



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



RENATO MENDES MOTA

**A TEORIA DA PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS COMO LIMITE DA FLEXIBILIZAÇÃO NO
DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO**

Recife
2006

RENATO MENDES MOTA

**A TEORIA DA PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS COMO LIMITE DA FLEXIBILIZAÇÃO NO
DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, em convênio com a Universidade Federal do Amazonas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. George Browne Rego

Linha de Pesquisa: Transformações Sociais e seus reflexos no Direito Privado.

Recife

2006

Ficha Catalográfica

(Catalogação na fonte realizada pela Biblioteca Central / UFAM)

Mota, Renato Mendes

M917t A teoria da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite da flexibilização no direito do trabalho brasileiro / Renato Mendes Mota. - Recife: UFPE, 2006.

170 f. fls.

Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

1. Direito Constitucional 2. Direito do Trabalho 3. Flexibilização
I. Título

CDU 349.2(043.3)

RENATO MENDES MOTA

**A TEORIA DA PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS COMO LIMITE DA FLEXIBILIZAÇÃO NO
DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, em convênio com a Universidade Federal do Amazonas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. George Browne Rego

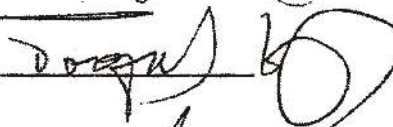
Linha de Pesquisa: Transformações Sociais e seus reflexos no Direito Privado.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e julgou-a nos seguintes termos:

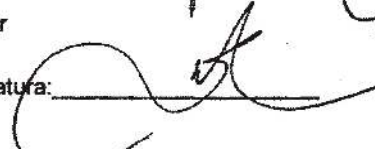
Prof. Raymundo Juliano Rego Feitosa, Dr. UFPE - Examinador

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Prof. Torquato da Silva Castro, Dr. UFPE - Examinador

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Prof. Sandro Nahmias Melo, Dr. UEA - Examinador

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

DEDICATÓRIA

A minha amada esposa
Alessandra, na passagem do mês
e ano do seu trigésimo aniversário
de vida, pela compreensão e
estímulo nos momentos difíceis.

Ao meu filho Guilherme (Guigui),
renovação da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao Dr. José Braga pela deferência e orientação a mim concedidas.

À amiga Anny Liberato pela contribuição oportuna.

RESUMO

MOTA, Renato Mendes. **A Teoria da proteção ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais como limite da flexibilização no Direito do Trabalho Brasileiro.** 2006. 167 fls. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O presente trabalho visa questionar se a flexibilização do direito do trabalho pode ser viabilizada na forma proclamada por economistas e juristas, ou se não há interesses outros, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana em conflito com essa forma de regulamentar as relações de trabalho. Para tanto, tem no Direito do Trabalho o cerne do problema – a flexibilização – e no Direito Constitucional brasileiro e alienígena, a fundamentação de uma solução mais harmoniosa para a questão. Desse modo, é imprescindível o estudo da teoria do núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais, vez que a flexibilização difundida no Brasil, depende da alteração da legislação constitucional, o que impõe um estudo sobre a concepção sistêmica dos direitos fundamentais, a utilização da terminologia adequada, a abordagem histórica, a perspectiva subjetiva, objetiva e conceitual formal e material. Necessário também, é abordar a eficácia dos direitos fundamentais; sobre os limites formais, materiais e temporais, a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e as tendências de modificação mundial no Direito do Trabalho, sobretudo, com relação às modificações por meio da flexibilização, detendo-nos mais especificamente, na análise da relação experimental mundial de flexibilização com a realidade brasileira. Neste diapasão se pretende dirimir o problema proposto, sendo sem dúvida, apenas um primeiro passo neste vasto caminho que ora se apresenta como um objeto de estudo a ser desvendado.

Palavras-chave: Flexibilização. Direito Constitucional. Direito do Trabalho.

ABSTRACT

MOTA, Renato Mendes. **The theory of protection of the essential nucleus of fundamental rights as a limit to flexibilization in brazilian labor law.** 2006. 167 fls. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

This present study aims to contribute to the debates over the role of labor regulation, by questioning if flexibilization on labor law can be made possible in the form proclaimed for economists and jurists or if it has other interests, as for example, the dignity of the human being in conflict with this prescribed form of the job relations. Therefore, it has in the Labor Law its main problem – the flexibilization – and in the Brazilian and foreign Constitucional Law the recital of a more harmonious solution for the question. In this way, it is essential the study of the theory of the essential nucleus or content of fundamental rights, once that the flexibilization spread out in Brazil, depends on the alteration of the constitutional legislation, what imposes a study on the sistematic conception of the basic rights, the use of proper terminology, the historical boarding, the subjective and objective perspective and conceptual deed of division and material. Necessary also it is to approach effectiveness of the basic rights; on the formal limits, material and secular, the protection to the essential nucleus of the basic rights and the trends of world-wide modification in Labor Law, over all with relation to the modifications by means of the flexibilization, withholding us more specifically in the analysis of world-wide the experimental relation of flexibilization with the Brazilian reality. It is in this scenarium that if it intends to nullify the considered problem, being without a doubt only one first step in this vast way that however if presents as an object of to be unmasked study.

Key-word: Flexibilization. Constitucional Law. Labor Law

SUMÁRIO

RESUMO	6
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	14
A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	14
1.1 Perspectivas históricas sobre o direito do trabalho: do trabalho escravo ao assalariado	14
1.2 Capitalismo: sua evolução como meio de produção e o reflexo no surgimento do Direito do Trabalho	22
1.3 Escorço histórico de flexibilização no Direito do Trabalho	37
1.4 A globalização da economia como elemento propulsor da flexibilização	41
CAPÍTULO II	55
O SISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ÓBICE À FLEXIBILIZAÇÃO (DESREGULAMENTAÇÃO) NO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	55
2.1 O sistema dos direitos fundamentais	55
2.2. Direitos fundamentais: terminologia e conceituação genérica	61
2.3 Abordagem história da teoria dos direitos fundamentais e sua evolução	67
2.4 A perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais na Constituição Federal do Brasil contemporânea	80
2.5 A concepção formal e material dos direitos fundamentais na Carta da República do Brasil	86
CAPÍTULO III	90

FLEXIBILIZAÇÃO E O SISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	90
ÓBICE CONSTITUCIONAL	90
3.1 A eficácia dos direitos fundamentais	90
3.2 Limites aos poder reformador	95
3.2.2 Proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais	98
3.2.3 O princípio da proporcionalidade	101
3.3 A abrangência do artigo 60, § 4º, inciso VI da Constituição Federal de 1988	108
3.4 O alcance da proteção outorgada aos direitos fundamentais	111
3.5 A função dos direitos fundamentais na Constituição e no Estado democrático e social de Direito	116
CAPÍTULO IV	123
A HEGEMONIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE A FLEXIBILIZAÇÃO (DESREGULAMENTAÇÃO)	123
4.1 O constitucionalismo social contemporâneo	123
4.2 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais	129
4.3 A efetividade dos direitos sociais no Brasil	133
4.4 A reforma da legislação trabalhista no Brasil	138
CONCLUSÃO	151
A FLEXIBILIZAÇÃO ACEITÁVEL NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO	151
REFERÊNCIAS	161

INTRODUÇÃO

A flexibilização do Direito do Trabalho é tema atual e de importância ímpar, que reflete na história mundial. Os problemas relacionados com o trabalho marcaram gerações com seus acontecimentos históricos, destacaram homens e suas idéias, vidas foram sacrificadas em prol das conquistas para os trabalhadores.

Por isso, é de fundamental importância conhecer as várias fases pelas quais passou o Direito do Trabalho, desde o surgimento e necessidade do trabalho como subsistência humana, até sua concepção jurídica de proteção ao processo de produção, ou seja, o reconhecimento e proteção das relações que surgiram por força da mão-de-obra despendida pelo homem.

O Direito do Trabalho nos apresenta o problema de nossa dissertação – a flexibilização -. No Direito Constitucional brasileiro e alienígena buscaremos a fundamentação de uma solução mais harmoniosa para a questão.

Uma vez apresentado esse cenário de conflito de interesses - econômicos e jurídicos -, no primeiro capítulo, iniciaremos nossa dissertação analisando os aspectos mais remotos da história do Direito do Trabalho: o nascimento, o surgimento a nível mundial e suas primeiras manifestações no Brasil, até culminar na relação jurídica tutelada. Apresentaremos os fatores determinantes para a consolidação do Direito do Trabalho, tais como o capitalismo, o ideal filosófico impulsionado por Marx e Engels pregado entre os séculos XVIII e XIX na Europa, a quebra do pacto social entre Capital, Estado e Trabalho, a globalização da economia e a confirmação da hegemonia do capitalismo em nossos dias.

Porém, o objetivo principal e específico deste trabalho é questionar se a flexibilização do direito do trabalho pode ser viabilizada na forma proclamada por

economistas e juristas, se não há interesses outros, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana a conflitar com essa profana forma de desregular as relações de trabalho.

Neste sentido, no segundo capítulo, nos utilizaremos da teoria do núcleo – ou conteúdo - essencial dos direitos fundamentais, uma vez que a flexibilização difundida no Brasil, só poderá ocorrer via alteração da legislação constitucional. Desta forma, na expectativa de sacramentar a idéia de que os direitos sociais fazem parte do rol dos direitos fundamentais, faremos um estudo sobre a concepção sistêmica dos direitos fundamentais, a utilização da terminologia adequada, a abordagem histórica, a perspectiva subjetiva e objetiva e finalizaremos esse capítulo com a exposição do ponto de vista conceitual formal e material.

No terceiro capítulo, demonstraremos que os direitos fundamentais gozam de uma proteção especial contra o poder reformador. Nesse sentido, faremos uma exposição sobre a eficácia dos direitos fundamentais; sobre os limites formais, materiais e temporais, a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; a abrangência das *cláusulas pétreas*, o que vem a ser essa proteção aos direitos fundamentais e a sua função na Constituição Federal e no Estado Democrático Social de Direito.

Após tratar da teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, no seu aspecto genérico, no quarto capítulo abordaremos a sua feição privativa relacionada com o Direito do Trabalho, analisando as tendências de modificação mundial no Direito do Trabalho, sobretudo, com relação às modificações por meio da flexibilização, detendo-nos mais especificamente na análise da relação experimental mundial de flexibilização com a realidade brasileira, seus limites quando confrontada com os princípios gerais de direito, com os princípios constitucionais aplicáveis ao

Direito do Trabalho e, sobretudo, sob a ótica dos princípios específicos laborais brasileiros, em respeito às garantias mínimas indispensáveis à dignidade humana dos trabalhadores, demonstrando opiniões divergentes, oferecendo respostas sobre o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial aos simpáticos dessa tendência, que a reverenciam como tábua de salvação para o desemprego mundial.

Fundamentaremos esse posicionamento, com o fato de que a história brasileira, da relação entre empresários, sindicatos e empregados, demonstra que prevalência do pactuado sobre o legislado não atenderá a qualquer fim social e se afastará completamente do desiderato do Direito do Trabalho Brasileiro, principalmente, porque há muito não se vê a possibilidade de discussão de políticas de emprego justas e dignas para o trabalhador brasileiro.

Demonstraremos que, ao longo das últimas décadas, houve a diminuição do nível de protecionismo no Direito do Trabalho, através de medidas legais que retiram do contrato de trabalho a suas características basilares de proteger o hipossuficiente, de permitir um nível mínimo de negociação entre empregado e empregador, ou seja, garantias conquistadas pelos trabalhadores desde o capitalismo organizado.

É necessário percorrer todo esse caminho para fazer-se uma reflexão do tema flexibilização. Apresentaremos nossas conclusões momentâneas quanto a necessidade de resgatar as características básicas do Direito do Trabalho, porém, não há como findar a discussão neste trabalho, dado que os elementos examinados em torno da questão, são apenas vestígios, fortes vestígios, que se apresentam pelas experiências já vividas.

CAPÍTULO I

A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 Perspectivas históricas sobre o direito do trabalho: do trabalho escravo ao assalariado

Valendo-se de uma concepção objetiva do trabalho, pode-se afirmar que o trabalho é o processo pelo qual se estabelece uma relação entre o homem e a natureza, num surgimento quase que concomitantemente de ambos. Contudo, para se ter uma idéia da importância do Direito do Trabalho e manutenção de sua essência e das conquistas dos trabalhadores, é importante fazer um histórico sintetizado, porém, pormenorizado do desenvolvimento do trabalho no tempo, enfatizando desde os tempos mais remotos até o período em que o trabalho humano alcançou o *status* de emprego nos dias atuais.

Através dessa pré-falada relação entre o homem e natureza, o primeiro atua sobre a segunda num processo de transformação obtendo um produto adequado às suas necessidades, sendo o *único animal capaz de executar trabalho segundo um planejamento previamente concebido* e de perceber o valor social do uso desse produto - bens e serviços -, chegando-se a conclusão de que esse mecanismo permite ao homem organizar sua relação com o objeto natural, sob um ponto de vista e finalidade social, e formar a base econômica das sociedades, aquilo que se

denomina economia, que, juntamente com a política – Estado - e a ideologia – Cultura -, constituem as três instâncias que determinam a vida social.

O trabalho primitivo, primeiro estágio do trabalho humano, desenvolvido na idade antiga pelo homem, era para manutenção exclusiva do seu sustento e sobrevivência da espécie humana, resultando num processo de confusão entre a arte, vida e trabalho, posto que este último estabelecia relação direta com a natureza e dependia de suas variações tais como a seca, enchentes, pragas, etc. Neste período, a consciência humana era muito limitada à descrição dos elementos de sua vida e de seu trabalho, fazendo com que o homem fosse prisioneiro das leis naturais, ao confundir mito e arte, e a conjugação com o trabalho.

Ao exteriorizar a sua percepção subjetiva dessa realidade, refletindo sobre uma descrição do trabalho do dia-a-dia, o homem distanciava-se dos elementos naturais, aprende a pensar, enfim, começou a criar uma consciência. A partir desse momento, o homem começou a aprender com a experiência social, desenvolvendo sua arte, técnica e religião, passou a projetar a vida em sociedade, registrar experiências e transmiti-las para as gerações posteriores (PERGORADO, 1994, p. 224-225).

Após essa fase de trabalho primitivo, iniciou-se o período da escravidão. Com os resultados das vitórias nos combates, o povo vitorioso passara a escravizar os seus inimigos derrotados, ao invés de exterminá-los, e com um número excessivo de prisioneiros, uma única pessoa não podia utilizar a todos, passando, então, a comercializá-los.

Entre os egípcios, gregos e romanos, a escravidão atingiu grandes proporções. Em Roma, os grandes senhores tinham escravos desde pastores até gladiadores, músicos, filósofos e poetas, somando-se mais de dois milhões de

escravos no ano 31 antes de Cristo, equivalendo a 33% da população concentrada nas mãos de particulares e submetida a maus-tratos, posto que o escravo não era considerado sujeito de direito, mas sim e, apenas, uma coisa de propriedade do senhorio.

A escravidão dos povos mais fracos prosseguiu por vários séculos, sob vários pretextos e títulos: passou pela idade média quando os senhores feudais faziam grande número de escravos para vendê-los. Na idade moderna – 1453, Queda de Constantinopla - ocorreu a escravização de índios pelos espanhóis com o descobrimento da América, e negros africanos arregimentados pelos portugueses. Ingleses, franceses e holandeses faziam tráfico de escravos para suas colônias. (VIANA, 2002, p. 30)

A escravidão passa a tomar contornos de produção econômica, onde uns ganham o direito de não trabalhar e passam a viver do trabalho dos escravos.

Neste momento, no mundo antigo, sob uma reflexão humana sobre o trabalho e sua consequência para vida dos homens, estigmatizou-se um paradoxo: para uns, o trabalho é a razão da própria existência humana; para Aristóteles, o homem não poderia se dedicar ao trabalho material, pois prejudicaria a condição natural e ideal de desenvolvimento intelectual; e, por fim, Platão desprezava o trabalho material por faltar-lhe as coisas do espírito. (PERGORADO, 1994, p. 228)

Aristóteles triunfou ao defender o escravismo como necessário ao desenvolvimento intelectual da humanidade - da filosofia, das ciências e das artes -, estabelecendo que a superação dessa fase só ocorreria quando as máquinas trabalhassem pelo homem, o que de fato não ocorreu, uma vez que, a escravidão foi responsável pela esterilização das forças de trabalho livre, desqualificando e desempregando grande número de artesãos e estancou o progresso técnico.

Por sua vez, a filosofia cristã pregada por São Tomás de Aquino, na busca de arrebanhar novos adeptos, teve que conciliar o dilema filosófico de valorização do trabalho *versus* valorização do ócio, sem afetar a dignidade do homem e os interesses dos dominantes. Esta árdua tarefa só foi possível pela habilidade de conceder uma terceira via, que a libertação dos trabalhadores ocorreria no paraíso, após a morte. No plano real, a variação da filosofia cristã foi desde o trabalho militante do apóstolo Paulo de Tarso, para a igreja transcendental - e ociosa - de Agostinho de Tagaste, até a igreja que busca apoio das corporações e por isso valoriza o trabalho artesanal e comercial, de Tomás de Aquino. (PERGORADO, 1994, p. 243)

À filosofia leiga coube a tarefa de explicar e dignificar a vida humana, em especial, o trabalho humano, debruçando-se sobre temas relegados e proibidos pelas doutrinas oficiais dos Estados feudais e a Igreja, tais como os direitos civis, o da organização do Estado, da igualdade e da desigualdade entre homens, e o mais recorrente de todos, a liberdade. Todos esses temas envolvem questão vinculada às relações de trabalho e às relações de produção, base de qualquer ordem econômica.

Na alta Idade Média, com a decadência econômica do Império e a ascensão dos senhores feudais e senhores de terras, a escravidão foi perdendo a exclusividade da exploração de mão-de-obra humana, com a gradual personalização do trabalhador, fazendo surgir a servidão na época do feudalismo (Cf. VIANA, 2002, p. 31), onde o trabalho era realizado em troca de proteção militar e política. Sem liberdade propriamente, trabalhavam nas terras do senhor feudal e tinham que lhe entregar toda a sua produção. O avanço da relação de trabalho dos servos tem como característica marcante, o reconhecimento de algumas poucas prerrogativas

civis, como por exemplo, *direito de herança de animais, objetos pessoais e em alguns lugares, o de uso de pastos.*

As corporações de ofício surgiram em contradição com sistema feudal, formam um elemento característico ainda da Idade Média, que consistia em grupos de trabalhadores organizados e especializados em determinado mister, com regulamentação rígida do exercício de suas atividades e tinham como objetivos: controlar o mercado, evitar a concorrência e assegurar os privilégios dos mestres, dirigentes dessas organizações. (PERGORADO, 1994, p. 245)

Os interesses comuns entre os profissionais

obrigava-os, para assegurar direitos e prerrogativas, a se unir, e começaram a repontar, aqui e ali, as corporações de ofício ou “Associações de Artes e Misteres”. Foi especialmente na França (*Maîtrises*), na Espanha (*Gremios*) e na Alemanha (*Zunft*) que seu desenvolvimento mais se fez sentir, não obstante surgirem em outros países e na própria Inglaterra. (VIANA, 2002, p. 31)

Com a divisão hierárquica consistindo em mestres, companheiros e aprendizes, o ideal final dessas duas últimas classes era quase que impossível de acontecer, pois galgar a condição de aprendiz para companheiro era comum, já dessa para a de mestre, na prática, era vedada, uma vez que, tal posto era reservado para os filhos dos mestres, como forma de garantir a transmissão de suas prerrogativas à sua linhagem.

Com esses objetivos, as corporações de ofício sofreram um grande golpe, a divisão em companhias integradas pelos companheiros, e as mestrias, conglomerado dos mestres. Além disso, pressionados pela queda do feudalismo, os camponeses passaram a migrar para as cidades onde oferecia sua mão-de-obra por preço vil.

Assim, a manufatura nasceu dos ofícios manuais e desenvolveu-se em contradição com as corporações de ofício, que se diferenciou pelo grande número de artesãos e pela forma como produziam, ou seja, no início todos produziam isoladamente seus produtos, porém logo foi estabelecido o trabalho em cooperação, ficando cada artesão responsável por uma parte do processo do trabalho.

Dessa forma, confrontou os seus interesses com os dos ofícios artesanais ameaçando sua extinção, bem como confrontou com a Igreja e o Estado Monárquico, poderes estes que lhes haviam concedidos alguns privilégios.

Todas as classes não feudais passam a reivindicar como prioridade a liberdade, contra os domínios, as concessões e os tributos exigidos pelos latifundiários feudais e seus representantes políticos – os Estados Monárquicos. Por conta desse movimento, o trabalho tornou-se livre, prevalecendo a liberdade de contratar, baseada na autonomia da vontade, estando a pessoa do trabalhador em relação ao beneficiário da sua mão-de-obra, vinculado por um contrato e não mais em razão de subordinação pessoal, tornando-se o responsável pelo desaparecimento dessas corporações ocorreu com a Revolução Francesa, posto que incompatibilizavam com o ideal de liberdade individual do homem, finalidade maior do movimento liberal do século XVIII.

Bem mais tarde, a movimentação em torno do sentimento de liberdade empregado por todas as classes não feudais foi incentivado por uma classe de intelectuais - filósofos leigos – que encabeçaram os movimentos liberais, que tinham no movimento universitário do Renascimento dos séculos XV e XVI, as bases teóricas do Iluminismo e de todos os Humanismos e Liberalismos que embalaram o sonho de liberdade desse período e deram o fundamento teórico, ético e político às revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII.

Mas as mais importantes revoluções teóricas dessa época, ocorridas na Astronomia, na Matemática e na Física, produzidas por Copérnico, Kepler, Galileu e Newton, deram origem à Ciência Moderna e, por sua vez, às primeiras idéias contratuais que ousaram pensar a organização da vida humana como um fenômeno particular, desvinculando do pensamento da época de que a sociedade humana se subordinava às leis naturais que ordenava o resto da natureza, como pregava o regime feudal, mas sim, às regras sociais, históricas e mutáveis, conforme os interesses econômicos e políticos dos homens e de cada época, possibilitando o estudo científico do “fenômeno humano” e a criação das Ciências Humanas como a Economia Política, posteriormente, a Sociologia, a Antropologia e mesmo a Psicologia.

Dentre as revoluções experimentadas, a que mais marcou foi a Revolução Francesa, em razão de sua formação ter sido erigido em três pilares: a liberdade, a fraternidade e a igualdade.

O primeiro princípio dessa revolução (a liberdade) foi o responsável por sua derrocada, quando percebido pela massa de trabalhadores que a liberdade apregoada beneficiava somente a iniciativa econômica, a instituição da livre empresa capitalista privada. Somente os que tinham propriedade tinham direito de voto, eram considerados cidadãos possuidores de alguns direitos civis.

No entanto, os principais eventos mundiais que resultaram no desenvolvimento do Direito do Trabalho – tal como a automatização de sistemas de trabalho –, transformaram, mas, também, reduziram de forma gradativa a mão-de-obra humana, fazendo surgir novas categorias profissionais, enquanto outras desapareceram, na razão direta da introdução de um mercado de trabalho profundamente alterado em tão curto espaço de tempo por fenômenos produzidos

pela maciça industrialização dos modos de produção e consumo, avanço tecnológico de extremo requinte e fenômenos político-econômicos determinantes de um novo sistema de relações laborais.

Com os novos métodos de produção, a agricultura também passou a empregar um número menor de pessoas, causando desemprego no campo. Iniciou-se, assim, a substituição do trabalho manual pelo trabalho com o uso de máquinas, havendo a necessidade de que as pessoas viessem, também, operar as máquinas não só a vapor, mas as têxteis, o que fez surgir o trabalho assalariado.

