



HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL GARANTISTA APLICADA AO DIREITO DO TRABALHO DO APRENDIZ

Karyna Batista Sposato¹
João Vítor Pinto Santana²

RESUMO

A relação de aprendizagem, no ordenamento jurídico brasileiro, está prevista constitucional e infraconstitucionalmente, configurando-se como uma garantia de proteção ao exercício do direito fundamental ao trabalho. Entretanto, em que pese esta consagração normativa, nota-se que ainda há desrespeito no tocante à efetivação desse direito. Nesse contexto, com o escopo de fomentar o debate entorno da hermenêutica jurídica constitucional-laboral, o presente artigo almeja refletir acerca da possibilidade de aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista nos contratos de aprendizagem. Para tanto, no tocante à metodologia, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, documental e com abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Aprendiz; Constitucionalização; Direito do trabalho; Hermenêutica constitucional; Garantismo.

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICAL GUARANTEE APPLIED TO THE LABOR LAW OF THE YOUNG APPRENTICE

ABSTRACT

The relationship of learning in the Brazilian legal system is provided constitutional and infraconstitucionalmente, configuring itself as a guarantee of protection to the exercise of the fundamental right to work. However, in spite of this normative consecration, it is noted that there is still disrespect regarding the effectiveness of this right. In this context, with the aim of fomenting the debate surrounding the constitutional-labor legal hermeneutics, this article aims to reflect on the possibility of applying a constitutional hermeneutics in the learning contracts. For this, in terms of methodology, will be used bibliographical research, documentary and qualitative approach.

Keywords: Apprentice; Constitutionalisation; Labor law. Constitutional hermeneutics; Garantism.

1 INTRODUÇÃO

Abordar a temática relacionada à juventude é pensar em mecanismos – jurídicos, políticos e sociais interconectados – que impactam diretamente na sociedade, não somente no desenvolvimento econômico, mas também em questões como:

¹ Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Bolsista da Fundação de Apoio à Pesquisa e à Inovação Tecnológica do Estado de Sergipe. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (Portugal).



educação, violência e segurança pública. (SPOSATO, 2010, p. 179-187). Trata-se, portanto, de um assunto complexo, mas necessário, tanto para fomentar a efetivação das políticas públicas destinadas à juventude como para discutir a (in)visibilidade dos jovens em mecanismos de intervenção estatal, motivo pelo qual evidencia-se que a presente temática consiste em ser de relevante necessidade na atualidade.

No tocante ao direito à profissionalização da juventude, de acordo com a legislação brasileira, a idade mínima para o exercício do trabalho é de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Sob esta perspectiva, nota-se, portanto, que a aprendizagem é a principal ferramenta jurídico-político-social no combate ao trabalho infantil, bem como contra às violações das garantias do trabalho do adolescente, funcionando como instrumento para inibir a entrada no mercado de trabalho de forma precoce ou em condições precárias e insalubres. Trata-se, conseqüentemente, de um instituto jurídico de primordial relevância, na medida em que consiste em ser um efetivo mecanismo de concretização da justiça social.

Diante disso, este artigo se propõe a refletir se é possível a aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista nos contratos de aprendizagem (buscando, além disso, compreender se a hermenêutica constitucional garantista consiste em ser a melhor alternativa para o problema da inefetividade dos direitos e garantias destinados aos jovens aprendizes), visto que “a realidade de violação dos direitos humanos da criança e do adolescente não é mais aceita, e, ante seus nefastos efeitos, que chegam a atingir futuras gerações, convém disseminar a cultura da proteção” (SILVA, 2011, p. 19).

Justamente sob esta perspectiva de solucionar a inefetividade de direitos e garantias é que surgem políticas públicas de combate ao trabalho infantil, como é o caso da aprendizagem.

Em primeiro lugar, cabe analisar o fenômeno da constitucionalização do direito – com ênfase aos direitos da criança e do adolescente – e a realidade brasileira do contrato de aprendizagem. Em seguida, analisar-se-á quais as possibilidades, e, conseqüentemente, quais os desafios, de ser aplicada uma hermenêutica constitucional garantista ao direito do trabalho do aprendiz.

Assim, partindo de uma premissa de que a hermenêutica jurídica “refere-se a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica a compreensão total do fenômeno que requer solução” (CAMARGO, 2003, p. 15) – o presente estudo visa



fomentar a aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista nos contratos de aprendizagem, na medida em que pretende demonstrar que a profissionalização do jovem é um direito humano fundamental, que possui o contrato de aprendizagem como instrumento para efetivação de direitos, razão pela qual o artigo se sustenta teoricamente no constitucionalismo garantista, de Luigi Ferrajoli (2011; 2004a; 2008; 2004b; 2002).

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Torna-se cada vez mais evidente o surgimento de um novo Direito, pautado na valorização de papéis sociais e econômicos relevantes, de identidades culturais e dos direitos humanos.

