucionais à Autonomia Privada Coletiva	470
8.1	Posicionamentos do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites constitucionais à autonomia privada coletiva	471
8.2	Supremacia do negociado sobre o legislado na Lei n.13.467/2017 e os limites constitucionais	474
8.3	Direitos absolutamente indisponíveis para fins de negociação coletiva	479
8.4	Limitações à interpretação de normas coletivas	481
8.5	Taxatividade de matérias vedadas à negociação coletiva	486
9.	Assédio Moral	489
9.1	Conceito, elementos e natureza jurídica	490
9.2	Contexto organizacional	493
9.3	Modalidades	495
9.4	Conceitos afins	497
9.4.1	Assédio moral e assédio sexual	497
9.4.2	Assédio moral e discriminação	500
9.5	Casística do assédio moral	501
9.5.1	Condutas que configuram assédio moral	501
9.5.2	Condutas que não configuram assédio moral	502
9.5.3	Assédio eleitoral	503
9.6	Consequências jurídicas do assédio moral	504
10.	Meio Ambiente do Trabalho sob a Perspectiva Constitucional	506
10.1	Princípios e normas que regem o meio ambiente do trabalho	508
10.2	Equívoco da monetização do risco: adicionais de insalubridade, periculosidade e horas extraordinárias e indenização por acidente de trabalho	513
10.3	Responsabilidade do empregador no acidente de trabalho e no descumprimento de normas regulamentadoras	516
11.	Equiparação Salarial	522
11.1	O princípio da igualdade e a desigualdade salarial	522
11.2	A equiparação salarial após o advento da Lei n. 13.467/2017	524
11.3	Horizontes da equiparação salarial	529

12. Terceirização.....	531
12.1 Histórico da terceirização no Brasil	534
12.2 Conceito de atividade-fim e fundamentos dos julgados do Supremo Tribunal Federal	536
12.3 O <i>distinguishing</i>	544
12.4 Terceirização de atividade-fim a partir das Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017.....	547
12.5 Terceirização no serviço público	551
12.6 Trânsito em julgado de decisões judiciais e a fixação de tese na ADPF n. 324 e no RE n. 958.252.....	557
12.7 Terceirização e isonomia salarial	559
Referências.....	561