Como já foi dito alhures, considera-se que o surgimento do Direito do Trabalho consolidou-se ao complementar às suas bases ideológicas e jurídicas, responsáveis pelos benefícios trazidos ao trabalho livre pela Revolução Francesa, sedimentada pelo lema revolucionário *Igualdade, Liberdade e Fraternidade*, bem como pela base econômica trazida pela Revolução Industrial e, com isso, suas principais implicações de vinculação com um regime de emprego e salário. (DORNELES, 2002, p. 19-20)

1.2 Capitalismo: sua evolução como meio de produção e o reflexo no surgimento do Direito do Trabalho

O trabalho produtivo, prestado livremente pelo trabalhador por conta alheia, de forma subordinada e não eventual, surgiu necessariamente com a era capitalista e, portanto, está diretamente vinculado com a evolução daquele regime, de modo

que o direito do trabalho está atrelado a um contexto sócio-político-econômico. (DORNELES, 2002, p.23)

O capitalismo volta-se substancialmente para criação e acumulação de valores – capital – e, para atender esse objetivo, desenvolveu-se um determinado sistema produtivo que durou um longo ciclo de expansão, mas que pelas suas próprias limitações findou por saturar seus objetivos e iniciou um período de crise interna. Para superar essa crise, incorporam-se novas formas de produção e concentração de riqueza, reunindo recursos necessários para financiar um novo período de crescimento econômico, deixando de ser mero modo ou organização de produção para estabelecer-se num entrelaçado conjunto de relações sociais que ultrapassaram o primeiro objetivo - a melhor forma de produção - e passa a condicionar a vida em sociedade.

Por isso, o capitalismo foi considerado como responsável pelo desenvolvimento de vários estágios sócio-político-econômico, dividindo-se em três fases históricas: o capitalismo liberal, o capitalismo organizado e o capitalismo desorganizado.

No momento em que a propriedade sobre os meios de produção começa a chegar às mãos da burguesia, instaura-se a primeira fase do capitalismo, ou seja, o *capitalismo industrial liberal*, caracterizado pela inserção do trabalhador no processo produtivo.

Neste período, as relações entre trabalhadores e os meio de produção são regulamentadas pelo Direito Civil burguês, que segundo uma racionalidade jurídica desenvolvida na época, obedecia à ótica de que as relações sociais eram impulsionadas basicamente por indivíduos livres em igualdades de condições, fazendo surgir o Direito do Trabalho - primeiro período -, onde se defendia a abolição

da escravidão e marcou, com isso, uma era do Direito Laboral que vai desde os fins do século XVIII até o final do século XIX.

Impulsionado por essa tendência mundial de sociabilizar o homem através do trabalho, uns preconizando o coletivismo, outros sugerindo a construção social com base no Estado autoritário e, ainda, alguns até falando no *equilíbrio das classes*, em 1810, Robert Owen plantou a primeira semente do Direito do Trabalho, ao inserir em suas indústrias diversas medidas de segurança ao trabalhador, bem como publicou várias idéias inovadoras, tais como, a celebração de um tratado internacional limitando a jornada de trabalho, a proibição de determinadas práticas que atentavam contra a dignidade humana, como, por exemplo, o trabalho do menor de 9 anos de idade, o que o fez tornar-se conhecido como o pai da legislação trabalhista.

Em 1848, marcando o campo político e social e o segundo período histórico do Direito do Trabalho, o acontecimento mais importante é a publicação de o Manifesto Comunista por Marx e Engels tornando público a defesa da direção global da economia pelo poder político e o exercício deste pelo proletariado, preconizando o fim da propriedade privada. (MARX, 1996, p. 11-13)

Por volta de 1867, quando Karl Marx publicou o primeiro volume de *O Capital*, afirmou que a maior automação da produção acabaria por eliminar completamente o trabalhador, considerando que o trabalho do empregado passaria a ser atividade da máquina.

Dentro dessa ótica de acontecimentos sociais que marcaram o surgimento do Direito do Trabalho, não se pode olvidar a manifestação da Igreja Católica em 1891 por meio da publicação da Encíclica *Rerum Novarum* feita pelo Papa Leão XIII, cobrando do poder legislativo dos Estados, uma regulamentação protecionista ao

empregado e incentivando aos governantes a proteger os direitos coletivos em detrimento dos direitos individuais. (VIANA, 2002, p. 41)

No entanto, a exploração do trabalhador, denunciada por Marx, bem como a manifestação religiosa do Papa Leão XIII, não foram suficientes para sociabilizar o trabalho, ainda foram necessárias lutas de classe para que o capitalismo passasse a ser o modelo econômico dominante à época e propiciando a formação do Direito do Trabalho. (MORATO, 2003, p. 62)

O capitalismo passou por vários estágios de evolução, quais sejam: o capitalismo liberal, o capitalismo organizado e o capitalismo desorganizado, como maneira de se adequar à sociedade e à necessidade de incorporar novos conceitos, possuindo cada um deles configuração específica estabelecida de como se relacionam com os demais fatores - sociais, políticos e econômicos - presentes na sociedade e em determinados períodos. (SANTOS, 2003, p.75-93)

Com relação a esse primeiro momento do sistema capitalista e, em observância ao segundo e terceiro momentos de sua evolução, verifica-se que no capitalismo, a produção está concentrada nas mãos de um pequeno número de pessoas dentro da sociedade, ao passo que a grande maioria vende a força de sua mão-de-obra para os primeiros.

A primeira forma de expressão do capitalismo, o liberal, cobriu todo o século XIX, consagrando a bandeira de harmonia entre o Estado, Mercado e atores sociais.

Porém, o que se viu foi:

a) uma hipertrofia do Mercado, patente, por exemplo, no grande desenvolvimento da indústria e na conversão da complexa filosofia política liberal em um princípio unidimensional – o *laissez faire*;

b) uma redução da sociedade civil, que passa a ser concebida como a agregação competitiva de interesses particulares, em que o indivíduo, formalmente livre e igual, soberano em sua autonomia de vontade, é eleito o elemento constitutivo básico;

c) e um desenvolvimento ambíguo do Estado, caracterizado contraditoriamente como *mal* necessário, sob a pressão dos dois movimentos anteriores. (SANTOS, 2003, p. 80-81)

O trabalho humano, enquanto elemento do processo produtivo e como uma das características marcantes do capitalismo, teve sua regulamentação por meio de utilização analógica do Direito Civil burguês, com profundas conseqüências adversas aos trabalhadores, porquanto ainda não reconhecidos como hipossuficientes, carentes de uma legislação específica e mais protecionista. (DORNELES, 2002, p. 27-28)

Apesar dessa evolução, o capitalismo apresenta como características marcantes, a

produção de mercadorias, orientada pelo mercado; propriedade privada dos meios de produção; um grande seguimento da população que não pode existir, a não ser que venda sua força de trabalho ao mercado; e comportamento individualista, aquisitivo, maximizador, da maioria dos indivíduos dentro do sistema econômico. (MORATO, 2003, p.12)

O resultado do trabalho humano empregado no sistema capitalista terá livre circulação, avaliado na medida em que pode ser utilizado, valor de uso, ou ser trocado por moeda, valor de troca, ou seja, a produção de mercadorias e o consumo estarão sempre mediadas pelo mercado.

No final do século XIX inicia-se o capitalismo organizado atingindo pleno desenvolvimento nas décadas ao pós-guerra, consolidando o paradigma da organização de produção fordista/taylorista como base estrutural do grande pacto social firmado entre Capital, Trabalho e Estado.

Com isso, proporcionou o surgimento de condições sócio-político-econômicas, tais como: surgimento do movimento operário, surgimento de grandes

fábricas e gerência do grande pacto social. Todos esses fatores foram determinantes para o surgimento do Direito do Trabalho com suas regulamentações preservacionistas em relação à figura do trabalhador, valendo lembrar que embora haja distintos períodos de desenvolvimento, há sempre um elemento constante: a exploração da força de trabalho. (DORNELES, 2002, p. 28-30)

A organização Taylorista - que recebeu este nome em homenagem a Frederick Taylor, considerado precursor da teoria científica da administração – trata-se uma estratégia patronal de gestão e organização do processo de trabalho, por meio de seus “Princípios de Administração Científica”.

Seriam quatro esses princípios: 1) o estudo científico traria melhores métodos de trabalho; 2) seleção e treinamento científico da mão-de-obra; 3) estima e colaboração sincera entre a direção e a mão-de-obra; 4) distribuição uniforme do trabalho e das responsabilidades entre a administração e a mão-de-obra. (CATTANI, 1997, p. 247)

Já a organização fordista – que de igual forma recebeu o nome de seu idealizador Henry Ford -, criou a linha de montagem na indústria automobilística, por meio da esteira móvel. O fordismo, fenômeno assim denominado na época, seria a aplicação do taylorismo em grande escala e tinha as seguintes características: adotava um sistema generalizante, que não era especialista em determinada matéria; havia estratificação dos níveis hierárquicos na empresa; partia do pressuposto da auto-suficiência; pretendia atingir mercados nacionais e não mercados globais, como temos hoje; envolvia o desenvolvimento de tecnologia de longa maturação, fazendo estoques de insumos e matérias-primas; havia um número muito grande de trabalhadores, com pagamento de baixos salários. Destaca-se, nessa fase, a produção em massa feita na linha de montagem. O

trabalhador passa a fazer todo o dia uma atividade monótona e mecânica, mas que resultou em aumento da produção com esse sistema. (FREITAS JÚNIOR, 1997, p. 56-66)

Embora fenômenos distintos, fordismo e taylorismo, marcaram conjuntamente o paradigma de estrutura produtiva do início do século XX até os anos 70 e, conjuntamente com a consolidação das teses Keynesianas do Estado do bem-estar, solidificou a dinâmica produtiva base do capitalismo organizado, com as mudanças inseridas no modo de produção, no comportamento dos trabalhadores que abandonaram as idéias revolucionárias e, agregado a isso o papel do Estado complementando essa aliança gerenciando o pacto do bem estar social – com toda a sua carga política, psicológica e cultural, preocupado em integrar os trabalhadores no sistema, de modo a garantir sustentação e sobrevivência de ambos - dos trabalhadores e do próprio sistema. (DORNELES, 2002, p. 97-98)

Na década de 70, o mundo suportava um período de crise de acumulação capitalista, evidenciada na saturação do seu paradigma de produção, o que afetou, conseqüentemente, o fordismo, que passou a depender da reestruturação e da intensificação do controle sobre o trabalho como alternativa da própria sobrevivência, resultando num quadro de reestruturação produtiva na tentativa de garantir a reversão do quadro crítico do sistema.

Com isso, o pacto de integração/cooperação entre Capital, Trabalho e Estado, firmado no capitalismo organizado, foi sendo gradativamente denunciado, resultando na desintegração do trabalho e, conseqüentemente, na sua regulação preservacionista pelo Estado, expondo a falência do meio de produção fordista em razão das suas própria contradições e dos problemas inerentes ao sistema capitalista.

Por isso, a *rigidez* que foi eleita como a estratégia para consagrar o grande pacto de classe, se transformou na dificuldade intransponível desse processo, culminando com a sua exaustão, posto que o momento reclamava flexibilidade de planejamento, mobilidade de investimento de capital e em prazo mais curtos, abolição dos sistemas de produção em massa, porquanto haver a estagnação do mercado de consumo e, tudo isso não seria possível sem a flexibilização dos contratos de trabalho.

Sem dúvida, dentre esses fatores, a maior resistência encontrada pelo Estado na tentativa de superar esses problemas de rigidez, foi a organização da classe trabalhadora, com uma aparente e invencível resistência.

A partir de 1973, houve o início de uma transição no interior do processo de produção do capital: começaram a se fortalecer os modelos de produção típicos da *acumulação flexível*.

Dessa forma, aquela composição social identificada no período anterior é completamente desestabilizada, em função da incapacidade dos novos paradigmas flexíveis em sustentá-la.

Essa fase da acumulação flexível apoiou-se na flexibilização de tudo o que envolvia o trabalho: os meios de produção, os mercados de trabalho, os produtos fabricados e os padrões de consumo.

Uma característica marcante dessa transição foi o surgimento de novos setores de produção, novas técnicas de serviço e oferecimento de mão-de-obra especializada, com destaque em relação aos serviços financeiros, mercados de trabalho e aumento intensificado e inovado da atividade comercial, tecnológico e de organização.

A acumulação flexível foi responsável por mudanças súbitas dos padrões de desenvolvimento desigual, tanto entre setores produtivos, como entre regiões geograficamente ignoradas, instituindo uma enorme movimentação de emprego de prestação de serviço (no chamado setor de serviço), fazendo surgir pólos industriais completamente novos em lugares até então sem qualquer desenvolvimento mesmo no mais comum dos setores. (HARVEY, 1992, p. 135)

A acumulação flexível prossegue e se fortalece como sendo uma forma própria do capitalismo, guardando características fundamentais desse regime de produção, consistente no crescimento da produção e do capital, com apoio na exploração do trabalho vivo (mão-de-obra operária) no universo da produção e tem uma inerente e eficaz tecnologia e organização que produz grandes excedentes de força de trabalho. (DORNELLES, 2002, p. 100)

Especificamente com relação a esta última característica, observa-se a possibilidade de ativação dos planejamentos de exploração da mais-valia, mesmo em países nos quais o regime capitalista está adiantado, fazendo surgir lado a lado aos empregos tradicionais, os *sistemas de trabalho alternativos*, tais como, o *teletransporte*, a intensificação do trabalho informal, a sub-contratação e a terceirização – que permitem o retorno da *superexploração invisível* do trabalho. (HARVEY, 1992, p. 163)

É possível identificar uma transformação contraditória no mundo do trabalho atualmente. Há uma troca no foco de precarização dentro do Direito do Trabalho, onde se reduz o operariado industrial e fabril, em contrapartida ao desenvolvimento do sub-proletariado, do trabalho precário e do assalariamento no setor de serviços, da incorporação da mão-de-obra feminina e infantil, assim como exclusão do mercado dos trabalhadores mais jovens e mais velhos.

É a desinstitucionalização do trabalho assalariado clássico, resultando em uma heterogeneização, fragmentação e complexificação da classe trabalhadora.

A consequência desse procedimento, no que se refere ao mundo do trabalho, é a crise do trabalho organizado, que resultam em altos níveis de desemprego estrutural e no retrocesso da ação sindical. (ANTUNES, 1997, p. 23)

Este sistema, de acumulação flexível, comporta pelo menos três modelos de organização produtiva: o *italiano*, o *sueco* e o *japonês*.

O primeiro, consiste

num conjunto de características da experiência produtiva italiana que, desde a década de 70, tem conferido grande dinamismo à economia daquele país. Podemos apontar como principais características: (1) estruturas de pequenas empresas industriais em áreas com tradição artesanal e com pouca ou nenhuma experiência na produção em massa; (2) processos de trabalho e relações de trabalho flexíveis; (3) grande capacidade de inovação e inserção autônoma dessas redes de pequenas empresas no mercado internacional; (4) homogeneidade cultural e consenso político nas comunidades que sediam esses sistemas produtivos. (XAVIER SOBRINHO, 1997, p. 149).

O segundo, o *modelo sueco*, ou *volvoísmo*, incorpora as diferentes experiências introduzidas em plantas suecas ligadas às empresas automotivas Saab/Scania e Volvo.

Como características básicas desse modelo, pode-se verificar um processo de valorização do trabalhador, com a preocupação de melhorar as condições de trabalho, aumentando a autonomia organizacional dos empregados e seu poder de decisão, maior participação dos sindicatos no desenvolvimento do projeto, manifestando interesse em garantir a intervenção dos trabalhadores no processo de produção, bem como o desenvolvimento de competências coletivas. (LARANJEIRAS, 1997, p. 288)

No entanto, os dois modelos europeus sucumbiram à concorrência do modelo asiático, ao modelo japonês denominado de *toyotismo*.

Este modelo surgiu para atender à necessidade do mercado interno japonês, para reduzir parte dos riscos do empresário transferindo-os para os empregados.

Para fazer frente às necessidades do pós-guerra - modo de produção ágil para atender rapidamente a pedidos pequenos e variados a um baixo custo -, teve que flexibilizar direitos, formas de contratação e dispensa, e de tempo, etc., enfim, tinha o perfeito controle sobre o modo de produção, gerando a instabilidade da inserção do trabalhador na cadeia produtiva. (DORNELES, 2002, p. 104 ; NASSIF, 2001, p. 75)

Neste modelo, como reflexo de maior sucesso, demonstrou ter grande capacidade de acumulação e de intensificação do controle sobre o trabalho, o que faz com que cada vez mais sirva de paradigma no capitalismo desorganizado.

A denominação de toyotismo ou ohnismo (de Ohno), foi uma homenagem ao seu criador, um engenheiro da Toyota.

Este método de gerenciamento de produção japonês, e sustentado por dois grandes pilares: a) o *just-in-time* que consiste na cadeia de produção organizada e seqüencial: o processo precedente deve fornecer ao processo subsequente as peças certas, na quantidade certa, no momento certo e no lugar certo; e, b) a automação, que consiste na faculdade concedida ao operador ou à máquina autonomia de parar o processamento sempre que for detectada qualquer anormalidade. Este sistema vincula-se a dois outros aspectos: a produção do estoque mínimo - ou não-estoque -, e a redução do homem-hora, ou menor número de trabalhador (VIEIRA, 2001, p. 53).

Esse controle na produção é possível por meio do sistema visual de informações denominado *kanban* que utilizado para administrar a reposição de peças somente no final, após a venda do produto, buscando-se chegar a um estoque zero.

Como consequência desse modelo produtivo japonês ocorre a flexibilização da organização do trabalho, pois reclama agilidade na relação entre o maquinário e os instrumentos adaptando-os à demanda do mercado de novos produtos e, dessa forma, instável, flexível, tendo na inserção estável do trabalhador, na cadeia produtiva, como um entrave para a acumulação flexível. (DORNELES, 2002, p. 102-104)

No *fordismo*, a produção era ditada a partir dos recursos da empresa para a produção em massa e, assim, estruturada em padrões mais rígidos. A inserção plena do trabalho humano, em consequência, não se caracterizava em um maior ônus à empresa, pois a produção era contínua.

Um outro ponto de ruptura diz respeito à estruturação horizontal típica do *toyotismo*, que se contrapõe à estrutura vertical *fordista*.

A estruturação horizontal corresponde à noção de empresa mínima, com serviços não considerados atividades-fim - essenciais à atividade produtiva - terceirizados, subcontratados por outras empresas que, por sua vez, adotam a mesma estrutura horizontal, fazendo desaparecer todos os referenciais materiais que permitiam à classe operária perceber-se como classe e lutar como classe social, enfraquecendo-se por serem distribuídas nas pequenas unidades terceirizadas espalhadas pelo planeta.

Por fim, outro ponto importante a ser destacado é a instabilidade da inserção do trabalhador no processo produtivo, flexibilizando direitos de modo a dispor desta força de trabalho em função direta das necessidades do mercado consumidor.

Nesta época, o trabalhador vive um processo de exclusão tão acentuado como talvez jamais tenha se visto – ou há muito tempo não era visto – na história capitalista.

O terceiro período de desenvolvimento capitalista, denominado capitalismo desorganizado, iniciado no final da década de 60 e que perdura até nossos dias, recebeu esta denominação em função de ter desestabilizado a grande composição social entre Estado, Capital e Trabalho, que caracterizou o período precedente, quer seja no sentido de destruir a base de cooperação entre os atores envolvidos, quer seja no sentido de quebrar a expectativa solidária existente dentro da organização de cada um dos atores, principalmente no que se refere ao Trabalho.

No *capitalismo desorganizado*, as condições econômicas, sociais e políticas transformaram-se substancialmente.

Do ponto de vista econômico, tem-se que a lógica de Mercado adquiriu pujança sem precedentes, o que parece colonizar tanto o Estado como grande parte das relações sociais. Assim, observa-se um crescimento intenso do mercado mundial, impulsionado principalmente pelas empresas multinacionais, o que torna possível contornar – ou mesmo neutralizar – a capacidade de regulação nacional da economia.

Com isso, os mecanismos corporativos de regulação da luta de classes se enfraquecem, e a relação salarial, bem como as condições de vida dos trabalhadores, tornam-se cada vez mais precárias.

A consolidação dos paradigmas de produção flexíveis, a automação dos processos produtivos, o desenvolvimento das tecnologias de informação e o barateamento dos transportes passam a permitir a industrialização dependente dos países periféricos.

Finalmente, a mercadorização e a digitalização da informação abrem perspectivas quase infinitas à reprodução alargada do capital. (DORNELES, 2002, p. 107)

As transformações no plano social são enfraquecidas em função da rematerialização da sociedade obtida no período anterior, basicamente em torno dos interesses de classe.

As classes trabalhadoras diferenciam-se internamente em seguimentos e frações cada vez mais distintos, desde a sua base material como na sua forma de vida. O setor de serviços atinge proporções sem precedentes. Além disso, as organizações operárias deixam de contar com a lealdade de seus membros e perdem poder de negociação face ao Capital e ao Estado. (SANTOS, 2003, p 88)

Como era de se esperar, as transformações no plano sócio-econômico passam a repercutir no plano político. As práticas de classe anteriormente consolidadas deixam de traduzir-se em políticas de classe e os partidos políticos de esquerda vêm-se forçados a atenuar o conteúdo ideológico dos seus programas e a apartar-se do seu apelo eleitoral.

O Estado sofre processo de transformação, por ter sido abalada a sua capacidade para continuar a regular as esferas da produção - privatizações, desregulamentação da economia e, conseqüentemente, do mercado de trabalho - e da reprodução social - retração das políticas sociais, crise do Estado providência.

Em segundo lugar, é colocado em uma posição de análise secundária no planejamento democrático sócio-econômico nacional, em razão da globalização da economia e o capital político que a mesma transporta, principalmente nos países periféricos.

Por último, se torna vítima da própria burocracia, o que o impulsiona a rever suas próprias políticas públicas, no sentido de devolver à sociedade civil competências e funções que assumiu anteriormente e que agora parece estruturalmente incapaz de exercer e desempenhar.

A grande constatação desse quadro crítico é o desmantelamento do Estado de bem-estar social, paradigma que até então regulava a política sócio-econômica estatal, consolidado no período anterior, com repercussões principalmente no Direito do Trabalho.

Observa-se, com isso, a emergência de um novo sistema jurídico-normativo consolidado a partir da pluralidade de pretensões sociais, que leva o Estado, por um lado, a desempenhar tarefas múltiplas e, por outro lado, a se omitir gradativamente de desempenhar tarefas regulatórias, mesmo em áreas nas quais já o fazia.

Em torno desse grande cenário de crise e transformação sócio-político-econômica, os atores sociais responsáveis anteriormente pelo grande pacto social vêem alterada sua coalizão de forças.

Como consequência dessa mudança, consolida-se o Capital como o grande ator social fortalecido, dirigente de um novo processo de organização social em curso.

O reflexo natural desse fortalecimento do Capital, é o enfraquecimento do trabalhador pela desregulamentação da legislação trabalhista e flexibilização das relações contratuais, questionado em sua posição de ente participativo e até então

importante, agora ameaçado pela proliferação de teses sobre o fim da sociedade do trabalho.

No meio desse processo, a figura contraditória de um Estado que, na prática, mostra-se cada vez mais incapaz de dirigir autonomamente o processo de planejamento socioeconômico, ao menos nos moldes anteriores. (DORNELES, 2002, p.108-109)

1.3 Escorço histórico de flexibilização no Direito do Trabalho

Antes de começarmos discorrer sobre o histórico da flexibilização, convém, primeiramente, registrar alguns entendimentos sobre o tema, utilizando-se das seguintes manifestações:

Flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do trabalho, a imposição pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador (NASCIMENTO, 2003, p. 120).

(...) flexibilização, no Direito do Trabalho, significa a possibilidade de as partes – trabalhadores e empresa – estabelecerem, diretamente ou através de suas entidades sindicais, a regulamentação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-la da forma que melhor atenda aos interesses de cada um, trocando-se recíprocas concessões (MALHADAS, 1991, p. 143).

Na verdade, definições das mais variadas são encontradas na doutrina, significando o termo flexibilização *para alguns, a adequada diminuição do rigor*

excessivo de algumas leis trabalhistas que impedem maior eficiência do setor produtivo e do desenvolvimento econômico. Para outros, não passa de mero expediente que esconde, sorrateiramente, o propósito de diminuir, simplesmente, direitos dos trabalhadores (NASCIMENTO, 1995, p. 1022)

O mundo do trabalho atual está passando por profundas transformações que se refletem diretamente no Direito do Trabalho, como fruto de uma desestabilização social ocorrida no terceiro período de desenvolvimento capitalista.