Nessa perspectiva, é perceptível, por exemplo, que a noção de vulnerabilidade é trazida à baila no discurso jurídico, fomentando a proteção das condições essenciais à pessoa humana, por meio de concepção de valores cogentes, materializando um novo paradigma de interpretação normativa. Enfim, trata-se de uma abrupta mudança interpretativa no ordenamento jurídico.

A concepção de constitucionalização do Direito está atrelada a um consequente efeito expansivo de normas constitucionais, refletindo o seu conteúdo material e axiológico por todo o sistema jurídico, através de uma força normativa à luz da supremacia. E essa conjuntura indica que o advento da Constituição inaugurou um novo paradigma hermenêutico, baseando-se na busca pela efetividade das normas e do fomento à construção de uma dogmática constitucional (SPOSATO, 2014, p. 19-55).

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização do direito está relacionado ao processo de redemocratização política do país e tal relação contribui para uma mudança interpretativa em diversas legislações infraconstitucionais, baseando-se na centralidade constitucional.

Assim, é importante considerar que houve, no ordenamento jurídico como um todo – e, conseqüentemente, em relação aos direitos da criança e do adolescente não foi diferente – um evidente deslocamento da Constituição em direção ao centro do sistema jurídico, ainda que por meio de um processo de democratização tardia (SILVA NETO, 2016). E isto conferiu à Constituição, não apenas a supremacia formal, mas também uma “[...] supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do



sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente” (BARROSO, 2005, p. 26).

Dentre as consequências desse processo de constitucionalização do Direito, pode-se notar o advento de normas relacionadas ao direito infraconstitucional na Constituição Federal, entretanto, a consequência mais importante deste processo é o estabelecimento da interpretação dos institutos infraconstitucionais sob uma concepção constitucional, haja vista a centralidade da Constituição, irradiando a sua força normativa em todo o ordenamento jurídico, conforme já mencionado. Portanto, a Constituição se caracteriza, desde 1988, “[...] não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema” (BARROSO, 2005, p. 28).

Em relação à proteção dos direitos das crianças e adolescentes, até o ano de 1990, o diploma que regia o direito da infância e juventude no Brasil era o Código de Menores, de 1979, que era baseado na doutrina jurídica da situação irregular, destinada apenas aos “menores em situação irregular”³.

O fenômeno da constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente – bem como o processo de constituição de novos direitos destes indivíduos, afirmando-os enquanto sujeitos de direito – teve início no I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, em 1984, onde discutiu-se a situação dos indivíduos taxados de “menores abandonados”. Em consequência dessa mobilização, ganhou força o movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, que foi apoiado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF. O fato é que essa mobilização social em prol da construção de um texto constitucional, em meados da década de 1980, caracterizou-se como uma ampla mobilização de cidadania, que teve dentre os reflexos diretos a formação da Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança, em 1986, responsável pela elaboração emblemática da Carta à Nação Brasileira – que visou despertar a atenção da sociedade brasileira às demandas relacionadas à infância – potencializada pela campanha “Criança Constituinte”. E como consequência de toda essa mobilização, os direitos da criança e do adolescente foram inseridos no corpo constitucional com a devida prioridade. (ROMÃO, 2016, p. 61-64).

³ Essa doutrina fazia referência àqueles indivíduos “menores” classificados como: “carentes, abandonados, inadaptados e infratores”.



Verifica-se, assim, a construção de uma nova posição de interpretação jurídica, na medida em que a criança e o adolescente ultrapassam a posição de objeto – havendo, conseqüentemente, o rompimento da incidência da doutrina da situação irregular – e assumem a titularidade de direitos fundamentais, na condição de sujeitos de direito (SILVA, 2011, p. 22-23). E dentre tais direitos, em relação ao adolescente e ao jovem, evidencia-se o direito fundamental ao trabalho.

Assim, em relação ao direito à profissionalização, a Constituição Federal – CF/88, estabeleceu, em seu artigo 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao adolescente e ao jovem⁴, com absoluta prioridade, o direito à profissionalização.

Por sua vez, em virtude do reflexo constitucional irradiado, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em 1990, estabeleceu o direito à profissionalização e à proteção no trabalho, em seu Capítulo V, da Parte Geral. E também como conseqüente desse processo de constitucionalização, verifica-se o advento da Lei 10.097/00, que alterou significativamente as normas relacionadas aos aprendizes.

Nesse contexto, nota-se que, sendo o direito ao trabalho um direito fundamental do adolescente e do jovem, é crucial compreender quais as possibilidades de exercício deste direito.

E é exatamente nesse contexto que a aprendizagem se insere, na medida em que se materializa como um verdadeiro fruto da conquista dos direitos da criança⁵, do adolescente e do jovem.