Como conseqüências da ruína nas estruturas de gestão social, estréia-se uma fase de transição resultante, dentre vários fatores, da necessidade das empresas em se adequarem a métodos eficientes de competição econômica em um cenário de livre fluxo dos mercados. Soma-se a isso a profunda revolução tecnológica, geradora de modificações radicais na organização da produção, tendo de outro lado, a constante necessidade de combate ao desemprego. (DORNELES, 2002, p. 173-174)

Acredita-se que a tendência flexibilizadora começou desde o *modelo japonês* ou *toyotismo*, como reflexo da sucumbência dos dois modelos europeus - *fordismo/taylorismo*.

Pela exposição acima, verificou-se que a desestabilização do grande pacto social no que diz respeito à produção, mas o capitalismo desorganizado marcou igualmente uma grande desordem na estrutura social, política e econômica. No plano social, há uma fragmentação e enfraquecimento dos empregados como categoria unida, detentora de direitos e de legitimidade para buscar novas conquistas.

No plano econômico, a globalização fortalece o Capital de uma forma que o torna incontrolável e livre de qualquer comprometimento político com os Estados.

No plano político, a recomposição dos dois fatores anteriores faz com que o Estado retome a forma de gestão conservadora enfraquecendo-se ou omitindo-se com relação aos aspectos que contrariem a lógica do Capital.

A política econômica mundial sugere uma competição desleal entre os países. Justamente para atender a uma possibilidade de igualdade entre os Estados, há promessas de benefícios e prosperidade, de permissão ao acesso a grandes inovações tecnológicas, a abertura para investimentos, a financiamentos, ao comércio internacional e, por fim, ao mais forte dos argumentos, para minimizar os níveis de desemprego. Para tanto, é exigido o afastamento do Estado do monopólio regulador sobre as questões trabalhistas e sociais. (VIERA, 2001, p. 63)

Apesar da aparente resistência de nosso sistema legal à idéia de flexibilização, os sintomas da desorganização implementada por essa etapa capitalista trouxe seus vestígios iniciais da flexibilização ao Brasil desde a Lei nº 4.923/65, que trata da redução geral e transitória dos salários até o limite de 25%, por acordo sindical, quando a empresa tivesse sido afetada por caso fortuito ou força maior em razão da conjuntura econômica.

Não se pode olvidar, que neste mesmo diapasão, a Lei do FGTS (Lei nº 5.107/66), concedeu ampla liberdade ao empregador para despedir os empregados regidos pelo FGTS, enfraquecendo o instituto da estabilidade e as leis de terceirização, especialmente a Lei nº 6.019/74, conhecida como lei do trabalho temporário.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiram novas leis que modificaram em parte o Direito do Trabalho.

Citemos como importantes normas flexibilizadoras, as Medidas Provisórias que introduziram os contratos por tempo parcial e o banco de horas. Essa Medida

Provisória do trabalho a tempo parcial - MP nº 10952-20/2000 -, acrescentou o artigo 58-A à Consolidação das Leis do Trabalho, e conceitua como trabalho em regime de tempo parcial, aquele cuja duração não exceda a 25 horas semanais, devendo ser pago salário proporcional em relação aos trabalhadores que cumprem o horário integral.

Outra modificação ocorreu por conta da Medida Provisória nº 10709-3/98, que modificou o parágrafo 2º do artigo 59 da CLT, prevendo que os excessos de horas trabalhadas pelo empregado em um período poderiam ser compensados no período máximo de 01 ano, observando um sistema de créditos e débitos, que não poderá exceder esse período, caso em que o empregador deverá pagar o total normal de horas do período com o adicional mínimo de 50%.

Por fim, o artigo 7º da Constituição Federal de 1988 foi pródigo na distribuição de direitos, permitindo que se processem mediante acordo ou convenção coletiva, a adequação das normas à realidade econômico-social somente em relação aos institutos previstos nos incisos VI, XIII e XIV, respectivamente, a redução de salários, a redução e compensação de jornada de trabalho, e a prorrogação da jornada máxima de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento.

1.4 A globalização da economia como elemento propulsor da flexibilização

A *globalização* é um processo antigo e remonta o período dos grandes descobrimentos no século XV. Porém, nesta época, a sua manifestação ocorria em forma ainda embrionária – se é que possamos chamar assim –, porquanto as expedições de 1492 lideradas pelo navegante genovês Cristóvão Colombo e

financiadas pelo Reino de Castilla y Aragón romperam o isolamento entre o *Velho e o Novo Mundo* e implicaram em crescente contato entre os países então existentes.

De lá pra cá, alguns acontecimentos mais recentes, de nível mundial, simbolizam a transformação pela qual passou o mundo: o fim do comunismo internacional, com a cessação da Guerra Fria, iniciada com a Perestroika e simbolização na queda do muro de Berlim, constitui-se em fator coadjuvante da transformação da economia e dos seus reflexos nas relações de trabalho; a nova revolução tecnológica, que se processa de forma acelerada, desde o invento dos chips; a informática; a telemática e a robótica com profunda e ampla repercussão dentro e fora das empresas, configurando a chamada época pós-industrial.

Dados atuais são mais alarmantes e preocupantes que os noticiados no início desta exposição, pois, ao mesmo tempo que trazem progresso, podem acarretar efeitos devastadores.

Neste contexto, observa-se o crescimento da população mundial de 1,6 bilhão, no começo do século XX, para 6 bilhões no fim desse mesmo século; o crescimento urbano de menos de 300 milhões de habitantes no início do século XX para três bilhões no fim desse mesmo século.

A face positiva da globalização pode ser observada no campo da produção mundial, em termos mercantis, que de 1 trilhão de dólares em 1900 - taxa de 1989 - com trocas internacionais, e de 70 bilhões, hoje ela é de 20 trilhões de dólares, enquanto as trocas entre países são da ordem de 6 trilhões.

O campo da informação, os fluxos e o sistema que o geram, como os meios de transportes, modificaram-se mais num século e meio do que da época romana até ao século XIX. Em um campo específico, tudo isso tem um preço: a globalização pode vir a representar um retrocesso, como, por exemplo, no mundo do trabalho, o

desemprego, a precarização do Direito do Trabalho, a exclusão do trabalhador da proteção estatal. (SANTOS, 1997, p. 23)

Em razão de todos os processos que vão ocorrendo no curso do tempo, prega-se a necessidade de serem estabelecidos mecanismos de flexibilização do trabalho, para acompanhar como do horário de trabalho, da jornada de trabalho e de outras condições de trabalho.

As crises passam a ser cíclicas, começando com a do petróleo, por volta de 1973, em que há necessidade de adaptação das regras trabalhistas às novas exigências dos tempos. No início dos anos 80, houve a flexibilização de salários, como tentativa de evitar o fechamento da Chrysler, nos Estados Unidos. As negociações coletivas adiaram os reajustes salariais, tendo havido, inclusive, redução de salários. Em troca, houve a garantia de que os trabalhadores não seriam dispensados.

No entanto, não se pode esquecer que o Direito do Trabalho tem como verdadeira característica ser *um Direito de Vanguarda, no sentido de que se coloca sempre a par dos acontecimentos últimos que se realizam no Plano Cultural, em benefício dos valores essenciais daqueles que exercem atividade criadora em qualquer campo do conhecimento.* (REALE, 1997, p.p. 11/13)

Neste sentido, é inegável a função social do Direito do Trabalho em fornecer o equilíbrio e convivência pacífica entre os fatores de produção: empresa, capital e trabalho, e qualquer outra vicissitude política e econômica refletida diretamente no trabalhador, uma vez que, enquanto alguns países procuram implantar os sistemas e instrumentos da modernidade tecnológica; outros, porém, para concorrer no mercado internacional, agravam as condições de trabalho, num retorno ao início do século XIX.

Este procedimento vem sendo adotado principalmente nos países em vias de desenvolvimento, onde os sindicatos não atuam de maneira livre em defesa de seus representados, sucumbindo aos ditames governamentais e empresariais, propiciando a desregulamentação das condições de trabalho.

Há uma preocupante tendência mercadológica mundial dos países exportadores, de desregulamentação da legislação trabalhista, segundo a OIT - Organização Internacional do Trabalho -, que vem se posicionando em sentido contrário, visando a condicionar à manutenção de sistemas mínimos de proteção social tais como: liberdade sindical, direitos de sindicalização e de negociação coletiva - Convenções 87 e 98 da OIT -; abolição do trabalho forçado - Convenções 29 e 105 -; normas mínimas de seguridade social - Convenções 102 -; não-discriminação no emprego e ocupação - Convenções 100 e 111 -; e, proibição do trabalho do menor - Convenção 138 -.

Em 1994, perante a Conferência da OIT, o então Diretor Geral Michel Hansenne, já fazia a seguinte advertência:

A desigualdade entre as nações e no seio das mesmas se acentuou devido à diferente capacidade dos países e das categorias de trabalhadores de adaptar-se à evolução das grandes tendências econômicas. Existe o perigo de que numerosos países, que se encontram entre os menos desenvolvidos, fiquem completamente marginalizados do sistema econômico mundial que se está configurando. (HANSENNE apud SÜSSEKIND, 2002, p. 203)

Em junho de 2000, representando a OIT na Assembléia Geral das Nações Unidas, o seu atual Diretor Geral, Juan Somavia demonstrou não só o desastre das políticas econômicas globalizadas, bem como indicou o caminho humanitário de que necessita o povo:

As políticas econômicas neoliberais que sobressaem na atual economia globalizada fracassaram na busca do que os povos necessitam: um sentimento básico de segurança. Para conseguirem um trabalho decente devem trocar as políticas que hoje guiam e configuram a economia mundializada. O Estado deve cumprir sua função de garantir um equilíbrio entre a força do mercado e as necessidades da sociedade. (SOMOVIA apud SÜSSEKIND, 2002, p. 203)

Com isso, a flexibilização das leis do trabalho apresenta-se inevitável a fim de promover a conciliação de interesses antagônicos, porém, necessariamente não pode representar a desregulamentação do Direito do Trabalho, mas devem ocorrer mudanças que tenham por objetivo atender peculiaridades regionais, empresariais e ou profissionais.

A implementação de novas tecnologias ou métodos de trabalho, a preservação da saúde econômica da empresa e dos empregos, seja em qualquer tipo de cultura, deve se ater às peculiaridades de cada país e a escola de direito a que se originou, mantendo seus princípios jurídicos básicos.

Como suportes desse movimento de hipertrofia do Capital e de subordinação de gestão estatal, surgem os frutos da propalada *globalização*.

No século XIX, a Revolução Industrial, com as inovações técnicas e tecnológicas nas indústrias e nos transportes, permitiu maior integração do mundo – por meio da intensificação das trocas mercantis e do incremento de investimentos no estrangeiro – além de ter ensejado a necessidade de organização sindical para a defesa de mínimas condições de trabalho em uma época de degradante exploração do operariado.

No período pós 2ª Guerra, fenômeno de importância foi a expansão acelerada das empresas multinacionais - ou corporações transnacionais - e conglomerados financeiros. Com a reconstrução do Japão e da Alemanha, naquele contexto, modernizaram-se as indústrias e as relações de trabalho. Os novos padrões

industriais revelaram os limites dos modelos *keynesianos* de gestão pública e doutrinas neoliberais expressaram as novas necessidades apresentadas, convulsionando os modelos de regulação política tradicionais.

Nas últimas décadas, a revolução tecnológica seria mais uma etapa do processo em tela. Os principais ajustamentos que ocorreram nas relações internacionais apresentaram a marca da competitividade e das rápidas transformações, notadamente na área de Ciência e Tecnologia. De fato, verifica-se a emergência de tecnologias que perpassam todos os setores da atividade econômica, como a micro-eletrônica e a informática.

A competição internacional agora está centrada nos aspectos econômicos e científico-tecnológicos.

A capacitação em tecnologia e em recursos humanos passaram a ser elementos de importância maior do que considerações geopolíticas relacionadas aos fatores tradicionais de poder como, *e.g.*, recursos naturais. Com efeito, a capacitação tecnológica tem sido apontada como elemento cada vez mais determinante na aferição do grau de desenvolvimento de um país. Ademais, torna-se cada vez mais importante a qualificação da mão-de-obra para lidar com novas tecnologias, sob pena de perda de competitividade.

Como característica dominante do cenário internacional, a *globalização* é responsável pela abertura a que vêm se submetendo as economias de vários países, anunciando o avanço da internacionalização dos circuitos econômicos, financeiros e tecnológicos.

Há, na verdade, vários níveis de internacionalização: a) o comercial – homogeneização das estruturas de demanda e oferta com empresas que estabelecem contratos de terceirização com produtores locais e comercializam os

produtos sob suas próprias marcas, o que representa maior circulação de bens e serviços; b) o produtivo – fenômeno da produção internacional de um bem para o qual muitas economias contribuem com diferentes insumos, acarretando a idéia de “indústria global”; c) o financeiro – aumento do fluxo de capitais, decorrente da automação bancária e da desregulamentação dos mercados financeiros mundiais, que atrai volume crescente de recursos da esfera produtiva; d) o cultural – os mesmos instrumentos que permitem o aumento vertiginoso do fluxo de capitais - redes eletrônicas, televisão, satélites - constituem o atual sistema de comunicação e cultura. Nesse sentido, a globalização não significa mais intercâmbio e troca entre nações, mas a produção em escala global de uma cultura mundial integrada que aponta tanto para uma sistematização híbrida como para uma homogeneização entre o nacional e o global; e) o tecnológico – incremento quantitativo e qualitativo das redes mundiais de comunicação e informação (Internet); f) desregulamentação do direito do trabalho sob a enganosa denominação de flexibilização das relações de trabalho.

Em conclusão, a *globalização* é a tendência vertiginosa da economia mundial, apresentando várias acepções, tais como, o intercâmbio da produção, serviços e informações proporcionado pelos modernos meios de transportes e de comunicações; pressão econômica dos mercados sobre os Estados, etc. É um fenômeno que, apesar de ter-se iniciado no século XV, teve a sua consolidação no século XX, resultado de inúmeras transformações suportadas pela humanidade ao longo desse tempo, tais como, crescimento populacional, crescimento das cidades, crescimento da produção, crescimento do intercâmbio internacional, etc.

De um modo genérico, enfim, pode-se utilizar o termo em tela para designar a crescente e acelerada transnacionalização das relações econômicas, financeiras,

comerciais, tecnológicas, culturais e sociais que vêm ocorrendo especialmente nas últimas duas décadas.

O fato é que aquilo que se convencionou chamar de “globalização” tornou-se fator de influência nas decisões de Estados Nacionais, dos seus agentes econômicos aos legisladores. Com a finalidade de ampliar os conceitos de limite social e político do Estado Nacional em face da modernização, a distinção de tal fenômeno apresenta-se em três formas: *globalismo*, *globalidade* e *a globalização* (MORATO, 2003, p.p. 7/8).

A primeira representa uma única dimensão da globalização, a econômica, que determina o mercado como condutor da dinâmica política e social do Estado, sendo este tratado como uma empresa. As demais faces da globalização, a ecológica, cultural, política e social só se apresentam com o fim específico de confirmar a dominação do mercado.

A globalidade é responsável pela mundialização das relações entre Estados ou entre povos, caracterizando uma sociedade mundial, apesar da aparente contradição deste termo. Partindo dessa premissa, a globalidade determina a existência de produção multinacional e seu reflexo no mercado de trabalho, e interfere em outros temas mundiais, desde as crises, guerras, utilização de energia atômica, modo de vida, vitórias e até as catástrofes.

O somatório desses dois aspectos finda por resultar no terceiro, a globalização, definido como processo que cria vínculos e espaços sociais internacionais, enfatiza as culturas locais, mas eleva, a primeiro plano, a cultura mundial.

A definição de globalização proporcionada pela modernidade, revelou como ponto principal imediato, um capitalismo mundial desorganizado, conforme já

dissertado linhas atrás, com reflexos em aspectos econômicos e sociais, como a flexibilização das relações de trabalho e até o aumento do desemprego.

Em termos filosóficos, vê-se que os elementos apregoados pela doutrina Marxista, guardadas as devidas proporções reflexivas, são uma realidade.

Por exemplo: a pretendida *globalização* (ou intercâmbio) da doutrina de Marx teve, no seu sistema concorrente, a realização da divulgação da idéia; o apego desvairado ao *materialismo* findou por agregar outros valores a antigo conceito, fazendo com que o homem se tornasse um ser mais individualista; a *população mundial* cresceu, mas o efeito disso foi degradante no que diz respeito aos *meios de produção*, pois até hoje é inversamente proporcional a distribuição da *propriedade* em relação aos *meios de produção* para aqueles que produzem (MORATO, 2002, p.p. 8/10).

Em termos ideológicos, é um retorno às raízes do liberalismo, posto que, o comunismo e outros sistemas não foram capazes de sepultar a idéias do regime capitalista, o que resultou na criação do chamado neoliberalismo, predominante nos dias atuais na experiência político-econômica de grande parte do mundo ocidental, que se volta fundamentalmente para eliminar os elementos tidos como entraves para o pleno e livre desenvolvimento do mercado.

1.5 A diferença entre flexibilização e a desregulamentação no Direito do Trabalho

O sistema econômico mundial impôs aos países, em geral, uma severa disputa no mercado que reflete diretamente na ordem interna nacional de cada um

deles, que tem como característica intrínseca de cada Estado, a busca do seu crescimento e que vêm na flexibilização das leis trabalhistas, a solução para responder às desvantagens do mercado internacional.

Neste contexto, surge a discussão sobre a necessidade de flexibilização das relações do trabalho, onde alguns sustentam ser a rigidez das instituições a responsável pela crise nas empresas, retirando delas as possibilidades de adaptarem-se a um mercado em constante mutação.

A internacionalização da economia acirrou a polêmica entre os defensores do Estado Social e os adeptos do Estado Liberal, os quais, obviamente, adotaram caminhos distintos a respeito da posição dos poderes públicos frente às relações de trabalho. Os neoliberais pregam a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições do emprego sejam ditadas, basicamente, pelas leis do mercado. Já os defensores do Estado Social, esteados na doutrina social da Igreja ou na filosofia trabalhista, advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana. (VIANA, 2002, p. 39-44).

Embora nascida no contexto do Direito Econômico e também na Economia, a flexibilização tem reflexos no campo do Direito do Trabalho. Antes de falarmos mais sobre essa relação, abrimos um parêntese para ressaltar a visão muito particular que os economistas possuem do que é ou do que deve ser a flexibilização.

Entendem eles que, aumentar a produtividade do trabalho é a chave do desenvolvimento e que, hoje em dia, é cada vez mais claro que as relações de trabalho e as formas de remuneração têm importância decisiva no aumento de produtividade. Por outro lado, para os economistas, a mão-de-obra do trabalhador é

insumo equiparável aos de natureza meramente física, a diferença entre estes insumos é resultante, tão-somente, da maior ou menor rigidez com que são submetidos à ideologia do determinismo materialista, ora de natureza capitalista, ora de natureza marxista.

Impulsionada por essa visão, a tese da flexibilização ganha hoje generalizada aplicação em qualquer ramo da ordem jurídica que necessite adaptar-se à realidade da atual sociedade, exigindo particular atenção do Direito do Trabalho.

Preocupada com essa tendência mundial, a maior entidade internacional em matéria de direito do trabalho, a OIT - Organização Internacional do Trabalho -, por seu então Diretor-Geral Michel Hansenne, na Conferência de Genebra em 1994, manifestou-se que há

normas fundamentais que, independentemente das prioridades nacionais, são inseparáveis de todo esforço em favor do progresso social. Assim, além da observância de certos princípios básicos, haveria uma justificativa suficiente para exigir-se a adoção de certas normas mínimas. (HANSENNE apud SÜSSEKIND, 2002, p. 206).

Os juristas possuem ponto de vista diverso dos economistas, na medida em que vêem no trabalhador uma pessoa humana dotada de dignidade. Para eles, a mão-de-obra não constitui apenas um fator ativo de produção, mas um grupo de pessoas com necessidades básicas que precisam ser satisfeitas, através do ganho que auferirem com o seu trabalho. (COSTA FILHO, 1999, p. 132)

O trabalho é um instrumento de dominação e transformação da natureza, destinado a contribuir para a felicidade de todos e não apenas para o favorecimento de alguns. Por isso, as relações de trabalho reguladas pelo direito, dele devem fazer um instrumento a serviço da dignidade do homem e não o meio de regular um mecanismo ou um organismo de que o ser humano participe apenas como peça ou como célula. (COSTA FILHO, 1999, p. 133)

No plano jurídico, a flexibilização das relações de trabalho pode ser compreendida, ainda, pelo estudo da teoria da imprevisão e a revisão dos contratos, que se contrapõe à clássica *pacta sunt servanda* dos romanos e se constitui na tese moderna da cláusula *rebus sic standibus*, uma vez que a norma jurídica deve ser um instrumento de adaptação do direito aos fatos, numa sociedade em constante mutação.

O certo é que parece acordante entre juristas e economistas, que o objetivo primordial da flexibilização nas relações de trabalho no contexto atual de globalização da economia e de crises na oferta de empregos, pelo menos no que diz respeito ao seu aspecto prático, é o de evitar a extinção de empresas, com evidentes reflexos nas taxas de desemprego e agravamento das condições socioeconômicas.

O perigo da flexibilização pregada aos quatro cantos do mundo é transformá-la em atenuação ou até desaparecimento dos níveis mínimos de proteção dos trabalhadores, deixando à mercê da faculdade patronal a direção de negociações e aplicações daquilo que foi acordado.

Essa tendência distancia-se do seu objetivo primordial concernentes às relações de direito que foi o de proporcionar a implementação de nova tecnologia ou novos métodos de trabalho e, com isso, evitar a extinção de postos de trabalho – empresas - evitando aumento das taxas de desemprego e agravamento das condições sociais e econômicas do trabalhador.

A flexibilização propriamente dita – original -, permitiria que os sistemas legais previssem fórmulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, ora envolvendo instrumento de negociação coletiva, ora via previsão do contrato

individual, ou mesmo estipulação direta com os próprios empresários. Com isso, o reflexo na legislação trabalhista traria maior espaço para a complementação do ordenamento jurídico, permitiria a adequação de normas cogentes a situações regionais, empresariais ou profissionais específicas e, por fim, admitira derrogações de condições ajustadas preteritamente para sofrer ajustes às novas situações determinadas pela modernidade do trabalho. (SÜSSEKIND, 2002, p. 204)

O Direito do Trabalho, o brasileiro com maior particularidade, tem como fundamento básico, normas e princípios de proteção da relação laboral, que, num primeiro momento, colidem com o fenômeno da flexibilização ou numa visão mais otimista, poder-se-ia dizer que estes - normas e princípios - não seriam eliminados, porém, seus efeitos seriam demasiadamente minorados em certas situações específicas.

Enquanto a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, com normas genéricas básicas, prevendo um mínimo suportável de direitos aos trabalhadores, como ocorre no nosso caso na Carta Fundamental de 1998 e na legislação infraconstitucional, a desregulamentação afasta por completo a proteção do Estado, deixando a cargo da autonomia privada individual ou coletiva, a regulamentação das condições de trabalho e os direitos e obrigações advindas da relação empregatícia.

Se, com essa concepção de flexibilização o Direito do Trabalho brasileiro não se coaduna de forma amigável, o que dizer da desregulamentação, considerada por alguns autores como uma forma de flexibilização (SÜSSEKIND, 2002, p. 204)? A resposta não será exposta agora, não antes de nos aprofundarmos um pouco mais e fazermos algumas reflexões sobre a desregulamentação.

A palavra flexibilização tem sido estigmatizada e por isso até hoje se torna de certa forma desaconselhável o seu emprego, porque logo surgem reações. O certo

seria se falar de adaptabilidade das normas de direito do trabalho às novas exigências do momento econômico, social, histórico e cultural que atravessamos. (ROMITA, 1993, p. 23-24)

A flexibilização das normas do Direito do Trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica. (MARTINS, 2000, p. 45)

Com a flexibilização, os sistemas legais prevêm fórmulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, seja pelos instrumentos de negociação coletiva, ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários.

CAPÍTULO II

O SISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ÓBICE À FLEXIBILIZAÇÃO (DESREGULAMENTAÇÃO) NO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

2.1 O sistema dos direitos fundamentais

A problemática que circunda a afirmação da existência de um sistema de direitos fundamentais possui importância particular para o objetivo tratado nesta dissertação, que é apresentar os direitos sociais como direitos fundamentais.

Como consequência prática dessa afirmação, observa-se a questão ligada à interpretação hermenêutica, bem como a compreensão do que vem a ser os direitos fundamentais ou quais direitos consagrados na nossa Constituição Federal estariam de fato e de direito, incluídos nessa categoria.

Por conseguinte, é mister adentrar-se no campo da filosofia, bem como na seara hermenêutica contemporânea, especificamente no âmbito do direito Constitucional, demonstrando o contraste existente o método tópico e o método sistemático, bem como o grau de equilíbrio entre as duas formas de pensar e a sua interação com a idéia de um sistema aberto.

O surgimento do método tópico se deu com um intuito renovador da hermenêutica atual no campo jurídico, e o responsável por este caminho cognitivo foi Theodor Viehweg, que com sua obra gerou polêmicas reflexões na esfera do Direito,

o Estado e a Constituição. A exaustão posterior do positivismo racionalista, em consonância com a incredulidade generalizada em suas soluções, *fez inevitável a ressurreição da tópica como método*. (BONAVIDES, 2000, p. 448)

Quando se definem as principais características da idéia de sistema, ou seja, unidade (vários pontos de referências centrais) e ordem (uma conexão sem hiatos, com a compatibilidade lógica de todos os enunciados), “*não afastam e, até mesmo, não são incompatíveis com o pensamento tópico. Isso porque, como sistema aberto, suas normas necessitam interagir com a realidade, de maneira que, por si só, não abarquem todas as possibilidades fáticas*”. (MALISKA, 1988, p.18)

De contrário, quando se fala na interação e uniformidade dos métodos tópico e sistemático, é mister que se faça referência aos limites da tópica em relação ao sistema normativo.

E nesse sentido vemos que são inculcadas as principais críticas ao método tópico:

Essas críticas dirigem-se ao fato de que a tópica colocaria a lei com um *topos* qualquer, de modo que as discussões ultrapassariam os limites legais (...) a tópica aplicada a interpretação jurídica e, em especial, à interpretação Constitucional, nas discussões dos pontos de vista, devem ter a norma como principal condição de argumentação. A norma, em último caso, é o limite da tópica. (MALISKA, 1988, p. 18-19)

A concepção de que os direitos fundamentais formam um sistema no âmbito da Constituição Federal foi objeto de recente manifestação na doutrina brasileira e estrangeira, fundamentada na idéia de que os direitos fundamentais são uma espécie de afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente na Carta Magna brasileira de 1988. (FARIAS, 1996, p. 54-55)

A discussão em torno da denominação *sistema* ao conjunto de direitos fundamentais é atual, porém, doutrinadores brasileiros e estrangeiros tratam do assunto há algum tempo, valendo destacar, entretanto, que foi no seio dos juristas alemães onde houve a maior controvérsia sobre o assunto, cabendo a G. Dürig o título de representante mais ilustre dentre os defensores dessa corrente, posto que sustenta que na Lei Fundamental alemã, há um sistema de direitos fundamentais isento de lacunas - art. 1º, inciso I, da LF -, no sentido de que esta noção deve ser considerada a partir de um sistema de proteção abrangente e completo, e não como significado de um sistema fechado e hermético. (SARLET, 1998, p. 73)

A idéia difundida por G. Dürig é a de que o respeito à dignidade da pessoa humana representa uma reunião geral dos direitos fundamentais específicos existentes na Lei Fundamental, com aplicação direta e imediata.

Apesar de caracterizar-se como uma das mais importantes teorias que se arrisca sustentar a tese da existência de um sistema autônomo, fechado e isento de lacunas, ela não passou imune às críticas da própria doutrina alemã.

Alguns doutrinadores alemães entendem que apesar de se identificar os direitos fundamentais habitualmente consistem em grupos catalogados, *são garantias pontuais, que se limitam à proteção de determinados bens e posições jurídicas especialmente relevantes ou ameaçados*. (SARLET, 1998, p. 73)

Por outro lado, a existência de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, a ausência de uma fundamentação direta de todos os direitos fundamentais no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o estreito entrelaçamento entre os direitos fundamentais e o restante das normas constitucionais, impedem segundo a perspectiva de Hesse, a existência de um sistema autônomo, fechado - no sentido de isento de lacunas -, tal como sustentado

por parte majoritária da doutrina e jurisprudência assente nos posicionamentos do próprio Tribunal Federal Constitucional.

No que diz respeito à nossa Constituição Federal, o posicionamento a ser tomado deve ter como ponto de partida o ordenamento jurídico pátrio. Nesse contexto, salienta-se a inviabilidade da tese de que os direitos fundamentais formam em nossa Constituição um sistema apartado e fechado, demonstrando ser muito mais pertinente com o nosso direito positivo a corrente contrária àquela, porquanto, se interpretado o conceito material aberto de direito fundamental, constante do art. 5º, § 2º, da CF, alcançaremos o entendimento de que existem positivados direitos fundamentais espalhados por outras partes da própria Constituição Federal e até em diplomas internacionais, bem como reconheceremos a possibilidade de haver *direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.*

Em se tratando de um sistema aberto a regras e princípios para a Constituição, Canotilho escreve que *é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, (Caliess) traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança de realidade e estarem abertas a concepções cambiantes da verdade e da justiça.* Maliska (1998) interpretando o ensinamento de Canotilho ressalta para a possibilidade de *refletir o texto Constitucional como verdadeira e constante busca, ou seja, o texto Constitucional não está pronto e acabado, mas em vias de ser construído, de maneira que a interação do texto com a realidade deve ser total, de modo a garantir a sua supremacia e sua força normativa.* (MALISKA, 1998, p. 18)

Não bastasse essas peculiaridades, não se pode olvidar para a diversidade de conteúdo do

catálogo dos direitos fundamentais (composto por um número sem precedente de direitos de liberdade, concretizações do princípio da igualdade, direitos sociais, políticos, garantias institucionais, etc.), impede, em princípio, que se estabeleçam critérios abstratos e genéricos que possam demonstrar uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma construção baseada numa relação de generalidade e especialidade. (SARLET, 1998, p. 75)

Valendo-se dessa transcrição, não há como creditar somente no princípio da dignidade da pessoa humana a única e principal fonte dos direitos fundamentais de nossa Constituição, posto que, nem todos são radicados nele, ao menos não de forma direta, impondo reconhecer, neste sentido, relevantes distinções quanto ao grau desta vinculação.

De igual forma, não há como se identificar uma teoria dominante no nosso direito constitucional, não diante do emaranhado de princípios dispersos em nossa Constituição e fora dela, e, ainda, por isso mesmo também impossível de identificar-se um sistema distinto, autônomo em relação ao restante do texto constitucional, quer seja na parte de onde pode se extrair um princípio fundamental, um direito fundamental, quer seja na que trata da organização do Estado, bem como relativo à ordem econômica e social (SARLET, 1998, p. 75), onde se situa o direito do trabalho.

Os direitos fundamentais, por seu teor e significado dentro da Constituição de 1988, preconizam a possibilidade de um sistema aberto. Diante disso, surge a problemática de que maneira este sistema se insere nos textos constitucionais vigentes e como externar-se-á a sua interpretação e concepção dos direitos de cunho fundamental.

Deste modo, se o pensamento sistêmico faz-se constituir num pensamento *lógico dedutivo*, a tópica vem a ser o contraste na terminologia usada por Schneider,

que idealiza a distinção entre elementos *cognitivos e volitivos* do conhecimento jurídico. *O volitivo é um instrumento do método tópico e o cognitivo um dado característico da inquirição dedutiva, lógica e sistemática.* (MALISKA, 1998, p. 66)

Vislumbra-se, assim, uma definição de sistema jurídico como *ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais*, Canaris prescreve que o sistema não é fechado, mas, antes aberto, e vale tanto para o sistema científico (sistema de proposições doutrinárias) quanto para o sistema objetivo (sistema da ordem jurídica).

Adentrando ainda mais no pensamento de Canaris, este ensina que:

A abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na ciência do Direito. Ela partilha a abertura do <sistema científico> com todas as outras ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um processo no conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projecto transitório. A abertura do <sistema objectivo> é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objecto, designadamente, da essência do direito como fenómeno situado no processo da história e, por isso, mutável. (CANARIS, 1989, p. 281).

Visando a interação dos pensamentos sistemático e tópico, conclui-se que, esta junção de métodos designa os direitos fundamentais como principal instrumento desta exegese. Diante disso, *os direitos fundamentais, ainda que reunidos em um catálogo, constituem garantias pontuais, de maneira que não estão reduzidos a um sistema fechado, taxativo.*

Neste sentido, a tópica, proveniente da reação ao positivismo jurídico clássico, representa o cerne da hermenêutica contemporânea, conferindo também um grau de extrema relevância e essencialidade na interpretação constitucional, especialmente nos direitos fundamentais como sistema aberto.

Portanto, os direitos fundamentais, encontram, na tópica e na idéia de sistema aberto, a possibilidade de uma adequada concretização de seus preceitos. O tema, além da adequada interpretação acima, vinculada à noção de sistema aberto, é envolto em outra discussão, a fundamentalidade de tais direitos na dignidade da pessoa humana. (MALISKA, 1998., p. 67-68.)

Se é possível reconhecer a existência de um sistema dos direitos fundamentais, a conclusão que nos impõe a pesquisa formulada é de que jamais poderá ser classificado como

um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), ao contrário, será sistema aberto e flexível, receptivos a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrante ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante. (SARLET, 1998, p. 75)

2.2. Direitos fundamentais: terminologia e conceituação genérica

Inicialmente, cumpre destacar as várias terminologias utilizadas que se referem aos direitos fundamentais como sinônimas.

Além da expressão já consagrada neste trabalho - direitos fundamentais -, de modo exemplificativo, relacionaremos outras como *direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais*. Estas expressões são utilizadas tanto na doutrina quanto no direito positivo no âmbito nacional e internacional, revelando uma heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso conceitual e terminológico, fator este preocupante quando considerados o significado e o conteúdo de cada termo. (SARLET, 1998, p. 29)

Para observar o que acima se expôs, basta que examinemos a nossa Constituição Federal de 1988, e a título de ilustração citar alguns exemplos: *direitos humanos* - art. 4º, inciso II -; *direitos e garantias fundamentais* - epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º -; *direitos e liberdades constitucionais* - art. 5º, inciso LXXI -; e *direitos e garantias individuais* - art. 60, § 4º, inciso IV -.

Considerando a terminologia utilizada na epígrafe do Título II da nossa Carta Constitucional de 1988, observamos tratar-se de um termo genérico e abrangente para cuidar de todos os direitos fundamentais consagrados no nosso direito positivo constitucional valendo destacar: os direitos e deveres individuais e coletivos do Capítulo I; os direitos sociais do Capítulo II; a nacionalidade prevista no Capítulo III; os direitos políticos constantes do Capítulo IV; o regramento dos partidos político no Capítulo V (SARLET, 1998, p. 30); há, ainda, aqueles direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição (SARLET, 1998, p. 74) os quais nos referimos no item anterior.

Além disso, cumpre frisar o caráter anacrônico e substancialmente insuficiente dos demais termos habitualmente utilizados na doutrina nacional e estrangeira, visto que, ao menos em regra, atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.

Ademais, sustentamos ser correta a distinção traçada entre os direitos fundamentais (considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente) e os assim denominados “Direitos Humanos”, que, por sua vez, constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal,

independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico positiva interna.

A opção pelo uso da terminologia direitos fundamentais neste trabalho, funda-se na própria intenção de nosso legislador Constituinte que, por inspiração na Lei Fundamental da Alemanha e na constituição Portuguesa de 1976, rompeu com a tradição do nosso direito constitucional positivado que veio diversificando os termos utilizados para se referir aos direitos fundamentais, em consonância com o que ocorre atualmente no direito internacional, e face a especificidade com que se traduz as outras terminologias (SARLET, 1998, p. 30-31).

Além do mais, a expressão direitos fundamentais configura-se uma tendência mundial do segundo pós-guerra, como ocorreu não só nos países acima mencionados, mas, também, na Turquia em 1982, Holanda em 1983 e Espanha em 1978.

Com efeito, ainda que se possa e deva reconhecer uma crescente interpenetração, caracterizada particularmente pela influência recíproca entre as esferas internacional e constitucional (diga-se de passagem, expressamente consagrada na nossa Constituição, especialmente no seu art. 5º, § 2º), inexistem dúvidas quanto a seu distinto tratamento, de modo especial, o grau de eficácia alcançado, diretamente dependente da existência de instrumentos jurídicos adequados e instituições políticas e/ou judiciárias dotadas de poder suficiente para a sua realização.

Para finalizar essa digressão sobre a terminologia correta, em razão do tratamento emprestado como sinônimos entre os direitos fundamentais os direitos humanos, convém fazer a seguinte distinção básica: o termo direitos fundamentais aplica-se àqueles direitos do ser humano na órbita interna de cada Estado, ou seja,

tratado e reconhecido pelo direito constitucional positivado de determinado País; direitos humanos, corresponde aos tratados e documentos firmados por organismos internacionais, externos a qualquer Estado, direcionado à humanidade como um todo e sem tempo de validade determinado, são preceitos supra-nacionais. (CANOTILHO, 1998, p. 369).

Apesar da aparente distinção, não se pode negar a íntima relação entre as duas terminologias em razão dos fundamentos utilizados principalmente pelas Constituições do segundo pós-guerra. Pelo conteúdo das declarações e instrumentos internacionais caminha o direito constitucional internacional no sentido de uma ordem para condensar os direitos humanos, direitos fundamentais, etc., numa só terminologia que atenderia a essa tendência e soaria como mais abrangente: os direitos humanos fundamentais. (SARLET, 1998, p. 33)

Diante dos limites deste trabalho, consideramos que a discussão sobre a terminologia a ser utilizada não lhe trará prejuízo, preferimos nos utilizar da terminologia direitos fundamentais, pelo que passamos a tratar nas próximas linhas sobre o conceito desses direitos e os demais assuntos aqui propostos a serem examinados.

Diante da possibilidade de haver direitos fundamentais dentro e fora da Constituição, conceituá-los de forma genérica seria considerá-los como todas aquelas proposições jurídicas situadas no conjunto genérico de normas do direito constitucional, concernentes às pessoas e que por possuírem conteúdo e importância foram integradas ao texto da Constituição, bem como, àquelas por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados e agregados ao texto constitucional.

Noutro sentido, podemos conceituar os direitos fundamentais como uma espécie de fiel da balança por onde se mede o nível de democracia existente em uma dada sociedade, de acordo com sua previsão no direito constitucional e eficácia de seus preceitos; são elementos inerentes e peculiares ao estado (regime) democrático de direito, pois a democracia é condição *sine qua non* para a sua existência e eficácia.

Tanto é assim que, a relevância dessa convivência harmoniosa entre esses dois reclamos, o humanístico e o democrático, foi explicitada no próprio preâmbulo da atual Constituição Federal do Brasil.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1998).

Portanto, as normas constitucionais não podem ser compreendidas se desprendidas dos desígnios essenciais que nortearam o constituinte, que buscou estruturar o Estado sobre os pilares ético, jurídico, político e social do respeito e da promoção dos direitos fundamentais; mormente podem ser interpretadas adequadamente sem as bases humanísticas e democráticas oferecidas pela teoria dos direitos fundamentais.

Ensina Bonavides que estes últimos termos, “direitos humanos” ou “direitos do homem”, costuma ser mais empregados por autores anglo-saxões e latinos, enquanto que a expressão “direitos fundamentais” é de uso mais corrente entre os publicistas germânicos. (BONAVIDES, 2003, p. 580.)

Por seu turno as

expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espácio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 1998, p. 359)

Em resumo, podemos definir os direitos fundamentais como direitos humanos positivados e inseridos na categoria de direitos subjetivos, ou melhor, *aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais* e cujo fim almejado é *criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana*, conforme Bonavides (2003, p 560), amparado na doutrina do constitucionalista tedesco Konrad Hesse.

Significa esta dupla dimensão que os

preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual. Por outro lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objectivas de ordenação da vida social. (Vieira de Andrade, 2001, p. 15).

2.3 Abordagem história da teoria dos direitos fundamentais e sua evolução

A história da teoria dos direitos fundamentais é tema demasiadamente abrangente e que ultrapassa os objetivos deste trabalho, motivo pelo qual tentaremos nos ater aos principais acontecimentos e momentos dessa trajetória. Porém, devido a íntima ligação com os métodos de hermenêutica e, também, pela situação de que a história dos direitos fundamentais registra o surgimento do Estado constitucional moderno, cuja existência só se justifica pelo reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, em detrimento da limitação de poder que lhe é imposta. (SARLET, 1998, p. 36)

Para uma abordagem histórica dos direitos fundamentais, teremos que perquirir, primeiramente, onde, por que e como surgiu, questão ainda controversa entre os doutrinadores constitucionais.

Há quem se apegue ao conceito de liberdade e busque no advento do cristianismo a justificativa para distinguir duas fases embrionárias, porém, relevantes no surgimento dos direitos fundamentais, situando entre o momento antigo e o moderno: antigamente a liberdade era de índole essencialmente política, referindo-se à participação do indivíduo na sociedade, ou seja, na faculdade de exercer os direitos políticos de cidadão; na modernidade, a liberdade se efetiva pela realização da vida pessoal. O cristianismo, com fundamento na filosofia de São Tomás de Aquino, concebia a idéia de que o homem criado à imagem e semelhança de Deus possui alto valor e liberdade inerente à sua própria natureza, animando com isso a idéia de que ele dispõe de direitos que devem se respeitados por todos, inclusive pela sociedade política, garantido aos súditos o direito de resistência quando o

direito natural se chocava com o direito positivado. Essa corrente jusnaturalista faz sobressair às teorias contratualistas nos séculos XVII e XVIII, submetendo a autoridade dos soberanos ao direito natural. O Estado passa a defender os direitos naturais dos homens como razão de sua existência e com isso passa a inspirar alguns documentos tais como: as Declarações de Virgínia de 1776 e a Francesa de 1789. (MENDES, 2002, p. 104-105)

Embora a doutrina mencione os referidos documentos com destaque, por terem representado pontualmente a reformulação do pensamento a cerca dos direitos naturais, não foram os pioneiros na história dos direitos dos indivíduos. Em 1215, na Inglaterra, o Rei João Sem-Terra concedeu aos bispos e barões - pessoas consideradas nobres - alguns privilégios feudais, não os estendendo aos demais integrantes da sociedade. Outros documentos que declaram direitos fundamentais - embora não constitucionalizados - e que merecem destaques: a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689. (SARLET, 1998, p. 44)

Em virtude de algumas concepções doutrinárias e formas jurídicas que antecederam e influenciaram o reconhecimento de novas necessidades básicas, na segunda metade do século XVIII, houve a consagração dos direitos fundamentais com o documento denominado *Bill of Rights* de Virgínia, em 1776, quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, vez que, o que outrora se tinha de concreto eram manifestações mais próximas de reivindicações políticas e filosóficas do que normas jurídicas de cunho obrigatório, e, exigíveis judicialmente. Nesse momento, pode se dizer que os direitos tidos como naturais passam a ter índole constitucional, reconhecidos e positivados na Declaração de direitos e acolhida pela Constituição americana. (MENDES, 2002, p.106)

Assim, assume papel de destaque a questão relacionada à geração ou dimensão dos direitos fundamentais, especialmente porque consolidou a evolução do Estado Liberal - Estado formal de Direito - para o moderno Estado de Direito - Estado social e democrático *material* de Direito -, bem como pelas transformações experimentadas na indústria e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, etc. Enfim, a primeira *dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu status constitucional material e formal.*

Diante disto, a doutrina considera três marcantes fases antes dos *direitos fundamentais* serem reconhecidos nas primeiras Constituições:

a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos. (SARLET, 1998, p. 37)

Por conseguinte, temos que o berço dos direitos fundamentais foi a Inglaterra, com a Magna Carta promulgada por João Sem-Terra em 1215, muito embora, como se bem sabe, os direitos por ela elencados alcançassem apenas a nobreza, já que se tratava de documento escrito ao qual o povo não tinha acesso, além de somente ser sido escrito em razão pressões da própria nobreza com apoio da burguesia inglesa, enumerando prerrogativas aos súditos da monarquia. (COMPARATO, 1999, p. 160)

De toda a sorte, ainda que somente para alguns poucos indivíduos, ali surgiram os direitos fundamentais, valendo como instrumento de limitação do poder, até então absoluto, exercido pelo monarca.

Além disso, pode-se dizer com acuidade que a Magna Carta trouxe consigo também a idéia de igualdade entre os homens, do devido processo legal, do direito à

liberdade e à propriedade, já que vedava a restrição à liberdade do homem, ou a expropriação de seus bens, sem que antes fosse submetido a julgamento leal por seus pares, conforme a lei da terra.

A Carta, em questão, veio a ser reafirmada em declarações posteriores, de tal modo que sua essência permanece presente na legislação inglesa, tendo, ainda, servido de inspiração para diversas outras declarações.

Já o *Bill of Rights* apresenta-se como o primeiro diploma legal a por fim ao regime de monarquia absoluta que até então se conhecia, determinando a separação de poderes, atribuindo inúmeras competências ao parlamento, especialmente no que tange a criação de tributos e legislação. (BONAVIDES, 1998, p. 559)

Observa-se, contudo, que, à exceção da Inglaterra, durante toda a idade média, a evolução dos direitos fundamentais foi letárgica, praticamente imperceptível, voltando a ter destaque somente por ocasião a ascensão do ideário iluminista que culminou com diversas declarações de direitos e revoluções.

Assim, passados os séculos de escuridão, em junho de 1776 conheceu-se a Declaração de Direitos Virgínia, que foi seguida pela Declaração de 4 de Julho de 1776 e da Constituição Americana de 1787. Nada obstante, nenhuma destas logrou a mesma expressão histórica obtida pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como dito algures, pôs fim às corporações de ofício, buscando a quebra do regime de testamentos da sociedade, para, enfim, trazer a igualdade entre os homens, com o fim de todos os privilégios.

Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade. O teor de universalidade da Declaração recebeu, aliás, essa justificativa lapidar de Boutmy: Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações.

O lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. (BONAVIDES, 1998, p. 562)

O elemento em comum das declarações sobreditas é que todas tinham ênfase na garantia de direitos do homem em face do Estado, isto é, do particular frente ao Estado; valorizavam a igualdade formal entre os homens, sua liberdade de ir, vir e agir e a não interferência do Estado nessa esfera de liberdades conquistadas.

Na verdade, havia a concepção de que os poderes de Estado deveriam se submeter ao consentimento popular, especialmente em solo Norte-Americano, onde se afirmaram os princípios democráticos da história moderna.

Tais garantias de liberdade dos cidadãos em face dos Estados foram as primeiras formas de direitos fundamentais que se conheceu, sendo, então, denominada a primeira dimensão dos direitos fundamentais. Caracterizou-se, desse modo, a primeira dimensão dos direitos fundamentais como a era das liberdades individuais. (COMPARATO, 1999, p. 161)

A segunda dimensão dos direitos fundamentais dirigiu o centro das atenções aos direitos sociais, encontrando-se a sua fonte na Declaração de Direitos de 1791, também da França, na qual se dedicou um parágrafo à *Assistência Pública*, no qual se previa a educação para crianças abandonadas, a ajuda aos enfermos pobres, o fornecimento de trabalho aos pobres válidos que de outra forma não conseguiram.

No mesmo diploma legal determinou-se a criação de uma instrução pública comum a todos os cidadãos, tendo as partes de ensino indispensável gratuito.

A declaração, acima citada, não chegou a ser implementada, considerando que poucos anos depois de sua promulgação criou-se nova ordem constitucional, com a Carta de 1793, que logo foi substituída pela Carta de 1795, na qual houve flagrante retrocesso no que tange os direitos fundamentais, eis que diversos direitos anteriormente declarados foram retirados, tais como, o direito ao trabalho, à assistência pública e à instrução.

A essa altura, como contra-ponto aos excessos capitalistas que imperavam, começou a surgir o pensamento comunista, sendo que em 1848 redigiu-se o Manifesto Comunista, que tinha como palavras de ordem *nacionalismo, trabalho e liberdade*.

Nesse momento da história houve uma reviravolta no cenário político europeu, reabrindo o caminho para o desenvolvimento dos direitos fundamentais rumo à segunda geração. Contudo, em função da nova ordem burguesa e seus interesses individualistas, esse período foi marcado por constantes avanços e retrocessos.