3 CONTRATO DE APRENDIZAGEM À LUZ DA REALIDADE BRASILEIRA

Recentemente, o direito ao trabalho foi considerado o segundo direito social mais desrespeitado no Brasil, conforme a pesquisa nacional relacionada à percepção sobre Direitos Humanos no Brasil, realizada no ano de 2008, pela Secretaria Nacional

⁴ Os jovens, enquanto categoria social destinatária de proteção estatal, foram incluídos no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 65/2010. Ademais, a referida Emenda também previu a criação do Plano Nacional de Juventude, com a pretensão de gerar uma articulação do poder público e da sociedade, para a execução de políticas públicas destinadas à juventude. Entretanto, apesar da proteção constitucional dos jovens consistir em um notório avanço na garantia de direitos de um segmento social, nota-se que, em relação à esta referida Emenda Constitucional 65/2010, surgiram algumas críticas doutrinárias, no sentido de compreender a referida inserção ao texto constitucional como uma desnecessária alteração legislativa, na medida em que seria uma espécie de *hiperconstitucionalização* de direitos (SILVA, 2012, p. 854).

⁵ No tocante às crianças, é possível verificar que a contribuição da política pública de aprendizagem reside no fato de buscar suprimir o trabalho infantil e de fortalecer o direito fundamental ao-não-trabalho, que as crianças possuem, em virtude da condição peculiar de desenvolvimento.



de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Tal realidade indica um cenário, no mínimo, preocupante, principalmente em relação à juventude.

O estabelecimento de uma idade mínima para o exercício da atividade laboral é uma realidade internacional, principalmente numa sociedade globalizada, entretanto, por uma questão metodológica⁶, neste estudo adotar-se-á, como corte científico⁷, a realidade brasileira, na medida em que o estudo sustenta a teoria de que “[...] todo conhecimento científico é socialmente construído” (SANTOS, 2008, p. 9) pelo fato do Brasil ser um país periférico, o que demonstra a necessidade de aprofundamento acadêmico – em nível de ciências sociais aplicadas – e social, na perspectiva de construção cultural, no tocante à efetividade da legislação.

Além dessas breves considerações no sentido de destacar a importância de analisar esta realidade, também é relevante pontuar que:

[...] pensar a juventude e os direitos humanos no Brasil nos impõem uma dupla tarefa: destrinchar as distintas dimensões dos direitos humanos em sua correlação com as peculiaridades da juventude e as subjetividades juvenis; e paralelamente problematizar em que medida um baixo reconhecimento dos direitos leva à invisibilização dos sujeitos juvenis e das reais demandas da juventude brasileira. (SPOSATO, 2010, p. 179)

A aprendizagem é a materialização do reconhecimento dos adolescentes e jovens enquanto sujeitos⁸ de direitos. Segundo a recomendação nº 57 da Organização Internacional do Trabalho:

[...] el término *aprendizaje* se aplica a todo sistema en virtud del cual el empleador se obliga, por contrato, a emplear a un joven trabajador y a enseñarle o a hacer que se le enseñe metódicamente un oficio, durante un

⁶ Adotando o ensinamento de Karl Popper, salienta-se que a “objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica – a contradição lógica – é objetivo”. (POPPER, 2004, p. 16). Em relação à objetividade científica nas ciências sociais, é importante destacar que “é um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista. É um erro acreditar que a atitude do cientista natural é mais objetiva do que a do cientista social.” (POPPER, 2004, p. 22).

⁷ No tocante à concepção de conhecimento científico adotada para o presente estudo, enfatiza-se o posicionamento de Karl Popper, visto que “[...] para que uma nova teoria constitua uma descoberta ou um passo avante, ela deve conflitar com a sua predecessora”. (POPPER, 2004, p. 67). Nesse diapasão, o presente estudo se sustenta no entendimento de que, para haver o verdadeiro e efetivo progresso científico, faz-se necessário, ao menos, que haja o conflito entre o novo entendimento e os resultados da teoria anterior.

⁸ Sustenta-se que, além dos adolescente e jovens, a política pública de aprendizagem consiste em ser a materialização do reconhecimento, também, da criança enquanto sujeito de direitos, pois trata-se um mecanismo jurídico que contribui diretamente com o combate ao trabalho infantil de crianças e proporciona a inserção, de adolescentes e jovens, de forma digna ao mercado de trabalho. Assim, ainda que de forma indireta, salienta-se que é nítido o escopo protetivo às crianças, conferido pela aprendizagem, visto que sedimenta o respeito à condição peculiar de desenvolvimento das crianças e adolescentes.



período previamente fijado, en el transcurso del cual el aprendiz está obligado a trabajar al servicio de dicho empleador.

No ordenamento jurídico brasileiro a relação de aprendizagem está, basicamente, prevista nos seguintes instrumentos normativos: Constituição Federal de 1988, Consolidação das Leis do Trabalho; Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n. 10.097/00 e o Decreto nº 5.598/05.

Trata-se de uma relação jurídica contratual especial, que “na verdade, representa um instrumento especial no combate ao desemprego, quando aliado à sua função peculiar de formação profissional, numa sociedade em mudança permanente” (STEPHAN, 2002, p. 109).

Tendo em vista os altos índices de desemprego e trabalho infantil⁹, o instituto jurídico da aprendizagem surge como uma alternativa legítima e eficaz para contribuir para a formação profissional da juventude.