Com efeito, a miséria em que vivia o povo europeu foi o motivo principal a determinar uma nova onda de revoltas populares, acentuando o perigo que o comunismo representava para as classes dominantes.

Nada obstante a isto, manteve-se a resistência à reinserção do direito ao trabalho na Constituição francesa.

Com efeito, havia quem considerasse que a garantia constitucional do direito ao trabalho representava uma ameaça ao desenvolvimento da economia.

Adolfo Thiers, que governou a França em meados de 1870, chegava a afirmar que o direito ao trabalho iria destruir o espírito de economia, já que os operários, com o futuro garantido, deixariam de depositar suas economias nas contas populares de poupança. (COMPARATO,1999, p. 164/165)

No meio de idéias tão antagônicas – liberalismo e comunismo -, buscando evitar o “mal maior”, surgiram novas propostas, as quais tentavam conciliar os interesses em conflito, mantendo ao máximo o *status quo* naquilo que se referia ao direito de propriedade, mas aceitando certas reformas em prol do social, como o ensino público voltado para o mercado de trabalho. Acolhidas na Constituição francesa de 1848, as reformas implementadas foram todas em caráter “programático”, pois dependiam de regulamentação por outras espécies normativas, o que ainda ficava a cargo da burguesia dominante.

Assim, mantidas as liberdades e declarados novos direitos, o gozo dos mesmos dependia do beneplácito da burguesia que, por sua vez, não sofria qualquer limitação pelos direitos das outras classes sociais. Criou-se então um instrumento ambíguo que declarava direitos apenas àqueles que detinham o poder regulamentador.

E isso não ocorria apenas na França, mas também em diversos outros países. Tal conjuntura fomentava o ideário comunista e o anarcossindicalista, incentivando a luta por reformas, pela materialização daquelas liberdades individuais que somente as classes dominantes tinham acesso, bem como, por ações positivas do Estado no sentido de promover a igualdade entre os homens.

Assim, influenciado pelas novas idéias comunistas e anarcossindicalistas, um grupo de jovens revolucionários, conhecido como *Regeneración*, liderou um levante popular no México, que culminou na derrubada de Porfírio Díaz - presidente daquele

país durante todo o período de 1876 a 1911 – e, um pouco mais tarde, em 1917, a promulgação da Constituição Mexicana, inaugurando o Constitucionalismo Social.

Foi a Carta mexicana a primeira a elevar os direitos do trabalhador a nível constitucional, alçando-os ao patamar de direitos fundamentais, ao lado das liberdades individuais. Vejamos alguns de seus dispositivos principais sobre o direito do trabalho:

TÍTULO VI

DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Art. 123. O Congresso da União e as legislaturas dos Estados deverão editar leis sobre o trabalho, fundadas nas necessidades de cada região, sem contrariar as seguintes bases, que regerão o trabalho dos operários, diaristas, empregados, domésticos e artesãos e, de maneira geral, todo o contrato de trabalho.

I – A duração máxima da jornada de trabalho será de oito horas.

II – A jornada máxima de trabalho noturno será de sete horas. Ficam proibidos os trabalhos insalubres ou perigosos para os menores de dezesseis anos. (...)

III – Os jovens maiores de doze anos e menores de dezesseis terão a jornada máxima de seis horas. Não poderá ser contratado o trabalho dos menores de doze anos.

IV – Para cada seis dias de trabalho, o operário deverá desfrutar de um dia de descanso, pelo menos.

V – As mulheres, durante os três meses anteriores ao parto, não realizarão trabalhos físicos que exijam esforço material considerável. No mês seguinte ao parto desfrutarão obrigatoriamente de descanso, devendo perceber salário integral, conservar o emprego e dos direitos que houverem adquirido por seu contrato. No período de lactação, terão dois descansos extraordinários por dia, de meia hora cada um, para amamentar os filhos.

VI – O salário mínimo a que o trabalhador fará jus será o que considerar suficiente, atendendo-se às condições de cada região (...).

VII – Para trabalho igual deve corresponder salário igual, sem se levarem em conta o sexo ou a nacionalidade.

VIII – O salário mínimo não será sujeito a penhora, compensação ou desconto.

(...)

De fato, a Constituição Mexicana representou um salto em direção ao progresso dos direitos fundamentais do trabalhador, prevendo, além dos direitos

acima transcritos, que o salário deveria ser pago em moeda corrente; a remuneração acrescida de 50% para o labor extraordinário; a responsabilização do empresário pelo acidente do trabalho, inclusive nos casos de contratação por intermediários; o dever do empregador de observar as normas de higiene e saúde, a adoção de medidas preventivas de acidentes; o direito de associação em sindicatos; o direito de greve; a criação de Juntas de Conciliação e Arbitragem; proteção contra a dispensa injusta; o privilégio do crédito trabalhista; dentre outros direitos.

No momento seguinte, eclode a Revolução Russa de 1917, que se consolida em 1918, no III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, com a edição da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, permeada pelos ideais marxistas, abolindo a propriedade privada. Cinco anos mais tarde conheceu-se o *Manifesto do Partido Comunista*, pelo qual, em síntese, ficou estabelecido que apenas os trabalhadores teriam direitos, assim como somente eles constituiriam o povo, titular da soberania política. (COMPARATO,1999, p. 176)

Diante de tal panorama, o Constitucionalismo Social não tardou muito a chegar à Europa. Finda a Primeira Guerra Mundial e temendo o avanço do comunismo pelo continente, a República de Weimar foi a primeira, do velho continente, a inserir em sua Constituição os direitos sociais e do trabalho. Ali surgia o Estado da Democracia Social.

Aliás, cumpre notar que o período do primeiro pós-guerra foi crucial para a consagração do direito do trabalho e da previdência social como direitos fundamentais, eis que nesse momento colhiam-se os frutos de 4 anos de guerra – o extermínio de quase 10% da população masculina ativa, bem como os inúmeros aleijados, que demandavam cuidado especial.

Também foi nesse momento que se criou a Organização Internacional do Trabalho que passou, dentre outras metas, a propor a uniformização das normas referentes à regulamentação da relação de trabalho e proteção da pessoa do trabalhador, no âmbito dos seus Estados-Membros, como por exemplo, a limitação da jornada, o desemprego, a proteção à maternidade, o trabalho de menores, etc.

A partir desse momento, os Estados passaram a ver a questão do trabalhador como uma questão de sua própria sobrevivência – era necessário proteger o trabalhador, para que assim se mantivesse “a salvo” do comunismo.

É nesse contexto em que ocorre a desmercantilização do trabalho, em que finalmente a ordem legal começa a prever meios para diminuir o desequilíbrio entre empregador e empregado. Reconheceu-se que a exploração do trabalho era, na verdade, a exploração do ser humano, cujo valor, enfim, superou o direito de livre contratação.

Assim, a segunda dimensão dos direitos fundamentais privilegiava a questão social, exigindo que o Estado não só respeitasse as liberdades individuais, já conquistadas, abstando-se de interferir em demasia nas relações particulares, mas que, dali por diante, adotasse medidas no sentido de implementar a igualdade dos homens, com a materialização do direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social, dentre outros.

É nesse contexto que se consagra o direito ao trabalho como um direito fundamental, até então abominado pela burguesia. Por conseguinte, passou a ser um dever do Estado o desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao pleno emprego.

Muito embora houvesse a valorização das liberdades individuais e a preocupação com a desigualdade social, o fato é que a implementação dos direitos

fundamentais continuou precária, pelos mais variados motivos, sendo os principais entraves os custos das políticas públicas, o insistente boicote das classes dominantes.

Outro fator que emperrava a materialização dos direitos fundamentais é que as cartas constitucionais vigentes, ao tentar aliar os interesses em conflito acabaram se tornando ambíguas e logo se transformaram em instrumentos de legalização do domínio de determinada classe sobre as demais. Foi exatamente isso que ocorreu na Alemanha do III Reich, na Itália, na Espanha e também em Portugal, onde governos totalitários assumiram o comando valendo-se da violência e da guerra, aparentemente legais, para manutenção de sua hegemonia.

Abreviando um pouco a história – que não é exatamente o objeto desse estudo – surgiu no segundo pós-guerra a chamada terceira dimensão dos direitos fundamentais, baseada na fraternidade ou solidariedade.

Nessa terceira dimensão predominava a idéia de que não bastava proteger o indivíduo ou mesmo grupos de determinado Estado, mas a humanidade como um todo, tendo como pontos-chave, o direito à paz, ao meio-ambiente, à comunicação, ao patrimônio histórico comum da humanidade, ao desenvolvimento.

Já se fala, há alguns anos, na quarta dimensão dos direitos fundamentais, como aqueles inerentes à democracia, ao pluralismo e à informação.

Enfim, a implementação dos direitos fundamentais passou a ser questão capital para os Estados, havendo um consenso, ao menos no Ocidente, de que os direitos fundamentais destinam-se a todos, a qualquer ser humano, pela simples condição de ser humano.

Nada obstante toda essa evolução dos direitos fundamentais, da gradativa expansão dos mesmos sobre novas dimensões, ainda enfrentamos o trabalho

escravo (ou em condições análogas), a discriminação, o desrespeito à intimidade do trabalhador, à sua liberdade de idéias e expressão, etc.

Muito embora o Estado venha implementando políticas públicas seguidas em prol do pleno emprego, do respeito ao trabalhador, temos a impressão de que enquanto eleitores, consumidores, pais, filhos, idosos, menores, integrantes de minorias, brancos, pretos, índios, mestiços temos mais acesso aos direitos fundamentais do que enquanto trabalhadores.

Não se atribua toda a culpa dessa situação aos malogros do Estado, mas sim em nós mesmos que ainda não realizamos que os direitos fundamentais, para sua concretização no momento atual, dependem muito mais de condutas dos particulares, nós, que de qualquer outro fator.

No que toca à relação de trabalho, a observância dos direitos fundamentais depende do reconhecimento de tal corolário por parte do empregador. Lembramos que o Estado não tem aparato suficiente para coibir os desmandos nas relações de trabalho, de tal forma que se o respeito aos direitos fundamentais não partir das próprias partes integrantes da relação em comento, pouco avançaremos nessa seara.

Impõe acrescentar que é na relação de trabalho que se chocam aqueles velhos interesses que sempre estiveram em posições antagônicas: o interesse capitalista e o do proletariado e, recordando a lição de Ihering, ninguém está disposto a abrir mão facilmente dos direitos que conquistou. (COMPARATO,1999, p. 178)

Assim, no que pertine a relação de trabalho ainda se vivencia os mesmos problemas desde a Revolução Francesa; ainda se aplicam as idéias marxistas da

mais-valia; os ilícitos ainda são os mesmos, embora venham sendo cometidos veladamente e em menor proporção.

Por conseguinte, diante do quadro apresentado, se conclui que no cotidiano, no pertinente à relação trabalhista, não se evoluiu tanto quanto nos demais ramos do desenvolvimento humano, restando longo caminho a ser trilhado em direção à eficácia horizontal dos direitos fundamentais no seio do Direito do Trabalho, isso em razão da própria resistência encontrada, por colidirem interesses trabalhistas e mercantilistas.

2.4 A perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais na Constituição Federal do Brasil contemporânea

A questão ora em apreço, tem importância ímpar para compreender-se a função exercida pelos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito ao exame do problema - direito do trabalho como direito fundamental social - que nos propusemos examinar neste trabalho.

A despeito do consenso sobre o entendimento de que os direitos fundamentais comportam uma perspectiva objetiva, no que diz respeito ao seu conteúdo, terminologia, significado e suas implicações, ainda existem profundas controvérsias na doutrina e jurisprudência, valendo ressaltar, entretanto, que com o advento da Lei Fundamental de 1949 perpetrou-se o marco decisivo considerando essa tendência característica objetiva, afastando a idéia de que os direitos fundamentais se limitam a defender direitos subjetivos dos indivíduos contra o poder do público, mas que, além disso, constituem previsões valorativas de natureza

jurídico-objetiva, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativo, executivo e judiciário. (SARLET, 1998, p. 138-140)

A exegese dos direitos fundamentais sobre uma perspectiva objetiva e outra subjetiva, revela no âmbito da dogmática constitucional, uma moderna temática acerca do assunto. Esta temática pode ser apreciada a partir do momento que se busca compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos individuais, bem como elementos objetivos fundamentais na esfera de uma comunidade.

Não se presume aqui partir do corolário de que alguns direitos fundamentais são objetivos e outros são subjetivos, é mister designar que um mesmo direito pode assumir um panorama subjetivo e objetivo.

Assim, é oportuno observar o exemplo acerca do direito de liberdade de expressão, *que*

pode assumir um caráter subjetivo quando estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e idéias..., entretanto podendo também assumir uma perspectiva objetiva, pode assumir uma 'função objetiva', no sentido de uma 'valor geral', uma dimensão objetiva para a vida comunitária (liberdade institucional). (MALISKA, 1998, p. 100)

Em outras palavras, os direitos constitucionais fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantia negativas dos interesses individuais. (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 20-21)

O fato de reconhecer a existência de perspectivas objetivas nos direitos fundamentais, não quer dizer, necessariamente, que são pressupostos da

perspectivas subjetivas. A versão objetiva dos direitos fundamentais é uma sobrecarga de juridicidade à perspectiva subjetiva, é um *plus* de conteúdo normativo que se agrega às funções distintas dos direitos fundamentais.

Assim sendo, e considerando a Constituição Federal de 1988 como sistema flexível de regras e princípios, parte-se do pressuposto de que tanto as normas de direitos fundamentais que cuidam de direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem obrigações de cunho objetivo ao poder público, podem trazer consigo natureza ou de princípio ou de regra.

Entretanto, não há um paralelismo necessário entre regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos. (CANOTILHO, 1998, p. 545)

Uma base subjetiva se contempla quando se refere à importância ou à *relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação de vida, para sua liberdade.*

Contudo, quando se pensa no seio da coletividade, do interesse público, trata-se de uma fundamentação objetiva de norma consagradora da vivência comunitária. (CANOTILHO, 2002, p. 1178)

De outro lado, a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais significa que as normas que *prevêem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.* (SARLET, 1998, p. 141.)

Assim, para delinear-se a eficácia dos direitos subjetivos, dever-se externar uma norma de direito objetivo que a de força para esta requerida eficácia.

Isto posto, pode-se dizer que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (voltado à comunidade, a coletividade) não é considerada como o lado avesso de uma vestimenta dos direitos subjetivos (inerentes ao indivíduo), ambas possuem perspectivas diversas.

Partindo do pressuposto de que os direitos subjetivos individuais estão vinculados, de certa maneira, à aprovação pela comunidade que está inserido, não podendo ser dissociado, há que se ter em mente neste paradigma, uma espécie de responsabilidade coletiva por parte dos indivíduos, delineando o entrelace das dimensões objetiva e subjetiva, no que tange à função axiológica da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. (MALISKA, 1998, p. 100-101)

Deste modo, é esta perspectiva que *legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes.* (SARLET, 1998, p. 101)

Tema consagrado pela doutrina estrangeira, a concepção de que os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva - uma objetiva e outra subjetiva - é, sem sombra de dúvida, uma das mais relevantes construções do direito constitucional contemporâneo, especialmente no âmbito da dogmática dos direitos constitucionais, impondo observar que no direito brasileiro, especificamente em relação à perspectiva objetiva, não houve estudo mais aprofundado.

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdades positiva) e de exigir

omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1998, p. 383)

A doutrina faz também a distinção entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.

Por dimensão objetiva entende-se que eles não são meramente direitos subjetivos públicos do cidadão. Em sede de direitos fundamentais, há um complexo de prestações heterogêneas.

Nesse sentido, a dimensão objetiva dispõe que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva, isto é, objetivada na constituição. Em outras palavras, eles saem da ordem axiológica para integrar a ordem objetiva do texto constitucional – os valores se transformam em normas positivadas no sistema constitucional - ordem de valores objetivados na Carta Constitucional.

Disso decorrem efeitos jurídicos relevantes a ordem jurídica pátria, dentre outros: a) eficácia irradiante dos direitos fundamentais: os valores expressados pelas normas de direitos fundamentais devem impregnar toda a ordem jurídica, devendo a interpretação jurídica do ordenamento legal levar em conta os direitos fundamentais. Surge a idéia de interpretação conforme a constituição, interpretação conforme os direitos fundamentais; b) função protetiva dos direitos fundamentais: ao Estado incube o dever de proteção dos direitos fundamentais. Em cada norma de direito fundamental há uma norma impositiva, isto é, vinculante aos entes estatais de proteger os direitos fundamentais. Corolários: b.1) proibição de excesso por parte do Estado; b.2) proibição de insuficiência onde o Estado deve alcançar um padrão mínimo de suficiência e satisfação dos direitos fundamentais do cidadão; b.3) obrigação de o Estado tutelar os direitos fundamentais,

... ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura. (SARLET, 1998, p. 157)

Por dimensão subjetiva dos direitos fundamentais entende-se que eles são direitos subjetivos públicos do cidadão. Nesse sentido, eles podem ser exigidos pelo indivíduo contra o particular ou o próprio Estado, inclusive na esfera judicial para sua satisfação.

Os direitos individuais indisponíveis são os que estão ligados umbilicalmente à sobrevivência do homem, em sociedade, onde a ordem pública obriga a sua proteção por parte do Estado.

À luz do Direito Constitucional, os direitos individuais indisponíveis confundem-se com os direitos fundamentais insertos no Título II da Magna Carta.

Nesse sentido, são considerados direitos individuais indisponíveis os direitos à vida, à saúde, à moradia, à educação, ao lazer, à cidadania, à nacionalidade, à liberdade, à identidade civil, dentre outros.

2.5 A concepção formal e material dos direitos fundamentais na Carta da República do Brasil

Os direitos fundamentais - como a própria terminologia já expressa - possuem uma característica fundamentalidade que *aponta para especial dignidade e proteção*

dos direitos num sentido formal e num sentido material. (CANOTILHO, 1998, p. 369-386)

Desde já, ressalta-se que para se ter uma concepção satisfatória de direitos fundamentais - com fundamentalidade formal e material - somente poderia ser obtida com relação a uma determinada ordem constitucional concreta. A variação temporal e histórica do que é fundamental para um Estado não significa ser para outro, ou, em sendo, que não se equiparem ao grau de importância. Mesmo considerando a existência de categorias universais de direitos fundamentais, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, estes devem ser contextualizados, já que igualmente suscetíveis de uma valoração distinta e condicionada pela realidade social e cultural concreta (SARLET, 1998, p. 80).

A fundamentalidade formal está ligada ao direito constitucional positivado e resulta de alguns aspectos - adequados à nossa realidade constitucional - considerando a hierarquia das leis: a) os direitos fundamentais por se constituírem em preceitos constitucionais - previstos expressa e principalmente na Constituição - encontram-se situados no cume da estrutura do nosso ordenamento jurídico; b) na qualidade de direitos constitucionais, estão protegidos contra as reformas constitucionais por expressa previsão no artigo 60, da CF, por força dos limites materiais - cláusula pétreas - e formais - procedimento agravado - de suas normas; e, c) possuem conteúdo de aplicação e vinculação imediata em relação tanto às entidades públicas quanto às privadas, conforme previsão do artigo 5º, § 1º, da CF (CANOTILHO, 1998, p. 369-386).

A fundamentalidade material decorre do fato de serem considerados direitos fundamentais com elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Abstráida a fundamentalidade formal, a Constituição assume características flexíveis por intermédio da própria positivação do direito, permitindo a sua abertura a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, bem como a direitos situados fora dela, mas participante da Constituição formal.

Assim, uma concepção meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, denota sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que nossa Carta Magna, como foi dito, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais fora do catálogo - Título II da CF -, além do que, onde quer que esteja previsto o direito a fundamentalidade somente será identificada diante de uma concepção material a revelar o seu conteúdo.

Essa é a regra que se extrai da interpretação do art. 5, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que seguiu a tradição de nosso direito constitucional republicano desde a Constituição de fevereiro de 1891, tendo como paradigma a XI Emenda da Constituição dos EUA e inspirado a Constituição Portuguesa de 1911, mais precisamente o seu artigo 4º. (CANOTILHO, 1998, p.p. 369 -386)

Além dos aspectos já considerados, importa consignar, todavia, que os direitos humanos e os direitos fundamentais compartilham de uma fundamentalidade pelo menos no aspecto material, pois ambos dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual se poderá levar em conta tendência relativamente recente na doutrina, no sentido de utilizar a expressão "Direitos Humanos Fundamentais", terminologia que abrange as esferas nacional e internacional de positivação. (FERREIRA FILHO, 1996)

Assim é a fundamentalidade na sua perspectiva formal – que se encontra intimamente ligada ao direito constitucional positivo - que irá, em última análise, distinguir os direitos fundamentais constitucionais.

Na Constituição de 1988, esta fundamentalidade formal recebeu especial dignidade, revelando-se não apenas na hierarquia normativa superior das normas constitucionais em geral, mas principalmente no fato de que, de acordo com o disposto no art. 5º, § 1º da nossa Carta Magna, *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Além disso, encontram-se os direitos fundamentais protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas até mesmo contra a ação do poder constituinte reformador, já que integram – ao menos de acordo com o nosso entendimento – o rol das “cláusulas pétreas” do art.60, § 4º, inc. IV, da CF.

Neste diapasão, com base no nosso direito constitucional positivo, e integrando a perspectiva material e formal já referida, observa-se que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais). (SARLET, 1998, p. 78)

CAPÍTULO III

FLEXIBILIZAÇÃO E O SISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ÓBICE CONSTITUCIONAL

3.1 A eficácia dos direitos fundamentais

Inicialmente, convém destacar que toda e qualquer norma constitucional contém certo grau de eficácia e aplicabilidade, conforme a normatividade que tenha lhe outorgado o legislador constituinte.

No caso brasileiro, o anteprojeto da Constituição Federal elaborado pela “Comissão Afonso Arinos” já continha preceito que concedia eficácia jurídica e aplicabilidade às normas constitucionais, consoante o seu artigo 10, conduta esta influenciada por outras ordens constitucionais, como, por exemplo, o artigo 18/1 da Constituição Portuguesa, o artigo 332 da Constituição do Uruguai e o artigo 1º, inciso III da Lei Fundamental da Alemanha. Esta força - eficácia e aplicação imediata - às normas definidoras de direitos fundamentais, no entanto, veio se concretizar no seio do próprio texto constitucional, conforme se extrai do seu artigo 5º, § 1º. (SARLET, 1998, p 230-236)

A polêmica em torno do tema é muito mais acentuada do que pode se extrair de uma simples leitura dos escritos precedentes, no entanto, não pretendemos esgotar o assunto, mas examinar alguns pontos que consideramos mais importantes e guardam relação com o objetivo deste trabalho.

Para começar, queremos afastar qualquer interpretação de que a previsão do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal sugere aplicação apenas aos direitos individuais e coletivos, posto que a formulação genérica expressada - *direitos e garantias fundamentais* - consignada na epígrafe do Título II de nossa Lex Mater, revela que mesmo que se utilize uma interpretação literal do dispositivo, não deixará de fora do seu âmbito de aplicação as demais normas específicas de direitos fundamentais constantes não só existentes na Constituição Federal, mas em todo o Direito Constitucional.

Se ultrapassado esse argumento, o que se admite apenas para continuarmos na demonstração ainda maior da consolidação desse entendimento, observa-se que por meio de uma interpretação sistemática ou teleológica seremos induzidos ao mesmo resultado.

Por isso, entende-se, desde logo, que o constituinte pátrio não pretendeu excluir do âmbito do artigo 5º, § 1º, de nossa *Lex Fundamentalis*, os direitos políticos, de nacionalidade, e os direitos sociais, cuja fundamentalidade (pelo menos no sentido formal) parece inquestionável.

Mesmo tendo sido influenciada pela ordem constitucional portuguesa, o constituinte pátrio se houve com o devido cuidado de não excluir da normatividade do artigo 5º, § 1º, da CF, os direitos econômicos, sociais e culturais como foi feito no direito português que consagrou somente os direitos, liberdades e garantias que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo os demais.

Impõe salientar, no entanto, que a nossa Constituição Federal contemplou, também, no capítulo reservado aos direitos fundamentais, algumas posições jurídicas fundamentais similares aos tradicionais direitos de liberdade, como, por exemplo, a livre associação sindical - art. 8º - e o direito de greve - art. 9º -, bem

como diversos direitos trabalhistas espalhados pelo artigo 7º, todos com aplicabilidade imediata incontestável.

Nesse contexto, a toda evidência, há que se sustentar a aplicabilidade imediata com base no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, de todos os direitos fundamentais constantes do texto constitucional nos artigos 5º a 17, além daqueles distribuídos por outros artigos da própria Carta Magna.

Por sua vez, somente para completar o raciocínio e não deixar de fora deste consenso - de aplicação imediata - outros direitos fundamentais não inclusos na Constituição Federal, a concepção material de direito fundamental consagrada pelo artigo 5º, § 2º de nossa Carta da República, e que já foi objeto de estudo em item anterior, não deixa a menor dúvida quanto ao aproveitamento dessa previsão pelos direitos fundamentais constantes de documentos internacionais.

Transposta a questão acima, uma polêmica da mais alta relevância é se a norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal teria ou não poder de impedir geração de direito subjetivo ao titular. Ou melhor, se a concretização das normas de direitos fundamentais, para alcançar sua plena eficácia, necessitam de uma regulamentação ordinária.

Conforme se verifica abaixo, não há consenso quanto a este questionamento:

Em outros termos, a norma contida no art. 5.º, § 1.º da CF não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia tão-somente após uma *interpositio legislatoris*, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular.

Diversa é a posição de Celso Bastos, que, situando-se numa esfera já intermediária no que tange às concepções extremas referidas, já foi mais além, ao sustentar que os direitos fundamentais são, em princípio (na medida do possível), diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este apenas será exercido na forma prevista em lei; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis de direito que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus

efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.

Outra posição merecedora de destaque e que já foi objeto de menção, situando-se já no extremo mais otimista, advoga a tese da inexistência, em nossa Constituição, de normas programáticas, na medida em que, além da norma que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Constituinte cuidou para que fossem criados instrumentos processuais aptos a combater também a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, nomeadamente o Mandado de Injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CF) – ele mesmo constituindo um autêntico direito-garantia fundamental – e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF). (SARLET, 1998, p. 238-239).

Levando-se tais assertivas em consideração é possível constatar que todas as normas constitucionais vêm dotadas de maior ou menor grau de eficácia e aplicabilidade.

De fato, historicamente, havia o entendimento de que os direitos fundamentais, e junto a este posicionamento estava Ruy Barbosa, eram auto-aplicáveis e não dependiam, portanto, de atuação legislativa para que viessem a gerar plenos efeitos. No entanto, é mister salientar que quando deste entendimento vários direitos hoje tidos como fundamentais, ainda não se encontravam assim consagrados, como, por exemplo, os direitos econômicos, sociais e culturais de natureza prestacional.

No caso do Constituinte de 1988, este consagrou expressamente os mais variados direitos fundamentais sociais, considerando-os de imensa valia e suas normas seriam a de aplicabilidade imediata.

Em adição, como a maior parte dos direitos fundamentais são direitos de defesa, não há grandes dúvidas quanto à sua auto-aplicabilidade; os outros direitos fundamentais, que não são de defesa, ou seja, os em essência prestacionais, requerem que novas normas sejam desenvolvidas para que tenham concretização legislativa.

De tudo o que até agora foi exposto e levando-se em conta tanto as distinções entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, assim como a evidência de que mesmo no âmbito dos direitos fundamentais encontramos normas de cunho eminentemente programático (ou impositivo, como sustenta Gomes Canotilho), somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotilho e entre nós adotado por Flávia Piovesan, como já ressaltado. Percebe-se, portanto, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma das diferenças essenciais entre estas e as normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o “quantum” em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto. (SARLET, 1998, p. 249)

Seguindo outros posicionamentos doutrinários, a melhor forma de interpretação do disposto no art. 5º, §1º seria a que toma como ponto de partida que se trata de uma norma de cunho principiológico que serve para aperfeiçoar ou maximizar, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo – isto é, pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais), governam a ordem constitucional. (SARLET, 1998, p. 247).

Com isto, pode-se afirmar que aos poderes públicos está incumbida a tarefa e o dever de extrair a maior eficácia possível de normas que consagram os direitos fundamentais, o que configura que além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, o art. 5º, §1º, constitui um extra cuja finalidade é justamente

ressaltar a aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. (SARLET, 1998, p. 247)

3.2 Limites aos poder reformador

3.2.1 Limites formais, materiais e temporais

No que pertine à Constituição, clara se torna a distinção entre Poder Constituinte e Legislador Constituinte. Isto porque, em realidade, há diferença entre o poder que pode gerar uma constituição, elaborando-a, conduzindo-a até sua promulgação, do poder de alterá-la, que conseqüentemente obedece aos limites estabelecidos pelo próprio Constituinte.

De fato, o Poder Constituinte originário costuma ser caracterizado como incondicionado, ilimitado e detentor de autonomia, por estas características, por vezes é classificado como uma potência. Já o Poder Constituinte Reformador ou Legislador Constituinte assume um papel de uma competência, é um poder juridicamente limitado, vez se encontra sujeito a um sistema de limitações que visam preservar tanto a identidade da constituição como a sua posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais necessitam de proteção contra o poder reformador do legislador. Para proteger essa fundamentalidade, o constituinte consignou, expressamente, na Constituição Federal de 1988, seguindo a mesma linha das antecessoras, uma série de limitações à reforma de seu texto. A doutrina majoritária

é assente em fazer uso de uma classificação subdividida em três categorias: a) limitações temporais; b) limitação formais; e, c) limitação material. Deve-se registrar aqui, que a esse rol, doutrinadores renomados acrescentam mais uma limitação, a circunstancial.

No que tange à clássica divisão, que será objeto de exame nas próximas linhas, temos a dizer que, com relação à limitação temporal, em regra geral, a nossa Constituição não limita o número de emenda constitucional a ser editada, tampouco o prazo de sua elaboração, porém, existem algumas exceções a serem registradas.

A primeira delas seria a proibição - temporária - de reapresentação do projeto de emenda não aprovado no mesmo ano legislativo - artigo 61, § 5º -. A segunda, seria a vedação - temporária - de emenda constitucional quando de intervenção federal nos estados-membros da Federação, bem como na vigência de estado de defesa ou de sítio - artigo 61, § 1º -, justificada pela possível intranquilidade institucional que, fatalmente, perturbaria ou afetaria a livre manifestação do legislador reformador e, em conseqüência, a própria legitimidade da reforma.

No contexto da limitação formal, observa-se a rigidez constitucional quanto ao procedimento a ser adotado para apresentação de emenda, valendo registrar que neste aspecto devemos exaltar o devido cuidado do constituinte, ao adotar um modelo de modificação relativamente severo, rígido. Como exemplo dessa rigidez, podemos citar: a) regras rigorosas no que diz respeito à iniciativa das emendas - artigo 60, incisos I a III -; b) aprovação em dois turnos, por maioria de 3/5 em ambas as casas do Congresso - artigo 60, § 2º -; e, c) promulgação da emenda com a indicação de seu respectivo número de ordem - artigo 60, § 3º -. (SARLET, 1998, p 347)

Uma Constituição, de um modo geral, traça regras que vão passar por várias gerações e, nesse sentido, para que seja mantido o seu núcleo atual é que se impõe limite material à sua reforma, de maneira que sejam preservadas as decisões fundamentais do constituinte, evitando, assim, que uma reforma sem limites possa destruir a ordem constitucional.

Muito embora a limitação material signifique que o conteúdo da Constituição esteja protegido contra a ação do legislador reformador - não se encontra à sua disposição -, é necessário que se tenha bem claro que as futuras gerações não poderão vincular-se implacavelmente e de forma definitiva às concepções originárias dos constituintes, não significando, porém, distanciamento da realização dos fins constitucionais, ao contrário, estes devem ser respeitados.

Em síntese, a problemática dos limites matérias da reforma constitucional passa por duas vertentes: a permanência e a mudança da Constituição. Se, quanto a primeira, pode acarretar descompasso em relação às mutações da realidade social, econômica, política e cultural, quanto a segunda, protege contra o casuísmo da política e o absolutismo das maiorias parlamentares, inibe e limita a ameaça a identidade e continuidade da Constituição, protege a ordem constitucional e veda a reforma de seus elementos essenciais.

Apesar da rigidez imposta pelo constituinte quanto ao poder reformador, não se pode olvidar quanto à existência das denominadas mutações constitucionais informais, que também servem para alterar materialmente o texto constitucional, principalmente pela interpretação - judicial, legislativa e administrativa - e do costume constitucional, reconhecido pela doutrina pátria largamente, mas que também está submetida aos limites traçados pelo possível sentido textual da Constituição que não pode ser extrapolado. (SARLET, 1998, p 348)

3.2.2 Proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais

O núcleo essencial dos direitos fundamentais assinala uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimita um terreno em que a Lei, a pretexto de pretender regulamentar um direito, não pode invadir sem incorrer em inconstitucionalidade. (MARTIN-RETORTILLO BAQUER, 1988, p.125)

Neste sentido, a doutrina brasileira, inspirada na teoria absolutista alemã, assenta que o

conteúdo essencial consistiria em um núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o coração do direito) que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar realmente existir. (VIEIRA DE ANDRADE , 1987, p. 233)

Como já exposto, há que se enfrentar o problema da lei arbitrária, que reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso que impõe a certos casos, determinados em gênero ou em espécie, tem constituído, em todos os sistemas de direito constitucional, um problema de grande dificuldade teórica e de relevante interesse prático, principalmente no diz respeito ao Direito do Trabalho, que tem nas normas constitucionais o limite ao poder limitador de legislar para regulamentar os direitos e garantias fundamentais do trabalhador.

Neste sentido, a problemática sobre a necessidade de estipulação de um limite ao poder limitador do Legislativo, no que concerne à regulamentação dos direitos fundamentais, é possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso do poder legislativo *constitua um dos mais tormentosos temas de controle de constitucionalidade hodierno*. (MENDES, 1990, p. 38-39)

O excesso de poder do legislativo, que se constitui em manifesta inconstitucionalidade, confirma a necessária ação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa, ou seja, na esfera de liberdade de conformação do legislador, é permitido aferir a compatibilidade das opções políticas com os princípios consagrados na Constituição. A providência legislativa perde seu atributo de um ato livre no fim, e consagra-se a vinculação do ato legislativo a uma finalidade.

Partindo-se das concepções absolutas, todo o direito fundamental teria um núcleo essencial passível de ser teoricamente delimitado, no qual estariam insertos os modos típicos de seu exercício. Além dele, outros modos, já específicos ou atípicos, ainda poderiam ser considerados, até o chamado limite máximo, determinado pela hermenêutica. Graficamente, a representação do núcleo essencial seria dada por um círculo inserido em outro maior, tal qual uma célula.

O núcleo essencial constituiria o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito. O legislador, então, ao restringir direitos, estaria limitado pelo núcleo essencial do direito a ser restringido. Destaque-se que, na teoria absoluta, o legislador, de forma alguma, pode ultrapassar o limite do conteúdo essencial mesmo que justificado pela proteção de outro bem constitucional. Estaria, então, evitada, uma relativização extrema do direito. Todavia, a matéria não se exaure tão facilmente, basta que se aponte para

outro tipo de relativização no círculo que envolve o núcleo essencial. Para tanto, tomamos o direito fundamental de greve como exemplo.

Assim, julgamos forçosa a realização de uma breve exposição sobre o direito de greve para que fique comprovada a necessidade de relativização do mesmo como meio de garantia do seu exercício.

Apesar de, atualmente, nos países nos quais - como o Brasil - impera o Estado Democrático de Direito, a greve se reconhecida como um direito e não apenas uma liberdade de fato, subsiste a controvérsia quanto ao entendimento sobre ser o direito de greve absoluto ou não. É certo que, conforme disposto na Carta Magna de 1988, a greve é um direito constitucional fundamental dos trabalhadores e, como tal, deve ser compreendida e admitida em nosso ordenamento jurídico, com todas as implicações decorrentes dessa qualificação legal, suficiente para gerar efeitos próprios da nova concepção.

Todavia, não é exclusivamente por força da divisão definida na Constituição da República de 1988, que a greve deve ser considerada como direito fundamental.

Ressalte-se que os direitos fundamentais do homem caracterizam-se como uma concepção voltada à concretização de uma série de garantias destinadas a resguardar a pessoa humana na salvaguarda da sua dignidade, liberdade e igualdade. Trata-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; são direitos fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Assim, no que tange à concretização ou efetivação da garantia da dignidade e liberdade do trabalhador é que a greve é considerada um direito fundamental do obreiro.

3.2.3 O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também denominado de *princípio da proibição do excesso*, constitui-se em um meio eficaz de controle de vício de inconstitucionalidade substancial de lei, decorrente do poder legislativo. Visa inibir o excesso de poder legislativo com manifesta inconstitucionalidade por meio de censura judicial no âmbito de discricionariedade legislativa. (MENDES, 2002, p. 246-251)

Trata-se de um princípio característico do Estado democrático de direito, cuidando de examinar a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de observar o princípio da proporcionalidade - em sentido amplo -, quanto à sua adequação, necessidade e justa medida - ou proporcionalidade em sentido estrito -. (CANOTILHO, 1998, p. 428-430)

A *adequação* exigida consiste na necessidade da medida restritiva ser amoldada para a consecução dos fins destinados pela lei, ou seja, tem que haver fidelidade para que seja alcançada a finalidade com a utilização do meio moderado.

A exigência da *necessidade* existe para se evitar a utilização de medidas restritivas de direitos, garantias e liberdades - direitos fundamentais -, embora adequadas, não necessárias para obter o fim destinado pela Constituição ou lei, e será utilizado quando e, tão somente, não for possível atingir o mesmo resultado com outro meio menos coercitivo.

Por fim, o princípio da justa medida - ou proporcionalidade em sentido restrito -, quer acentuar a esse rol de elementos caracterizadores da inconstitucionalidade, que mesmo sendo adequada e necessária, a lei pode vir a ser considerada inconstitucional quando utilize medidas coercitivas de direitos fundamentais, excessivas, desmedidas, etc., sem a devida proporcionalidade entre a medida e o fim constitucional pretendido.

A doutrina alienígena – aqui representada pela portuguesa - especializada em direito constitucional nos oferece uma síntese esclarecedora desta complexa questão, como pode se inferir da transcrição abaixo:

O princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo), consagrado na parte final do art. 18º/2, constitui um *limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*. A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias, de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de *concordância prática* justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. Em primeiro lugar, entre *o fim da autorização constitucional* para uma emanção de leis restritivas e *o exercício do poder discricionário* por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de *meios e fins*. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou *liberdade de conformação dos pressupostos das restrições* de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição de excesso. (CANOTILHO, 1998, p. 429)

A utilidade prática deste princípio é evidente, pois além de efetivo controle das leis, por permitir detectar situações inconstitucionais, serve, ainda, para o juízo de fundamento a justificar uma excessiva intervenção do legislador na seara dos direitos individuais.

O princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico: por meio dele verificam-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia aos indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título. (ALMEIDA, 1998, p. 371)

Como elementos deste princípio da proporcionalidade temos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação está patente na congruência entre meio e fim, isto é, se a decisão normativa restritiva (meio) do direito fundamental possibilita a obtenção da finalidade desejada. Deve-se perquirir se a medida é apta, idônea, apropriada para atingir o resultado perseguido.

Deste modo, temos que há um condicionamento entre a conduta do legislador, na feitura da lei, a adequar o meio ao fim como respeito aos direitos fundamentais, isto é, para que a medida restritiva seja idônea deve haver adequação do meio ao objetivo planejado, sob pena de ser considerada inconstitucional.

Tal juízo de adequação é, também, realizado diante de um caso particular, pois sendo a lei abstrata, pode ocorrer que, na ocasião da sua elaboração, os meios eram adequados aos fins buscados, mostrando-se incompatíveis no decorrer do tempo com o perpassar do tempo, configurando discordante com a Lei Magna, seja, por terem se verificado ulteriores conseqüências, seja porque alguns efeitos previstos não ocorreram. (STEINMETZ, 2001, p. 149)

A necessidade se traduz na idéia subjacente ao princípio que é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível. Seu pressuposto é de que a medida restritiva seja realmente essencial para a manutenção do direito fundamental, e que não possa ser substituída por outra de igual significância ou menos gravosa.

Pelo qual a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou seja, uma medida para ser admissível deve ser necessária; e esse subprincípio se confunde com o da escolha do meio mais suave. (STUMM, 1995, p. 79).

Assim, em sendo verificado que a medida é desnecessária ou inexigível, conflitante com o princípio da proporcionalidade, é indispensável apontar outra medida menos gravosa e, concomitantemente, capaz de surtir o mesmo ou melhor êxito.

Obviamente que é subjetiva e somente desenvolvida no caso concreto tal valoração da dualidade entre meio mais idôneo e menor restrição possível, apesar do caráter objetivo do princípio, sempre há uma margem de livre apreciação subjetiva do juiz, o qual deve perceber se não existe uma medida alternativa menos gravosa, optando por aquela de menor prejudicialidade.

Em última instância, a proporcionalidade em sentido estrito, se dirige a colisão de direitos que surge quando uma garantia de um direito acaba por afetar outro direito também protegido constitucionalmente, ocasionando a declaração da inconstitucionalidade da lei, com fundamento no princípio em análise. Sob este aspecto, *é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação.* (STEINMETZ, 2001, p. 152-153)

Nisto se dá a distinção específica entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e da necessidade, pois o primeiro envolve uma otimização de possibilidades jurídicas, diversamente, o último, discorre sobre uma otimização com relação a possibilidades fáticas.

Alguns critérios foram então criados para a pacificação do choque entre os direitos: 1) quanto mais sensível se mostra a interferência da norma na posição jurídica do agente, mais sobrelevam os interesses da sociedade com que ele colidam; 2) a proeminência dos interesses gerais justificam uma intromissão mais grave; 3) o diverso peso dos direitos fundamentais pode criar uma escala de valores

em si mesmo, como, por exemplo, o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade. (STEINMETZ, 2001, p. 153)

Assim, a atividade judicial é limitada pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito aliado ao da concordância prática da proteção do núcleo essencial impedindo, destarte, uma infeliz ponderação de bens do caso concreto.

Mas no que tange aos direitos fundamentais, como se deve aplicar o princípio da proporcionalidade?

O Estado de Direito Democrático está assente no primado da lei que é a fonte, por excelência, do ordenamento jurídico. O conjunto de leis é organizado pelas normas constitucionais, que são o suporte das demais normas legais na hierarquia normativa. Ocorre, que entre as normas constitucionais não há hierarquia, como são elas que enunciam os direitos fundamentais, surge o impasse: no conflito entre duas ou mais normas constitucionais de direitos fundamentais qual deve prevalecer?

os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada. (LARENZ, 1997, p. 575)

As normas de direito fundamental por apresentarem essas características, ou seja, por serem abertas e móveis, no momento de sua realização ou concretização poderão demonstrar colisões. Não havendo restrição a um determinado direito fundamental *prima facie*, sem referência concreta a um direito fundamental ou interesse constitucional. (STUMM, 1995, p. 144).

A colisão de direitos fundamentais verifica-se quando, no caso concreto, o exercício de um direito fundamental por um titular impede, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular, podendo ser direitos

idênticos ou distintos. É possível também a colisão entre um direito fundamental individual e um direito coletivo fundamental (bem constitucionalmente protegido).

Contudo, é indispensável que os direitos fundamentais conflitantes advenham diretamente da Constituição, mediante normas expressas, ou se possa deduzi-los do conteúdo constitucional. Deste modo, *a caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional*. (STEINMETZ, 2001, p. 140)

O fato é que a própria Constituição indica inúmeras circunstâncias que constituem possibilidades de restrições ao exercício dos direitos tidos por essenciais.

Assim, surge a seguinte classificação: direitos fundamentais submetidos expressamente à reserva de lei restritiva e direitos fundamentais não sujeitos expressamente à reserva de lei restritiva.

Os primeiros têm a restrição já por lei, conforme disciplina o preceito constitucional; os segundos, não estão *a priori* sujeitos às limitações por parte dos poderes públicos. As inúmeras situações concretas de exercício desses direitos estão a revelar que é quase impossível instituir um direito em favor de alguém sem que não haja reflexos no direito de outrem.

A exegese constitucional viabiliza solucionar a colisão entre os direitos fundamentais, considerando o princípio da proporcionalidade, de modo especial à ponderação de bens que corresponde ao princípio parcial da proporcionalidade. (STUMM, 1995, p. 152)

Tal ponderação deverá estar galgada em critérios racionais que demonstrarão os graus de afetação e importância dos direitos fundamentais em colisão e, logo, o direito que terá preferência, resultando daí não uma única solução correta: é possível obter outros resultados, contudo, sempre através de uma racionalidade fundamentada. (STUMM, 1995, p. 152)

O princípio da proporcionalidade representado por suas vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é parâmetro orientador da atividade legislativa e judicial, no concernente as limitações a direitos fundamentais.

A aplicação do princípio da proporcionalidade exige a compreensão jurídico-dogmática dos direitos fundamentais, pois numa eventual colisão de direitos fundamentais é importante se definir o seu efeito em relação à ordem jurídica e às circunstâncias concretas que a ensejaram.

Logo, a ponderação de resultado é realizada pelo princípio da proporcionalidade que permite, no caso concreto, eleger o direito prevalente em detrimento do que deve ser descartado, sempre através de critérios racionais.

Uma vez que é imprescindível para a consagração dos postulados constitucionais, deve-se observância ao princípio da proporcionalidade, pois preterir este princípio significará a não realização dos valores que a sociedade elegeu e que estão consignados na Constituição Federal.

3.3 A abrangência do artigo 60, § 4º, inciso VI da Constituição Federal de 1988

Agora nos ocuparemos de interpretar o enunciado ao artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, as denominadas *cláusulas pétreas* de nossa Lei Maior. A polêmica gira em torno de que interpretação satisfaz e alcança a verdadeira intenção do legislador constituinte.

Tomando como ponto de partida uma interpretação literal do referido dispositivo, poder-se-ia afirmar que apenas direitos e garantias individuais - artigo 5º, da CF - fariam parte do conjunto das *cláusulas pétreas*, excluindo da proteção outorgada pela norma - artigo 60, § 4º, inciso IV, CF - os direitos sociais - artigos 6º a 11 -, os de nacionalidade - artigos 12 e 13 -, e os políticos - artigos 14 a 17 -. Além do mais, se fizermos uma interpretação literal mais rigorosa, até mesmo os direitos coletivos relacionados no art. 5º não seriam protegidos por esse regramento. Se radicalizarmos em sentido contrário, poder-se-ia considerar o mandado de segurança individual como direito protegido pela norma contida no artigo 60, § 4º, inciso IV da Lei Fundamental, ao passo que o mandado de segurança coletivo não estaria.

Tanta divergência gerou o raciocínio de que a expressão *direitos e garantias individuais*, consignada no dispositivo acima mencionado, não quer tratar como *direitos individuais* os direitos individuais e coletivos do artigo 5º da Constituição Federal. (SARLET, 1998, p. 359-360)

Uma interpretação restritiva do artigo 60, § 4º, inciso IV da Lex Mater, levaria ao entendimento de que a expressão *direitos e garantias individuais* considera como *cláusula pétrea* somente os direitos individuais do artigo 5º.

Neste momento, porém, surge um questionamento: Quais são os direitos individuais? E os direitos não-individuais?

A viabilidade desta concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não-individuais. Caso considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (especialmente os direitos de liberdade), concepção que corresponde à tradição no direito constitucional pátrio, teríamos de identificar nos outros capítulos do Título II da nossa Carta, os direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais não-

prestacionais) também se encontrariam ao abrigo das “cláusulas pétreas”. (SARLET, 1998, p. 360).

No Brasil, há uma corrente doutrinária que sustenta que os direitos sociais jamais poderiam ser considerados como integrantes das cláusulas pétreas da Constituição, com base no fato de tais direitos não poderiam ser equiparados aos direitos de liberdade do art. 5.º e, ainda, pelo fato de que se quisesse, teria o próprio Constituinte Originário lhes concedido cláusula de intangibilidade expressamente, referindo-se de um modo geral a todos os direitos e garantias fundamentais e não apenas aos direitos e garantias individuais.