Nessa linha de raciocínio, em busca da efetivação do direito à profissionalização é interessante verificar as possibilidades e desafios de aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista.

4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL GARANTISTA APLICADA AO DIREITO DO TRABALHO DO APRENDIZ: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

A seara jurídica laboral possui as suas especificidades, haja vista a sua autonomia científica, entretanto, é importante salientar que tal área do direito não é tão independente “[...] a tal ponto de isolar esse ramo jurídico do conjunto de conquistas teóricas alcançadas pela Ciência Jurídica no que concerne à dinâmica interpretativa do Direito” (DELGADO, 2014, p. 234-235).

Arelada a essa interconexão, pondera-se que um eventual inadequado procedimento interpretativo possibilita a produção de efeitos “[...] altamente desastrosos, inclusive no que se relaciona à própria efetivação dos direitos fundamentais, cujos problemas de concretização estão umbilicalmente presos à falta de consciência constitucional” (SILVA NETO, 2016, p. 50). Essa realidade potencializa a importância da discussão da temática relacionada à hermenêutica constitucional, haja

⁹ Com base nos dados divulgados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) juntamente com a Fundação *Walk Free*, em parceria com a Organização Internacional para as Migrações (OIM), aproximadamente 152 milhões de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos foram submetidas ao trabalho infantil em 2016. Disponível em: <http://www.alliance87.org/global_estimates_of_child_labour_results_and_trends_2012-2016.pdf> Acesso em Dez. 2017.



vista que o “[...] grande desafio deste início de um novo século, portanto é construir um novo padrão normativo, que permita [...] fazer justiça e evitar que o mundo pereça na instabilidade trazida pela insegurança jurídica” (GEMIGNANI, 2014, p. 31).

Sendo assim, considerando-se que outro grande desafio “do moderno Direito do Trabalho brasileiro é realizar mais plenamente no seu interior a dimensão constitucional construída em 1988” (DELGADO, 2014, p. 236), é necessário compreender que “[...] a aplicação da lei deverá atender, antes de tudo, o indivíduo e a sociedade a quem ela serve ” (CAMARGO, 2003, p. 13).

Compreendido isto, antes de tratar das possibilidades e desafios de aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista, faz-se necessário discorrer, ainda que de maneira breve, sobre hermenêutica, mais especificamente sobre a hermenêutica constitucional, haja vista que são temas que tratam de conceitos caros à discussão do constitucionalismo atual.

Percebe-se que há na doutrina a clássica distinção entre interpretação e hermenêutica (MAXIMILIANO, 2011), em que pese tal separação não ser sustentada em todos os estudos desta temática (REALE, 1992). Neste trabalho, adota-se a premissa de que “a interpretação é essencialmente concreta, reporta-se a uma situação de fato, real ou hipotética” (BASTOS, 2014, p. 21), o que faz com que seja possível diferenciar a hermenêutica da interpretação.¹⁰

Assim, interpretar consiste em “atribuir um sentido ou um significado a signos ou a símbolos dentre de determinados parâmetros” (BASTOS, 2014, p. 20) para que se possa “determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2011, p. 1). Na atividade interpretativa, portanto, procura-se estabelecer uma vontade ao texto que está sendo objeto de interpretação, com o escopo de incidir no caso concreto. (BASTOS, 2014, p. 21).

Já a hermenêutica consiste em ser a “teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2011, p. 1), sendo, portanto, “a responsável pelo fornecimento de subsídios e de regras a serem utilizados na atividade interpretativa” (BASTOS, 2014, p. 23). Verifica-se, diante disso, que a hermenêutica não é pragmática, pois não está inserida da dimensão concreta, mas na dimensão abstrata.

¹⁰ Assim, apesar de reconhecer a existência de entendimentos contrários, como é o caso do jurista: Miguel Reale (REALE, 1992), enfatiza-se que, para este estudo, adota-se o posicionamento de possibilidade de separação entre hermenêutica e interpretação, a exemplo dos juristas: Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, 2011, p. 1-7) e Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2014, p. 20).



Apenas a título de contextualização¹¹, destaca-se que a origem do termo Hermenêutica “tem como referência *Hermes*, enviado divino que na Grécia antiga levava a mensagem dos deuses aos homens” (CAMARGO, 2003, p. 24). Assim, o grande território desenvolvimento da hermenêutica foi justamente relacionado ao objetivo de interpretar corretamente os textos sagrados. No direito, a hermenêutica foi fomentada em Roma, em virtude dos avanços na prática jurídica da época. (CAMARGO, 2003).

Realizada essa brevíssima consideração terminológica e histórica, destaca-se que, atualmente, a concretização da norma jurídica se caracteriza em virtude de uma construção interpretativa a partir *da* e em direção *à* compreensão (CAMARGO, 2003, p. 19), na medida em que compreensão engloba a indagação “sobre as possibilidades do significado de um acontecer próprio das relações humanas” (CAMARGO, 2003, p. 20), logo, tem-se como conclusão o fato de que a norma jurídica somente possui significado no caso concreto, na realidade prática.