Alguns argumentos são apontados como importantes para a observância, dentre eles, o fato de que a Constituição do Brasil não faz qualquer distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

Além do mais, já se encontra facilmente um posicionamento hodierno no sentido de que os direitos sociais podem ser equiparados aos direitos de defesa, no que tange a sua função precípua e estrutura jurídica.

Por fim, que uma interpretação restritiva aos direitos fundamentais constantes do art. 5º da Constituição Federal poderia também incluir os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que do mesmo modo não foram expressamente previstos no art. 60, §4º, inc. IV, da Carta Maior.

Em adição, em se fazendo uma análise a fundo, podemos verificar que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição podem ser considerados direitos de titularidade individual, mesmo que estes sejam revestidos de expressão da coletividade:

É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF) em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar este entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, §4º, inc. IV, da Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos). (SARLET, 1998, p. 362).

É de bom alvitre não olvidar que a função das cláusulas pétreas é a de obstaculizar a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte.

É de se concluir, de fato, que não haveria sentido no fato do constituinte incrementar um extenso rol de direitos fundamentais e ao mesmo tempo lhes negar proteção jurídica, diminuindo o seu alcance.

3.4 O alcance da proteção outorgada aos direitos fundamentais

Quando se fala em proteção outorgada aos direitos fundamentais, pelo que já foi exposto, percebe-se tratar de relativa proteção.

Apesar de repousar sob a insígnia de *cláusula pétrea*, isso não quer dizer, que tais direitos fundamentais estão livres de sofrer restrições. Desde que se preserve o seu núcleo essencial, inserções que não atentam contra essa célula são

toleradas, apesar de que, na prática, o nível de ofensa só poderá ser aferido caso a caso.

Por isso, abstratamente torna-se inviável asseverar que todos os direitos fundamentais estão protegidos das reformas constitucionais, porém, isso só será permitido diferenciar os direitos fundamentais protegidos se analisando cada caso específico.

Como forma de demonstrar a eficácia e força vinculativa dos direitos fundamentais, não poderíamos omitir, neste momento, um princípio que se situa em sua essência e integra o rol das *cláusulas pétreas*, o da aplicabilidade imediata, previsto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Em observância a tal princípio, não se pode deixar de observar que a força jurídica privilegiada, que é peculiar aos direitos fundamentais, não se pode simplesmente esvaír, sob pena de vir a confrontar justamente sua a fundamentalidade.

A Constituição brasileira evidencia que há impossibilidade de eliminação ou de qualquer tendência a abolição de direitos fundamentais, porém, não elucida um caminho ou um parâmetro a ser seguido.

Como exemplo no Direito alienígena, temos que na Carta Constitucional alemã, os direitos fundamentais não foram contemplados diretamente no art. 79, inc. III, que se referia às cláusulas pétreas, porém, não podem ser reformados uma vez que são protegidos de forma mediata pelo princípio da dignidade humana e do reconhecimento dos direitos humanos por parte do povo alemão (art. 1º, incs. I e II, da LF).

Destarte, pode-se inferir que para o direito germânico importa que seja mais ou menos consubstanciado na dignidade da pessoa humana para que um direito

fundamental seja gravado de cláusula de intangibilidade, de tal modo que intangível não é o direito fundamental em si, mas o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana. (SARLET, 1998, p. 365)

Discute-se, porém, qual o limite de aplicabilidade desta solução utilizada no Direito Constitucional alemão em nosso ordenamento jurídico, isto principalmente, dado o fato que não há um dispositivo em nossa Carta Magna que venha a dar esteio a esta alternativa.

O entendimento doutrinário de maior repercussão aponta o fato de que a utilização das expressões “abolir e tendente a abolir” gera, efetivamente, a preservação do cerne de cada direito fundamental, ainda que não se tenha em consideração o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana.

Com isto, depreende-se que a fórmula do núcleo essencial tem razão de existir não somente por ser dotada de maior flexibilidade e transparência, mas, também, pela dúvida que é gerada no que concerne ao conteúdo de dignidade da pessoa humana, presente em todos os direitos fundamentais.

A bem da verdade, nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente consignado em nossa Lei Maior, sendo sustentado nos limites materiais implícitos à reforma constitucional.

Então, numa análise ulterior, os direitos fundamentais seriam o princípio da dignidade da pessoa humana em concreto, em maior ou menor amplitude, e, assim, ao revés do que ocorre no direito germânico, aqui, assegura-se o princípio da dignidade da pessoa humana pela existência de proteção aos direitos fundamentais e não o contrário, como lá ocorre, ou tratar-se-ia, no mínimo, de uma influência recíproca, onde ambos se amparam.

Com base no exposto, é de relembrar-se, neste contexto, a lição de Flávio Novelli, no sentido de que as “cláusulas pétreas”, estando a serviço da proteção do “cerne constitucional intangível” (Pontes de Miranda), isto é, do “âmbito nuclear da estatalidade constitucional” (Klaus Stern), repelem toda e qualquer emenda que intente a supressão ou a alteração substancial dos direitos fundamentais ou dos princípios fundamentais da Constituição incluídos no rol dos limites materiais à reforma da Constituição. Por núcleo essencial dos direitos e dos princípios fundamentais estruturantes poderá considerar-se, de acordo com o entendimento de Klaus Stern, recolhido por Flávio Novelli, os elementos que constituem “a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes de sua estrutura e dos seu tipo, conforme os define a Constituição”, isto é, seus elementos essenciais, e não meramente acidentais. Consta-se, portanto, que não apenas uma emenda constitucional que efetivamente venha a abolir (suprimir) um direito fundamental, mas também alguma que venha a atingi-lo de forma equivalente, tendendo à abolição, isto é, ferindo o seu conteúdo essencial, se encontram inequivocamente vedadas pela nossa Constituição. (SARLET, 1998, p. 366)

É importante observar, que há um problema para a determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mas, em geral, há também uma postura positiva quanto ao fato de que há uma proibição de retrocesso social, isto é, entende-se que se concretizado em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais adquirem caráter de condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de garantias institucionais, de tal modo que não estão mais disponíveis ao legislador, isto é, não podem mais ser restritos ou suprimidos, sob pena de por em cheque o princípio de Estado de Direito.

A proibição de retrocesso pode ser considerada uma das conseqüências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. (CANOTILHO, 1982, p. 374)

É neste esteio que se poderia inferir que tendo em vista a proibição de um retrocesso social, os direitos fundamentais sociais de prestação podem assumir a condição de direito de defesa, *na medida em que justificam o recurso à proteção judicial contra os atos dos poderes públicos que tenham por objetivo a sua redução ou mesmo sua destruição*. (SARLET, 1988, p. 370)

Em nosso ordenamento jurídico, a proibição de retrocesso é tida como um princípio constitucional implícito, podendo ser redimensionado tanto para ir ao encontro do princípio do Estado de Direito quanto aos princípios do Estado Social, com a garantia e manutenção mínimas de segurança social.

No entanto, é preciso também compreender que a proibição de retrocesso não se traduz em regra geral, pois que culminaria inclusive no impedimento do desenvolvimento do direito constitucional, uma vez que obrigaria a postura legislativa a uma mera executora da Constituição.

Destarte, as soluções para o alcance da proteção outorgada aos direitos fundamentais, não são baseadas na lógica do tudo ou nada, necessitando a observação de que determinadas reduções ao nível infraconstitucionais são vedadas.

Conseqüentemente, sua supressão pura e simples, e ainda tendo em consideração que estas reduções, quando permitidas, jamais poderão atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais já concretizados legislativamente, não se esquivam de que estão limitadas ainda pelo princípio da proporcionalidade.

3.5 A função dos direitos fundamentais na Constituição e no Estado democrático e social de Direito

É certo que os direitos fundamentais exercem variadas funções dentro da sociedade e do ordenamento jurídico e que, portanto, sejam classificados de diferentes maneiras. Neste sentido, foi desenvolvida a teoria dos quatro status de Jellinek, num esforço para sistematizar tais direitos.

A teoria de Jellinek preconizava que o indivíduo pode encontrar-se em quatro estágios em face do Estado. O primeiro, estando em posição de subordinação aos poderes públicos, isto é, o indivíduo enquanto detentor de deveres para com o Estado, tendo este competência para obrigar o indivíduo por meio de mandamentos e proibições. É o que se chamou de *status subjectionis*, ou *status passivo*.

Devido ao fato de o homem ter personalidade e, conseqüentemente, também gozar de liberdade, podem estes, em algum momento, se desvencilharem da ingerência do poder público, configurando, assim, o *status negativo*.

Quando se encontra em condição de exigir do Estado uma atuação positiva, ou por outra, que possa exigir do Estado a realização de uma prestação, fazendo com que este aja em seu favor, está assim no *status civitatis*, ou *status positivo*.

Por fim, o quarto status seria o status ativo, onde o indivíduo goza de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, através, por exemplo do direito ao voto. Em outras palavras, o indivíduo exerce seus direitos políticos. (MENDES et al., 2002, p. 140)

De posse desse conhecimento é mais fácil compreender as funções e detectar as espécies de direitos fundamentais – os direitos de defesa ou direitos de liberdade e direitos a prestações ou direitos cívicos:

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas. (MENDES et al., 2002, p. 140).

Enquanto os direitos de abstenção visam a assegurar o *status quo* do indivíduo, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade. (MENDES et al, 2002, p. 143).

Em nossa Lei Maior, os direitos de defesa encontram-se consignados em seu art. 5º. Tais direitos vedam interferência do Estado no âmbito da liberdade dos indivíduos, constituindo assim, normais de competência negativa para os poderes públicos. Estes direitos proíbem que o Estado crie censura prévia para manifestações do indivíduo, bem como protegem os bens jurídicos contra ações do Estado que os afetem.

Nesse contexto:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1998, p. 383).

Desta forma, tem-se que tal defesa dos direitos fundamentais pode ser observada sob a ótica do direito à não-eliminação de posições jurídicas, produzindo, como efeito, a proibição de que o Estado venha a abolir posições jurídicas concretas.

Alguns exemplos de direitos que se encaixam nesta classificação de direitos fundamentais, são os direitos de não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelo poderes públicos senão em virtude de lei (art. 5º, inc. II), o direito a não ser submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III), a liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, inc IV), a liberdade de crença e de exercício de culto (art. 5º, inc. VI), entre outros.

Há que se ressaltar, nas liberdades já consagradas, que existe a faculdade de fruir e de não-fruir da posição prevista numa norma. Isso significa dizer que, por exemplo, pode-se participar de um culto religioso, mas não se pode ser compelido a

continuar participando do mesmo culto, ou seja, há uma alternativa, uma possibilidade de conduta.

Como exemplo, o direito à vida tem natureza defensiva, contra o Estado, mas não é uma liberdade, visto que não há a opção de escolha entre viver ou morrer para o seu titular. Não obstante, as liberdades de religião ou de escolha de profissão envolvem a possibilidade de escolher entre fazer parte, ter ou não, ser ou não ser determinada coisa. (CANOTILHO, 1998, p. 389)

Existe a possibilidade de se ter um direito de defesa afrontado, nesse caso, o remédio deve ser encontrado na ordem jurídica, objetivando inibir o Estado de se não praticar ato incompatível com os direitos fundamentais ou a anular o que já praticou. Além do mais, o Estado, enquanto responsável civil, se obriga a compensar pecuniariamente aquele que foi ofendido em seu direito fundamental. (MENDES, 2002, p. 142)

No que concerne à sua estrutura, as normas de direito de defesa podem ainda se subdividir em ordinárias e auto-executáveis, ainda que contenham expressões com vaguidade, não vão constituir problema para a sua aplicação, vez que, o encargo sobre a análise exegética é de incumbência do Judiciário.

De modo geral, os direitos de defesa oferecem uma proteção contra a opressão do Estado.

Por outro lado, os direitos de prestação buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao gozo destas liberdades, pois partem do pressuposto de que para a conquista e manutenção dessas liberdades, os poderes públicos devem assumir um comportamento ativo na sociedade civil.

A principal característica dos direitos prestacionais é o fato de que se referem a uma exigência de prestação positiva, de um comportamento ativo, ao contrário dos

outros que carecem de uma ação omissiva. O direito prestacional corresponde assim, a uma obrigação de fazer ou de dar, que lhe confere peculiaridades estruturais, que lhe vai diferir dos direitos de defesa, não só no que tange à finalidade, mas também quando ao modo como se exercem e quanto à sua eficácia.

Destarte, pode-se abrigar direitos prestacionais em duas searas: os direitos a uma prestação material e os direitos a uma prestação jurídica. Estes podem consistir, por exemplo, na edição de normas penais ou procedimentais de que dependem essencialmente outras normas para que tenham sentido.

Há, ainda, direitos fundamentais que requerem a adoção de medidas normativas que permitam aos indivíduos a participação efetiva na organização e nos procedimentos estabelecidos. Logo, para que os indivíduos possam gozar desses direitos fundamentais, deve haver prévia atuação normativa do Estado.

Àqueles outros direitos, os chamados direitos à prestação em sentido estrito, são tidos como direitos sociais por excelência, pré-determinados a esvair desigualdades na sociedade para que a seja possível o gozo de uma liberdade efetiva que aproveite a um maior número de indivíduos, tendo como objeto, algo concreto, traduzido em bem ou serviço.

Geralmente, se dá como exemplo de direitos prestacionais materiais, os direitos sociais, prescritos no art. 6.º da Constituição, o direito à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, entre outros. Em resumo, são direitos devidos pelo Estado, porém, geram uma vinculação do particular, como no caso dos direitos trabalhistas no art. 7.º, da Lei Maior. (MENDES, 2002, p. 145)

No que concerne a sua estrutura, os direitos a prestação em geral dependem da interposição do legislador para que venham a produzir efeitos. Como tais direitos acompanham as conjunturas econômicas, segundo a realidade do momento, têm a

sua efetivação sujeita também às condições momentâneas. Satisfazem-se, portanto, segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento, na forma prescrita pelo legislador infraconstitucional.

Os direitos a prestação material se relacionam com a redistribuição de riquezas, o que os deixa a mercê de um quadro político econômico do momento, portanto, sua exigência de satisfação é mediata.

Por isso que esses direitos não podem ser determinados por via judicial:

Para que se determinem como direitos, é necessária uma atuação legislativa, que defina o seu conteúdo concreto, fazendo uma opção num quadro de prioridades a que obrigam a escassez dos recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, o próprio princípio democrático. Os preceitos constitucionais respectivos não são, por isso, nesse sentido, aplicáveis, imediatamente, muito menos constituem preceitos exequíveis por si mesmos. (VIEIRA DE ANDRADE apud MENDES, 2002, p. 148).

Tanto no caso de direitos a prestação material quanto a prestação jurídica, é discricionário ao legislador tratar os direitos fundamentais segundo sua própria sensibilidade.

No mais, não se está a dizer que tal liberdade acarrete um desprovemento de eficácia a essas normas, de modo que elas servirão como parâmetros de controle de constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos, revogando normas anteriores, sem compatibilidade com os programas de ação que possam vir a consagrar:

As normas em tela apresentam um caráter de norma de defesa, na medida em que propiciam que se exija do Estado que não adote políticas contrárias ao que proclamam esses direitos. Daí já se ter sustentado que normas enfeixadas em políticas de recessão, contrárias à política de pleno emprego, por exemplo, poderiam ser consideradas ilegítimas. Aqui, no entanto, move-se em terreno incerto. A caracterização de uma certa política como definitivamente contrária ao direito ao emprego oferece dificuldades argumentativas. (MENDES, 2002, p. 149).

Em adição a estas duas funções dos direitos fundamentais, poder-se-ia encontrar ainda uma terceira, que caminha ao lado daquelas: os direitos fundamentais de participação que são constituídos pelos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do país. Corresponderia ao capítulo da Constituição Federal relativo aos direitos políticos, no Título dos Direitos Fundamentais.

No entanto, tanto a corrente doutrinária que apóia a existência desse tipo de direito fundamental, quanto a que é contra, são unânimes ao reconhecer que esses direitos de participação têm características mistas de direitos de defesa e direitos à prestação.

Assim, com base no exposto, podemos afirmar que, se uma certa tensão entre os direitos de defesa (especialmente, as liberdades fundamentais) e os direitos sociais prestacionais é inevitável, ao mesmo tempo é certo que, consoante já anunciamos, a relação entre ambos os grupos de direitos fundamentais não obedece a uma dialética do antagonismo, mas sim a uma dialética da recíproca complementação, visto que tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais a prestações se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas poderá ser plenamente realizada com uma maior liberdade para todos e menos privilégios.⁶⁴ Ainda que, em princípio, situados no mesmo plano de fundamentalidade formal e material dos direitos de defesa, os direitos sociais a prestações acabam se diferenciando daqueles, de modo especial, pelo seu objeto diferenciado, pela sua diversa estrutura normativa e por serem diversos os problemas enfrentados no que diz com a sua eficácia e efetividade. É neste sentido (na constatação de certas diferenças), portanto, que se pode sustentar a existência de um dualismo meramente relativo entre ambas as categorias de direitos fundamentais, registrando-se, desde já, que as assim denominadas liberdades sociais podem ser tidas como equiparadas aos direitos de defesa. (LAFER, 1991, p. 130).

CAPÍTULO IV

A HEGEMONIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE A FLEXIBILIZAÇÃO (DESREGULAMENTAÇÃO)

4.1 O constitucionalismo social contemporâneo

Hodiernamente, não se pode fazer uma reflexão baseada somente no Direito do Trabalho, sem ter em atenção o contexto econômico, político e social que repercutem no Direito Constitucional e na Constituição. (GRAU, 2001. p. 314.)

A evolução do constitucionalismo acompanha os diversos momentos políticos vividos em nível mundial e, aí, é interessante observar a grande diferença do constitucionalismo histórico (europeu) para os modelos continentais.

Na Inglaterra, nunca houve uma ruptura revolucionária, como ocorreu na França, a partir do que, surgiu a necessidade de se garantirem novos valores conquistados pelos indivíduos. E, também, nota-se que a própria previsão dos fundamentos do Estado é muito mais presente no modelo individualista francês, porque na Inglaterra, pela existência histórica de uma Constituição mista, não se sentiu necessidade, através de uma ordem artificial, construída, de uma ordem política contratualizada.

No mundo ocidental, divide-se o constitucionalismo em duas fases: o antigo, que perdurou até as Revoluções do final do século XVIII – marcado por princípios

escritos ou consuetudinários que garantiam e asseguravam a existência de direitos do monarca e impunham poucas limitações em nome das liberdades individuais. E o constitucionalismo moderno, que é marcado pelo racionalismo, escrito, e, principalmente, declara os direitos individuais e limita o poder político.

Três seriam as características principais do constitucionalismo moderno: (i) ordenação jurídico-política estampada em documento escrito, (ii) declaração de direitos fundamentais e seu modo de garantia, (iii) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo limitado e moderado. (CANOTILHO, 1998, p. 52)

De fato, antes das Revoluções, o Estado era absoluto: o soberano tudo podia e não estava subordinado a nada. Com as Constituições modernas, esse soberano Estado vê-se submetido às Cartas Políticas e surge a preocupação com a soberania popular e a submissão da Administração e do Poder Executivo à lei, à reserva legal, consubstanciando-se ainda no liberalismo.

Contudo, o liberalismo também trazia em si imperfeições: surgimento dos monopólios pós revolução industrial, advento de crises econômicas no sistema, aumento do conflito capital X trabalho, que levaram a crises e ao questionamento do próprio sistema.

Com o condão de garantir a livre concorrência, chegou-se ao fim da concorrência, porque determinadas empresas, com os monopólios, simplesmente eliminaram os concorrentes. Os princípios liberais pregados e defendidos, em tese, na prática não estavam sendo efetivados. Com relação à igualdade, destaca-se que de nada adiantava falar que todos eram iguais perante a lei, sendo que a lei era abstrata e as relações sociais reais. Quanto à fraternidade, a própria exploração dos indivíduos, com contratações de qualquer forma, a qualquer preço, e a competição

cruel e desumana mostraram que não estava presente. Isso levou à crise e à atribuição de uma nova função ao Estado, já que a de abstenção total apresentou falhas. Surge, então, a figura do chamado Estado Social, ligada ao constitucionalismo social. (GRAU, 2001, p. 314)

O Estado, para além do monopólio de emissão da moeda, passa a editar leis antitruste, amplia o poder de polícia e a garantia de certos direitos para os trabalhadores.

Neste mesmo contexto, observa-se o desenvolvimento das codificações acarretando uma diferenciação entre a Constituição liberal e uma Constituição social:

Na primeira, as normas eram principalmente organizacionais e procedimentais (organiza-se a estrutura do Estado, os procedimentos políticos, econômicos, jurídicos, preocupando-se mais com os aspectos formais) e asseguram-se liberdades individuais, sem grande preocupação em regulamentar e assegurar os conteúdos das relações, porque o modelo era o de liberdade ampla.

Esse paradigma muda com a Constituição Social, pois amplia-se a preocupação com o conteúdo das relações econômicas e sociais (assegura-se um papel ativo do Estado na economia, não se fala somente em liberdades individuais, mas em liberdades e direitos da coletividade, do trabalhador, das categorias). Nesse contexto, desenvolvem-se as teorias materiais da Constituição, em detrimento das teorias formais clássicas, como as de Laband e Jellinek.

O Estado, segundo, passa a ter as funções de acumulação, de legitimação e de repressão. Acumulação, em razão do aumento das próprias atividades. Legitimação, porque pretende atribuir ao sistema capitalista e à sua ordem política o reconhecimento de que seriam corretos (e no exercício dessa função de legitimação, o Estado promove a mediação de conflitos de classe, sustentando a própria prevalência do capital). Repressão, porque tenta passar a imagem de que tudo é muito bom, tudo está resolvido, já que o Estado presta assistência, mas uma "consciência falsa". Tudo isso para evitar que se insurjam contra o capitalismo. (GRAU, 1998, p. 23)

Os princípios liberais, de racionalismo, que valorizavam principalmente aspectos formais, isentos de valores, construídos, foram tão fortes no nascimento do constitucionalismo, que, na França, o primeiro documento constitucional continha, no artigo 16, disposição no sentido de que toda a sociedade que não tiver assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição. (BONAVIDES, 2002, p. 25)

Antagonicamente, tal radicalismo corroborou para o surgimento da separação entre o Direito Constitucional e Constituição, porque se observou que determinados Estados tinham Constituições de fato, na prática, não jurídicas, que não poderiam servir, teoricamente, para fundamentar a existência de um Direito Constitucional.

Foi assim que se passou a reconhecer que a Constituição é qualquer forma de organização política (visão mais ampla) – toda a sociedade organizada politicamente tinha uma Constituição e um Direito Constitucional (LASSALLE, 2000, p. 17)

A Constituição passa a ser tida como um documento muito mais político do que jurídico, não obstante, não se bastava, pois não garantia a segurança almejada pelos cidadãos. No século XX, essa idéia ganhou destaque, em decorrência justamente do amadurecimento do movimento social, e as Constituições e o Direito Constitucional passaram a ser também jurídicos, ganhando roupagem de Ciência Jurídica autêntica.

Destarte, o Estado Social, ao contrário do que a princípio poderia parecer, a Constituição formal, apesar da inserção do aspecto material, ganha força, principalmente aquela marcada por normas meramente programáticas, definidoras de direitos que só ganham eficácia plena quando implementados pelo legislador ordinário ou pelo Executivo. Seria, um instrumento retórico de dominação; promete muito, mas somente no papel. (GRAU, 1998, p. 24)

Com isso, criam-se mitos e a própria Constituição torna-se um mito, pois denota para a coletividade a convicção de que se vive sob a égide do Estado de Direito e que, se a Constituição formal existe, tudo está resolvido e assegurado, e consegue-se a paz social. Por isso, fala-se que há um problema de comunicação até nas Constituições materiais. (CANOTILHO, 2002, p. 1329)

São exemplos de Constituições Sociais a Mexicana, de 1917 e a de Weimar, de 1919. Antes, ainda, há a Constituição da Suíça, de 1874, emendada em 1896, que aludiu ao Direito do Trabalho, a educação profissional, e a Segunda Declaração dos Direitos do Homem, de 1793, que limitou o direito de propriedade e atribuiu à sociedade o dever de prover a subsistência de todos os seus membros.

Foi a partir dessas Constituições, que os direitos sociais, ao lado das liberdades individuais galgaram lugar de honra nos ordenamentos. As liberdades têm conteúdo de não fazer - são marcadas pela abstenção do Estado. O aspecto social, ao revés, demanda uma ação por parte do Estado.