Por sua vez, a terminologia “garantismo” é um neologismo do século XIX, que se radicou na linguagem filosófico-jurídica italiana após o período de segunda guerra mundial. O garantismo está associado, também, com a tutela constitucional das liberdades fundamentais e, nos tempos hodiernos, se configura como um componente essencial do constitucionalismo moderno. (IPPOLITO, 2011, p. 34-36).

A expressão “garantias” consiste em ser “una expresión del léxico jurídico com la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de um derecho subjetivo” (FERRAJOLI, 2008, p. 60) Essa concepção ampla do significado da expressão “garantias” é recente, visto que o entendimento jurídico de “garantia” era costumeiramente associado à noção de cumprimento de obrigações e defesa dos direitos patrimoniais. (FERRAJOLI, 2008, p. 60-61).

Sabe-se que a difusão, em âmbito global, “[...] da doutrina jurídico-política desenhada com o termo ‘garantismo’ se liga – como é sabido – à atividade científica, cultural e civil de Luigi Ferrajoli” (IPPOLITO, 2011, p. 36), autor da obra: *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*¹².

¹¹ É importante frisar que este artigo não tem a pretensão de esgotar a evolução da concepção hermenêutica, visto que não consiste em ser o objeto central deste artigo, razão pela qual, por uma questão metodológica, optou-se por não aprofundar. (SOBOTA, 1991, p. 251-273).

¹² Nesta obra, Ferrajoli desenvolve o garantismo como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência no âmbito da sociedade, assim como propõe o garantismo como uma teoria do direito. (FERRAJOLI, 2002).



Em virtude dessa “popularização” da teoria do garantismo¹³, no tocante à seara penal, pouco se discute sobre a sua aplicação em outras áreas, como por exemplo nas relações trabalhistas. Acontece que, em verdade, o garantismo se configura como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, “que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais” (IPPOLITO, 2011, p. 40), ou seja, trata-se de uma teoria aplicável em diversos ramos do direito, pelo fato de ter se constituído como uma teoria geral, que é inerente a um Estado Constitucional de Direito. (ABELLÁN, 2005, p. 21-40).

A referida teoria geral do garantismo possibilita a formação de um terreno fértil no tocante à discussão dos direitos fundamentais nas relações laborais, tanto em relação à implantação quanto à efetividade desses direitos, pois “cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo ese ‘algo’ que se tutela son derechos o bienes individuales”. (ABELLÁN, 2005, p. 21).

E por direitos fundamentais, o garantismo jurídico de Ferrajoli entende que são “[...] aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuídos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar” (FERRAJOLI, 2008, p. 61).

Em relação a um constitucionalismo¹⁴, nota-se que se por um lado o neoconstitucionalismo¹⁵ sustenta-se na superação do positivismo jurídico e na conseqüente reaproximação¹⁶ entre a moral e o direito, por outro o garantismo¹⁷ se impõe como uma complementação do positivismo jurídico, tratando-se de um “constitucionalismo forte, que busca a vinculação e limitação dos poderes públicos e privados, com base nos direitos fundamentais” (COPETTI NETO; FISCHER, 2013, p. 411).

¹³ A terminologia “garantismo” na concepção de Luigi Ferrajoli possui três dimensões: a) modelo normativo de direito; b) teoria jurídica; e, c) filosofia política.

¹⁴ Nesse artigo, entende-se por constitucionalismo o conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, que possui a Constituição como o pilar central no Estado Democrático de Direito. O constitucionalismo, por estas considerações, trata-se de um fenômeno jurídico em evolução.

¹⁵ Neste estudo, entende-se o fenômeno: “neoconstitucionalismo”, como uma parte integrante do processo de constitucionalismo contemporâneo do direito.

¹⁶ Esse parece ser o entendimento de juristas como: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Manuel Atienza.

¹⁷ Com esse posicionamento, destaca-se o jurista: Luigi Ferrajoli.



Em que pese a atual discussão¹⁸ relacionada à presença de um neoconstitucionalismo como uma nova vertente do constitucionalismo, ainda constata-se a dificuldade de analisá-lo enquanto fenômeno jurídico supostamente sucessor do constitucionalismo. (LAUTENSCHLAGER; THOMASI, 2017).

Além disso, hodiernamente tem-se forte construção de um posicionamento jurídico no sentido de sustentar que “na verdade, o neoconstitucionalismo é uma doutrina de conteúdo incerto. Ainda não se firmou como uma nova ideia ou nova teoria do fenômeno constitucional” (SILVA, 2014, p. 72), haja vista que as práticas caracterizadoras do fenômeno neoconstitucional consistem em ser práticas constitucionais, a exemplo da constitucionalização do direito. Assim, tem-se que o neoconstitucionalismo trata-se de um “conceito desnecessário, se não equivocado” (SILVA, 2014, p. 74).

Ademais, o neoconstitucionalismo propicia um possível estímulo à insegurança jurídica, visto que sustenta-se na onipotência judicial em detrimento da autonomia do legislador, em determinados casos (CARBONELL; SALAZAR, 2005).

Com o escopo de buscar evitar essa possível instabilidade jurídica, praticada pela maleabilidade desproporcional e/ou excessiva de valores, à luz de uma nebulosa ponderação, é necessário compreender a realidade normativa brasileira à luz de outra teoria constitucional, a exemplo da teoria garantista.

Para o constitucionalismo garantista, a presença de uma Constituição rígida:

[...] não é então uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Representa, por isso, um completamento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito. (FERRAJOLI, 2011, p. 100).

A rigidez constitucional significa o “[...] reconocimiento de que las constituciones son normas supraordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por um lado, de procedimientos especiales para su reforma” (FERRAJOLI, 2008, p. 29), além disso, tem-se a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis por meio da atuação das cortes constitucionais (SILVA, 2012).

Diante de um possível preenchimento das lacunas e consequente possibilidade de resolução das antinomias nas quais elas se manifestam, inclusive no

¹⁸ Para compreender tal discussão, ver Barroso (2005) e Miguel Carbonell (2005).



tocante ao contrato de aprendizagem – bem como considerando-se a legislação constitucional sustentada no princípio da condição em desenvolvimento da criança e do adolescente atrelada ao reconhecimento jurídico de vulnerabilidade e hipossuficiência – nota-se que para o constitucionalismo garantista, a possibilidade de resolução das antinomias e o preenchimento de lacunas “não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação” (FERRAJOLI, 2011, p. 102), razão pela qual entende-se que a aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista nas relações de aprendizagem seja razoável, principalmente em um período de sucessivas reformas¹⁹ contrárias aos direitos trabalhistas, como é o cenário atual.

O reconhecimento da existência de um cenário normativo de rigidez constitucional, proporciona um paradigma hermenêutico totalmente inovador, onde toda e qualquer lei se encontra subordinada à Constituição. Trata-se de um verdadeiro ruptura revolucionária “[...] del paradigma del derecho y, conjuntamente, de la jurisdicción, de la ciência jurídica y la misma democracia” (FERRAJOLI, 2008, p. 31), que confere ao magistrado a real possibilidade de assumir uma postura crítica, e não meramente positivista literal, em relação à aplicabilidade das leis no caso concreto.

No âmbito trabalhista, o garantismo tem potencial de concretização quando refere-se aos limites de exercício do poder diretivo e ao poder disciplinar dos empregadores (SILVA, 2011, p. 284).

Mais especificamente no tocante à forma de contrato especial de trabalho do aprendiz, nota-se que o garantismo se verifica, por exemplo: na efetivação da ação afirmativa de cota obrigatória, prevista no artigo 429, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; e no estabelecimento de complexidade progressiva para as tarefas desenvolvidas no ambiente de trabalho para a formação técnico-profissional do jovem, conforme o artigo 428, § 4º, da CLT, na medida em que fomenta o exercício de direitos fundamentais, por meio de técnicas de controle em caso de violações.

Diante dessas considerações, evidencia-se que há, no atual ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista em relação ao contrato de aprendizagem, mas, para tanto, é crucial admitir que “assim como o constitucionalismo se afirmou em face do Estado absolutista, o

¹⁹ Em que pese a Lei nº 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, não ter afetado diretamente o contrato de aprendizagem, é evidente que trouxe alterações significativas para as relações de trabalho, o que, ainda que indiretamente, sem dúvida, interfere em todas as formas contratuais laborais.



constitucionalismo garantista deve se afirmar em face do absolutismo do mercado” (SILVA, 2011, p. 282).

Nessa perspectiva, entretanto sob uma concepção antagônica, os possíveis desafios²⁰ para a aplicação de dessa hermenêutica constitucional garantista aos contratos de aprendizagem seriam: primeiro, o surgimento de leis inconstitucionais, disfarçadas sob o manto da flexibilização de direitos trabalhistas;²¹ e, segundo, a flexibilização jurisprudencial, que ocorre quando as próprios Tribunais trabalhistas não reconhecem consolidados direitos do trabalhador.

Sendo assim, num cenário em que o direito do trabalho vem sofrendo flexibilizações *in pejus* para o trabalhador hipossuficiente, seja em âmbito legislativo seja em âmbito jurisprudencial, em detrimento dos direitos fundamentais sociais já consolidados – o que caracteriza, ao menos, um desrespeito à principiologia da proibição do retrocesso e à condição mais benéfica do trabalhador, as Cortes Superiores possuem a importante tarefa de realizar a reconstrução hermenêutica de um direito do trabalho à luz de uma teoria constitucional garantista, visto que:

[...] no âmbito do Direito ao/do Trabalho a Teoria do Garantismo representa um instrumental teórico-jurídico capaz de, sem agredir o sistema, revitalizar o Direito para a busca da dignidade da pessoa humana e da igualdade social. Trata-se, assim, de uma proposta de Direito do Trabalho regulamentador da inescapável conflituosidade entre capital e trabalho, inclusive com novas tutelas/proteções para o trabalhador, recolocando o trabalho como categoria central da organização social e produtiva contemporânea. (DESZUTA, 2000, p. VI).

Outro aspecto prático que fomenta a necessidade de uma hermenêutica constitucional garantista aplicada em termos práticos, no tocante ao âmbito de incidência da legislação relacionada à aprendizagem, refere-se à recente Lei de Terceirização e aos consequentes impactos à cota de jovens aprendizes, tendo em vista

²⁰ O fato é que “posições liberais em matéria constitucional podem provocar uma erosão na interpretação da constituição do trabalho e um retrocesso na concretização dos direitos.” (SILVA, 2011, p. 287-288)

²¹ Um contemporâneo exemplo seria a recente modificação na legislação trabalhista ocasionada pelo advento da Lei nº13.467/2017(popularmente conhecida como “Reforma Trabalhista de 2017”), observa-se o surgimento de novos institutos jurídicos, a exemplo do contrato intermitente, que parecem indicar o advento de uma nova concepção interpretativa das relações trabalhistas no ordenamento jurídico brasileiro. Sem a pretensão de esgotar o tema, é necessário esclarecer que o contrato intermitente consiste em ser aquela forma contratual, nos termos do art. 443, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Este cenário desperta vários questionamentos em relação a aplicabilidade, ou não, desta norma em todos os tipos de contrato de trabalho. Para o presente estudo, é suficiente despertar a seguinte reflexão: Com o advento da Lei nº13.467/2017 estaria o contrato de aprendizagem apto a ser realizado na forma de um contrato intermitente? Desde já, sustenta-se que não, haja vista a natureza jurídica do contrato de aprendizagem sustentada nos pilares de formação educacional e formação profissional. Entretanto, é uma norma que pode possibilitar o surgimento de afronta aos direitos dos jovens aprendizes.



que a referida cota é calculada com base no quantitativo de funcionários contratados pela empresa, é preciso que seja compreendido, por meio de uma hermenêutica constitucional garantista, que o número de aprendizes não deve sofrer qualquer diminuição eventual e, assim, o quantitativo da cota deve ser calculado com base na totalidade de funcionários que prestam serviço à empresa, sejam eles contratados diretamente ou terceirizados.

Se verifica, portanto que o garantismo confere maior criticidade ao direito, pois estimula o jurista a buscar alternativas à luz da proteção dos direitos fundamentais, na medida em que se sustenta numa normatividade forte das Constituições rígidas, por esse motivo:

[...] posto um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever correspondente por parte da esfera pública. Trata-se de uma normatividade relacionada, em via primária, à legislação, à qual impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas com leis idôneas de atuação; e, em via secundária, à jurisdição, à qual impõe remover as antinomias e apontar as lacunas. (FERRAJOLI, 2011, p. 113).

Assim, nota-se que a possibilidade de aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista se verifica não somente em face da efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho, como é o caso, por exemplo da previsão do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, mas também em virtude da concretização da justiça social e da proibição dos retrocessos dos direitos sociais adquiridos, bem como em respeito à condição de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontra o aprendiz diante da relação trabalhista, todos estes fatores atrelados ao advento de modificações flexibilizadoras dos direitos laborais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a constitucionalização do direito, as crianças, os adolescentes e os jovens passaram à condição de sujeitos de direitos, titulares, portanto, de direitos e garantias fundamentais.

Dentre os direitos fundamentais garantidos aos adolescentes e jovens está o direito à profissionalização, mais especificamente o instituto jurídico da aprendizagem, que proporciona o combate ao desemprego juvenil e ao trabalho infantil. Entretanto, apesar desta previsão constitucional e da legislação infraconstitucional pertinente, nota-se que ainda há desrespeito em relação à efetivação desse direito.



Nesse contexto, evidencia-se que o direito ao/do trabalho é um dos direitos mais desrespeitados hodiernamente. E essa situação resta agravada com o advento de flexibilizações, legislativas e jurisprudenciais, no sentido de relativizar direitos fundamentais laborais.

Nessa perspectiva, não restam dúvidas que o garantismo é uma mudança de paradigma na hermenêutica jurídica. E pelo fato de se tratar de um “paradigma inacabado”, é importante fomentar o debate acerca de sua aplicabilidade, inclusive em relação a uma hermenêutica constitucional às relações de trabalho.

Assim, salienta-se que não somente é perfeitamente possível a aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista nos contratos de aprendizagem, mas também destaca-se que esta forma de análise do sistema jurídico-constitucional é uma alternativa satisfatória diante do problema da inefetividade dos direitos e garantias destinados aos aprendizes, em virtude do atual período de flexibilização de direitos vivenciados no universo jurídico-laboral. Ao sinalizar pela separação entre direito da moral, como forma de complementação (aperfeiçoamento) do positivismo jurídico, uma verdadeira hermenêutica constitucional garantista pode impossibilitar o surgimento de possível discricionariedade judicial no tocante às modificações interpretativas de direitos trabalhistas consolidados.

6 REFERÊNCIAS

ABELLÁN, M. G. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, M.; SALAZAR, P. **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 21-40.

AMARAL, J. R. D. P. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações trabalhistas**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2014.

ANDRADE, M. M. D. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 4 Fevereiro 2017.

BASTOS, C. R. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CAMARGO, M. M. L. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



CARBONELL, M.; SALAZAR, P. (Eds.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Ferraz: Trotta, 2005.

CLEMENTE, B. E. Relação de emprego e a hermenêutica constitucional na proteção do direito fundamental. **Revista CEJ**, Brasília, Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 72, p. 34-40, maio/ago. 2017 Ano XXI, maio/ago 2017. p. 34-40.

COPETTI NETO, A.; FISCHER, R. S. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: A evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n.14, p. 409-421, julho/dezembro 2013.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DESZUTA, J. E. **O direito social ao/do trabalho**: um perspectiva garantista. 2000. Dissertação (Mestrado). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 2000. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79022/176312.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: Dezembro 2017.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, *et al.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 4. ed. Roma: Trotta, 2004a.

FERRAJOLI, L. **Epistemología jurídica y garantismo**. 1. ed. México: Fonramara, 2004b.

FERRAJOLI, L. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba/PR, 2011. 95-113. Disponível em:

<<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: Novembro 2017.

GEMIGNANI, T. A. A. A constitucionalização dos direitos trabalhistas: novo modelo de normatividade? In: GEMIGNANI, T. A. A.; GEMIGNANI, D. **Direito Constitucional do Trabalho**: da análise dogmática à concretização de questões polêmicas. São Paulo: LTr, 2014. p. 29-46.

GEMIGNANI, T. A. A.; GEMIGNANI, D. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: GEMIGNANI, T. A. A.; GEMIGNANI, D. **Direito Constitucional do Trabalho**: da análise da dogmática à concretização de questões polêmicas. São Paulo: LTr, 2014.

IPPOLITO, D. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais Hermenêutica e Teoria do Direito - (RECHTD)**, São Leopoldo/RS, 3, n. Tradução: Hermes Zaneti Junior, Jan/Jun 2011. 34-41. Disponível em:

<<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>>. Acesso em: 10 Dez 2017.

LAUTENSCHLAGER, L.; THOMASI, T. Z. Déjà vu no neoconstitucionalismo? **REVISTA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA**, Brasília, 19, Out 2017. Disponível em:

<<http://https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/12>>. Acesso em: 11 Fev 2018.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.



MESQUITA, S. B. D. A aprendizagem como instrumento concretizador do direito humano fundamental à profissionalização. **Revista Ciências do Trabalho**, São Paulo, Vol. 1. 85-112. Disponível em: <<https://rct.dieese.org.br/index.php/rct/article/view/21/pdf>>. Acesso em: 01 Dezembro 2017.

OLIVEIRA, S. L. D. **Metodologia Científica Aplicada ao Direito**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

PEIXINHO, M. M. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais: Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

POPPER, K. R. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Universidade de São Paulo, 1975.

POPPER, K. R. **A lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins; Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

REALE, M. **O direito como experiência: Introdução à epistemologia jurídica**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ROMÃO, L. F. D. F. **A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Almedina, 2016.

SANTOS, B. D. S. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHORR, J. S.; NETO, A. C. Qualificação do Estado Democrático de Direito pelo modelo jurídico garantista. In: BEDIN, G. A.; RODRÍGUEZ, G. B.; MARTÍNEZ, A. R. **Direitos Humanos, Justiça e Multiculturalismo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016. p. 75-88.

SILVA NETO, M. J. E. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SILVA, J. A. D. **Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, J. A. D. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, L. A. M. G. D. A proteção jurídica internacional e brasileira do trabalho infanto-juvenil. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 141, n. 37, p. 19-44, jan.-mar./2011 2011.

SILVA, S. G. C. L. D. Direitos fundamentais, Garantismo e Direito do Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. vol. 77, n. 3, p. 274-292, jul/set 2011.

SOBOTA, K. **Don't Mention the Norm!**. Tradução de João Maurício Adeodato. Recife: UFPE, v. IV/10, 1991. 45-60 p. publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7.

SPOSATO, K. B. Constitucionalização do Direito da Criança no Brasil como barreira à redução da idade penal.. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 80, 2009. 80-118.

SPOSATO, K. B. Juventude: da invisibilidade à redução da maioridade penal. In: REPÚBLICA, B. P. D. **Direitos humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2010. p. 179-187.



SPOSATO, K. B. **Direito Penal de adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2014.

SPOSATO, K. B. Criança, democracia e neoconstitucionalismo no Brasil. **Revista Diké - Mestrado em Direito**, São Cristóvão, v. 4, 2015. 157- 180.

STEPHAN, C. C. **Trabalhador adolescente**: em face das alterações da Emenda Constitucional n. 20/98. São Paulo: LTr, 2002.