Na prática, o que ocorria era que as Constituições liberais apenas referiam o Estado. A partir do movimento socializador, elas incorporaram também a economia e a sociedade e com isto uma preocupação em garantir os direitos sociais. Após as Constituições Mexicana e de Weimar, pode-se destacar a Declaração de Filadélfia (1944) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

Nesta seara, abre-se caminho para a discussão sobre ordem econômica internacional, buscando os Estados mais desenvolvidos nos subdesenvolvidos aquela mais-valia, os benefícios que não mais conseguiam buscar internamente, pela crise, nos países menos desenvolvidos – o que agrava mais ainda a diferença entre países ricos e pobres.

E as empresas começam a transferir os seus custos para o Estado. Ou seja, os custos são maiores, atribuídos ao aumento dos encargos com os trabalhadores, por exemplo, e repassa-se isso ao Estado, que deve bancar eventuais prejuízos, ajudando as empresas. (GRAU, 1998, p. 27)

Surge também, em razão dessa mudança de sistema, a estatização. Em outras palavras, o próprio Estado sente a necessidade de adentrar no domínio

econômico, exercendo determinadas atividades tipicamente privadas para controlar a economia e a sociedade. Essa estatização, não ocorre no sentido de se coletivizar/socializar a produção, mas para manter e renovar o próprio capitalismo. O sistema capitalista é, assim, mantido, mas com uma nova roupa, sob a ilusão de que o Estado auxilia, o Estado garante o bem-estar.

Com a evolução da sociedade, mais uma vez, questiona-se o papel do Estado, dando surgimento ao chamado neoliberalismo, que prega, principalmente, a desregulamentação das atividades e a privatização. E dentro da desregulamentação é que se fala em fim do direito individual do trabalho. São muitas as críticas ao Constitucionalismo social:

A própria legitimação do movimento social só ocorreu gradativamente e havia quem defendesse, inclusive, ser ele incompatível com a própria idéia de constitucionalismo. Só a partir da Segunda Guerra é que os ânimos se acalmam.

Mas, mesmo assim, pergunta-se se, atingida a paz, seria possível, em razão dos valores já inculcados na sociedade, desregular e até impor um novo modelo constitucional aberto, que se limitasse a prever a organização e procedimentos?

E, ainda, se esse movimento neoliberal é tão forte a ponto de se sobrepor a Constituições recentes eminentemente sociais, e até ao projeto de se acrescentar um capítulo de direitos sociais na Declaração Européia dos Direitos do Homem? Não seria cedo demais? Ou o próprio sistema já dá sinais de seu fracasso?

O professor português referido fala que o grande dilema para o Direito Constitucional é o "equilíbrio e síntese entre as duas vertentes mais lídimas do Constitucionalismo, que o mesmo é dizer entre a democracia política, por um lado, e a responsabilidade social do Estado, por outro lado" (MOREIRA, in GRAU et. al, 2001, p. 325)

Trazendo para a nossa realidade, uma das críticas que se faz à Constituição brasileira é o fato de que muitos dispositivos se quedam pendentes de regulamentação, sendo outros tantos educativos, não auto-aplicáveis:

Seria, então, social real? Segundo Washington Albino, isso é proposital pois atende "às promessas e às reivindicações apresentadas pelo eleitorado em tempo de 'sufrágio' como as incluí no texto, na fase constituinte de elaboração da Carta." (Grau, 2001. p. 492).

Por fim, a Constituição de 1988 insurgiu-se contra a tradição brasileira (desde 1934) de tratar juntamente da ordem econômica e da ordem social, o que, segundo, é desaconselhado, *pelo entrelaçamento existente entre os direitos sociais-trabalhistas e a ordem econômica.* (SÜSSEKIND, 2001, p. 18)

4.2 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Em um primeiro momento, há que se relembrar que a questão do conteúdo essencial de um direito está intimamente ligado à idéia de impossibilidade de modificação deste direito, via Poder Reformador.

Neste contexto, no que diz respeito aos direitos sociais, a discussão se alarga a outro campo, qual seja, considerar ou não os direitos sociais como direito fundamental protegido pela condição de cláusula pétrea, integrante, portanto, do rol do art. 60, § 4º, inciso IV da Carta Magna. (LOPES, 1993, p. 183-186)

Nesta seara, as opiniões dos doutrinadores são divergentes, havendo os que defendem a exclusão dos direitos sociais, dessa categoria, por uma simples interpretação literal e restritiva do art. 60, § 4º, inciso IV da Lei Fundamental Maior, sustentando que os direitos fundamentais são somente aos equiparáveis aos direitos individuais do art. 5º; do outro lado, os que defendem que tal entendimento não pode prevalecer, pois em nosso direito constitucional não há qualquer sustentação que

permita fazer esta exclusão dos direitos sociais, e que uma interpretação sistemática é capaz de dissipar essa controvérsia, mormente se consideramos o fato de que nossa constituição consagra a idéia de constituímos um estado democrático e social de direito. (LOPES, 1993, p. 183-186)

Neste sentido, pode-se dizer que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se constitui numa fronteira intransponível para legislador, delineando espacialmente um direito que a lei não pode invadir sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

O conteúdo essencial consistiria em um núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o coração do direito) que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar de realmente existir. (Vieira de Andrade, 1987, p.233)

É necessário salientar, que quando defendida a necessidade de limitação do poder de regulamentação do Poder Legislativo, não há que se falar em redução de liberdade do legislador, que é legitimado inclusive para regulamentar a Constituição, mas, sim, em evitar que sejam produzidas leis desarrazoadas, que venham a prejudicar direitos e garantias já constituídos.

Destarte, quando se admite que os direitos fundamentais, não são absolutos está-se, contrariamente admitindo que há uma limitação dos mesmos, até para a possibilidade de seu exercício. (LOPES, 1993, p. 183-186)

No Brasil, apesar de não expressamente contemplado na Constituição de 1988, é possível identificar tal princípio em nosso ordenamento jurídico. Aliás, considerando-se a própria natureza protetora dos direitos fundamentais, não haveria congruência na intervenção do legislador ordinário no âmbito do direito fundamental, com o escopo de aboli-lo.

No direito alienígena, tal princípio se encontra expressamente indicado, não vejamos:

- O art. 19.2 da Constituição alemã dispõe que: “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”

- A Constituição portuguesa refere-se à garantia do núcleo essencial em seu art. 18.3, segundo o qual “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”

- O art. 53.1 da Constituição espanhola também alude à referida garantia, ao estabelecer que os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos devem respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades. (MELO, 2002, p. 86)

O propósito do conteúdo essencial não é, de fato, constranger toda e qualquer ação reguladora do legislador e, com esta idéia, pode-se imaginar que num confronto entre dois direitos igualmente fundamentais, onde não é possível a proteção de um deles sem a flexibilização do outro, seria natural a relativização do direito fundamental, de sorte a que se amoldassem os direitos, harmonizando-os.

Por conta disso, duas teorias surgiram na Alemanha: a teoria relativa e a teoria absoluta. Na primeira, o conteúdo essencial carece de autonomia conceitual, isto significa dizer que um direito só pode ser determinado à luz de um direito já restringido, levando-se em consideração o caso concreto que permitiria aduzir qual medida de restrição haveria de ser tida como violadora do núcleo fundamental, o que nos levaria de volta ao critério da proporcionalidade, amparado na idéia de que há legitimidade na restrição quando é indispensável e na medida em que é necessária para a proteção de um direito fundamental.

Já na teoria absoluta, partir-se-ia do princípio de que todo direito fundamental tem um núcleo essencial que possivelmente pode ser limitado, ao menos em teoria, sem, no entanto, haver clareza quanto aos seus modos de limitação. Para esta

teoria, o núcleo essencial constitui um conteúdo mínimo de um direito, sem a possibilidade de ser violado, pois que se tal acontece, liquida-se o próprio direito.

Assim, se o legislador quer restringir direitos, ele está ainda limitado ao núcleo essencial, que não poderá de forma alguma ultrapassar o núcleo essencial, mesmo com a justificativa de proteção a outro bem constitucional. (MELO, 2002, p. 87-88)

Esta idéia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais e, principalmente dos direitos sociais relativos aos trabalhadores, é assim sintetizada:

A toda a evidencia, o limite de restrição de qualquer coisa é tudo aquilo que conceitualmente a pode destruir. Todo o bem ou valor jurídico tem por isso, uma essência a respeito da qual há certo consenso, ainda que se trate de algo fluido ou ambíguo, a exemplo da boa-fé, conceito que recebeu inúmeros tratados técnicos. (BARROS, 1996, p.96)

4.3 A efetividade dos direitos sociais no Brasil

Dentro do Direito Constitucional, uma das questões mais discutidas acerca das qualidades das normas jurídicas é a efetividade dos direitos sociais, por isso, torna-se imperativa a sua abordagem neste estudo.

De fato, a efetividade ou eficácia social, refere-se à capacidade de produção de efeitos de uma norma no plano fático, sendo, para o positivismo, uma condição de adequação semântica entre o signo (norma) e o objeto (conduta normada).

Uma norma só está apta a produzir efeitos quando verificada a existência dos requisitos de fato. Se estes não existirem, não poderia o destinatário, para a teoria mais tradicional, ser obrigado a cumprir o comando normativo.

Em sendo assim, na ausência dos recursos para que o Executivo possa disponibilizar aos particulares as prestações demandadas, face à regra *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém é obrigado a coisas impossíveis), estas não seriam exigíveis. (FERRAZ JR., 2003, p.18)

Grande inovação se deu no campo dos direitos fundamentais sociais, uma vez que a Constituição brasileira de 1988 apresentou a matéria não no capítulo dedicado à Ordem Econômica e Financeira ou à Ordem Social, mas deu tratamento de verdadeiros direitos fundamentais, e não expressões de uma determinada ordem, considerando direitos fundamentais, àqueles que estão contemplados no artigo 6.º: - o direito à proteção da saúde; o direito ao trabalho, do qual o direito do trabalho é uma dimensão; o direito ao lazer, o direito à moradia, incorporado mais tarde pela Emenda Constitucional 26, de 2000; o direito à educação; o direito à previdência; o direito à segurança; o direito à assistência aos desamparados; o direito à proteção da infância e o direito à proteção da maternidade.

É patente que tais direitos encontram-se na Carta de 1988 por conta de uma demanda social, intransigente, democrática, radical, que se expressou por meio de movimentos sociais e que conseguiu convencer o Congresso Constituinte.

São, portanto, a expressão de uma luta, de uma árdua luta, que não acabou no momento da promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988. Sim, pois a luta agora é pela efetividade desses direitos.

A questão é saber de que maneira a efetividade dos direitos fundamentais sociais pode ser alcançada. Qual é o papel do Poder Judiciário nesse campo? Qual é a importância da participação popular nesse sítio?

Aqui reside a singularidade de um direito constitucional que se faz enquanto teoria, mas que se apresenta também como pedagogia. A atividade pedagógica é fundamental para a construção de uma cultura favorável ao direito constitucional. De nada adianta contarmos com disposições constitucionais avançadas se nos mantemos num universo cultural que repele os direitos sociais. E aqui é preciso lembrar a experiência de Rui Barbosa, no contexto da primeira república. Percebendo que nossos juizes seriam incapazes de levar a termo o exercício da jurisdição constitucional, porque formados pela velha escola ligada a uma cultura européia que repelia o controle de constitucionalidade, Rui foi buscar na experiência constitucional norte-americana os exemplos capazes de convencer nossos juizes a respeito do papel a eles reservado pela Constituição republicana.

Os textos que escreveu sobre a experiência jurídica norte-americana foram fundamentais para a criação de uma cultura jurídica favorável ao exercício da jurisdição constitucional pelo Judiciário. Rui, neste particular, foi menos teórico e mais pedagogo. Portanto, o papel da pedagogia constitucional, em

determinadas circunstâncias, é determinante do sucesso da promessa constitucional. Ora, é nesse contexto que podemos nos perguntar o que pode fazer o Judiciário para a satisfação dos direitos sociais, porque tínhamos até recentemente, e disse-o muito bem o professor José Afonso da Silva, uma teoria que imaginava esses direitos, ainda que afirmados na Constituição, como meras disposições programáticas, despidas, portanto, de uma eficácia propriamente jurídica, que apenas estariam a vincular o Poder Legislativo, expressando não mais do que uma promessa cujo descumprimento não desafiaria qualquer sorte de controle mais decisivo. (CLÈVE, 2002)

A questão que surge, em verdade, é como e quais os limites da atuação tanto do Poder Judiciário quanto da população para a efetivação destes direitos. Além do mais, existe mais uma controvérsia quanto ao tratamento dos direitos sociais de defesa e os direitos sociais prestacionais.

No caso brasileiro, é preciso levar em conta que a Constituição Federal de 1988 não autoriza, em virtude de disposição expressa, nenhuma distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo, na Constituição Portuguesa.

Em nosso ordenamento constitucional pátrio, não há uma diferença de regime jurídico entre os direitos de defesa e os sociais, especialmente os prestacionais e, é por isso, que a disposição que trata da eficácia imediata dos direitos fundamentais alcança, de igual modo, todos os direitos fundamentais.

Porém, se não há distinção de regime, decerto que há uma distinção na estrutura normativa:

Deveras, a estrutura normativa de uma disposição tratando de um direito de defesa não é equiparável à estrutura de um direito prestacional. Há nas disposições contemplando direitos de defesa, em geral, um grau de determinidade maior. Por isso, nós encontramos nos direitos de defesa mais frequentemente possibilidade de aplicação imediata, porque muitas vezes do que se trata é impedir que o Estado venha a obstaculizar o exercício do direito pelo cidadão, um direito que poderia desde logo ser por ele exercido não fosse a atuação desconforme ou inconstitucional do Estado. Tudo se passa de modo diferente em relação à estrutura dos direitos prestacionais, porque esses direitos, ao contrário, só podem ser exercitados em virtude de uma atuação positiva, de cunho legislativo primeiro, de cunho administrativo

ou material depois, do Poder Público. Porque não fora a atuação do Estado, certamente esse direito não poderia ser satisfeito. (CLÈVE, 2002)

É neste momento que se põe em cheque se há de fato uma omissão do Estado, ou por outra, se o Judiciário tem um papel de protagonista da efetivação desses direitos.

Concernente ao desempenho do Judiciário, é mister lembrar a existência de limites impostos, também, pelo princípio da separação dos poderes, isto é, superar o problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário, ou seja, num Estado Democrático de Direito, com poderes divididos, até onde pode ir o Poder Judiciário enquanto instância garantidora dos direitos fundamentais?

De fato, se a atuação do juiz enquanto legislador negativo é unânime, o mesmo não ocorre quando de uma atuação análoga à do legislador positivo. Ou, quiçá, do administrador.

O fato é que o princípio da separação dos poderes não pode ser visto como um princípio abstrato, ou simplesmente fora de seu contexto que é a Constituição vigente.

Não vamos olvidar que o Constituinte de 1988 confiou muito no Poder Judiciário que foi bastante fortalecido. E no que diz respeito à legitimidade democrática, resta claro que o Judiciário atua mesmo, como um super-herói, um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias.

Corroborando com esta visão, o devido processo legal, a motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição se tornam, aparentemente, meios distintos de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário.

O fato é que dentro da esfera constitucional, o Judiciário, não obstante seja imprescindível, por óbvio não é suficiente para a integral efetividade dos direitos sociais, daí a necessidade, talvez, da atuação da população. Em adição, um Judiciário ativo é condição *sine qua non*, para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais.

Fica mais fácil focar o cerne da questão, se adentrarmos mais uma vez no assunto já abordado em nosso capítulo II, na seara das dimensões dos direitos fundamentais de natureza social.

A distinção envolvendo os direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados é importante para exemplificar. Os direitos prestacionais originários seriam aqueles que permitem desde logo ao intérprete encontrar na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte. Portanto, são direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, podem, mesmo sem regulamentação, ser reclamados perante o Poder Judiciário. Outros, ao contrário, são direitos prestacionais derivados, porque no campo constitucional, produzem uma dimensão subjetiva fraca, que demanda, portanto atuação do legislador. (CLÈVE, 2002)

Na Constituição Federal de 1988, são encontrados desde logo alguns direitos prestacionais originários. É o caso do direito à proteção dos portadores de necessidades especiais, que inclusive tem direito a perceber um salário se a sua família não é capaz de sustentar-se, e se não tem uma determinada renda; De outro modo, os direitos prestacionais de outro tipo, produzem uma dimensão subjetiva fraca, necessitando, portanto, da atuação material, da criação de serviços públicos e da previsão de dotações orçamentárias.

Naturalmente, o problema não se põe em relação aos direitos já devidamente regulamentados.

Quanto àqueles previstos em disposições constitucionais insuscetíveis de criar imediatamente situações jurídicas positivas de vantagem, manifestando-se inércia do Estado (Legislador e/ou Administrador), emerge maior dificuldade para buscar-se, através do Judiciário, a efetivação do direito.

Uma boa alternativa para a cobrança da realização progressiva desses direitos, vez que porque são direitos de eficácia progressiva, é o das ações coletivas, em especial, as ações civis públicas.

O Estado se veria compelido a adotar políticas públicas para, num universo temporal definido (cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia, do acesso ao lazer, à educação, etc. É claro que, neste caso, emerge o problema orçamentário.

Todavia, cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos.

4.4 A reforma da legislação trabalhista no Brasil

Para se resgatar a memória da legislação trabalhista no Brasil, convém, por oportuno, elucidar que com a expressão “direitos sociais” designa-se o gênero constituído pelos direitos sociais, econômicos e culturais. Os direitos dos trabalhadores são espécies desse gênero de tal sorte que para o mais perfeito entendimento do tema, cumpre examinar o processo de evolução dos direitos sociais através das principais constituições, liberais e sociais, focando posteriormente a investigação nos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Assim, a luta pela igualdade real veio a ter seu ápice com a inserção, nas constituições, de normas de direitos sociais, no século XIX. Por trás deste movimento estavam ações humanitárias de pessoas como Robert Owen, pelos movimentos operários liderados por Kind Ludd e, sobretudo, pela resistência da classe operária, que, convém lembrar, contribuiu também para a promoção da igualdade, através do reconhecimento dos direitos sociais, o surgimento das primeiras idéias socialistas. (GOMES; GOTTSCHALK, 2001, p. 2)

Por esta ocasião, o Estado se vê em meio a graves problemas sociais, assumindo a incumbência de regular, ainda que timidamente, as relações de trabalho. Mas, é a partir do século XX que os direitos sociais passam a generalizar-se, ingressando expressa e definitivamente nas constituições.

Inicia-se, enfim, o Constitucionalismo Social, significando a inserção dos direitos sociais nas constituições, no começo do século XX, pela ocorrência de três fatos que iriam e vieram a modificar radicalmente as estruturas políticas, sociais e econômicas da época, representados pela Primeira Guerra Mundial em 1914, pela Revolução Mexicana em 1910 e pela Revolução Socialista Soviética em 1917.

A partir da inserção dos direitos sociais nas constituições, passa-se a reconhecer ao Estado um papel de protagonista nas relações em sociedade e a ele atribui-se importante função de proteger os necessitados, cabendo-lhe assegurar as condições materiais indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa humana. No que tange aos direitos dos trabalhadores, a sua inclusão nas constituições cumpriu dois objetivos: dificultar a alteração ou revogação desses direitos e fixar políticas diretas para o legislador infraconstitucional e para o poder público.

Como consequência da atualização da sociedade, o Estado Liberal de Direito dá lugar ao Estado Social de Direito, onde surgem os direitos sociais, vinculados ao

ideal de igualdade sem que o Estado deva se abster, mas sendo este devedor de prestações jurídicas ou materiais, que em geral, não se efetivam, dado as políticas públicas equivocadas, inércia do poder público ou dificuldades materiais ligadas a deficiências orçamentárias. (GOMES; GOTTSCHALK, 2001, p. 4)

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam (sic) com o direito de igualdade. (SILVA, 1989, p. 253)

Tais direitos vão surgir como pressupostos do gozo dos direitos individuais, uma vez que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Diferentemente dos direitos clássicos, “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado [...] revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. (SARLET, 2003, p. 52)

Os direitos sociais albergam, ainda, direitos positivos e também liberdades sociais, incluindo os direitos fundamentais dos trabalhadores, que derivam do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

A sedimentação do constitucionalismo social se deu com a edição de dois documentos: a Constituição mexicana, de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919. A Constituição mexicana, de 1917, é considerada a primeira constituição social, mas foi a pioneira da inserção de direitos sociais em um texto constitucional, até porque mesmo as constituições liberais, ainda que de forma esparsa, já traziam alguns direitos sociais. Seu pioneirismo consiste na consagração de um título inteiramente dedicado ao Trabalho e à Previdência (Título 6), além de o art. 123 especificar várias normas de proteção ao trabalhador.

Demonstrando-se a importância histórica dessa Constituição, destaca-se, portanto, seu pioneirismo no estabelecimento da desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, proibindo sua equiparação a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei do mercado da oferta e da procura. Seu grande mérito foi fixar o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empregadores, no âmbito da relação contratual trabalhista, atribuindo aos direitos trabalhistas, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos, a qualidade de direitos fundamentais. (COMPARATO, 1999, p. 169)

De fato, para a época, em matéria trabalhista, o art. 123 que regulamenta o trabalho, fixando jornada de oito horas; proibição de trabalhos penosos e insalubres para mulheres e menores de dezesseis anos; descanso semanal; licença maternidade; proteção à gestação; salário mínimo; proteção ao salário; participação nos lucros das empresas; responsabilidade empresarial por acidentes de trabalho e pela saúde e higiene no local de trabalho; e indenização pela dispensa sem justa causa, foi considerado e efetivamente era avançado. Além dessas normas de proteção individual, permitiu a criação de sindicatos, a contratação coletiva e assegurou o direito de greve.

Sobre isso, transcrevemos o que segue:

Realçando a importância da Carta de 1917, destaca que es indubitable que nuestro artículo 123 marca um momento decisivo em la historia del derecho del trabajo. No que afirmar que haya servido de modelo a otras legislaciones, ni que sea uma obra original, sino, tan sólo, que es el paso más importante dado por um país para satisfacer las demandas de la clase trabajadora. (LA CUEVA, 1989. p. 20)

Foi, entretanto, a Constituição de Weimar, de 1919, que exerceu maior influência sobre as diversas constituições promulgadas após a Primeira Grande Guerra, fazendo proliferar nas nações ocidentais o Constitucionalismo Social.

Sua promulgação se deu num contexto histórico e político bastante complexo, pois objetivava contornar os excessos do Capitalismo e do Liberalismo, mas não havia condições políticas que justificassem a adoção do modelo acolhido pelo Socialismo soviético. E é nessa contradição que intenta conciliar princípios da doutrina liberal e da doutrina socialista. (SILVA, 1977, p. 52)

Culmina adotando estrutura dualista, em que a organização do Estado é fortemente conservadora, ao passo que apresenta declaração de direitos em que agrega os novos direitos de conteúdo social.

Algumas das disposições da Constituição de Weimar sobre a ordem econômica, estabelecem que a economia deve ser organizada para garantir existência digna ao homem e, ao consagrar os direitos e deveres fundamentais, elenca um conjunto de normas de proteção ao trabalho: o trabalho fica sob a proteção do Estado, cabendo a este criar um direito unitário do trabalho; é garantida a liberdade de coalizão para a defesa e melhoria das condições de trabalho e de produção, prevendo a autonomia sindical e o direito de greve; o Estado deve intervir para universalizar a legislação de proteção ao trabalho, visando à criação de um

mínimo de direitos sociais; o direito de colaborar em condições de igualdade com os empresários para a fixação do salário e das condições de trabalho é assegurado aos trabalhadores; as organizações sindicais são reconhecidas; há a previsão de representação dos trabalhadores nas empresas. (COMPARATO, 1999, p. 167)

Seguindo o exemplo, todas as Constituições democráticas afirmaram o dever do Estado de proteger o trabalho; o Estado afirma que ele deve elevar o trabalho humano à dignidade de bem social cuja preservação é do interesse da coletividade.

Ainda que tenha durado pouco, a Carta Weimariana projetou-se sobre todas as nações modernas, ensejando a criação do Estado Social, da Social-Democracia e de um novo modelo constitucional, o Constitucionalismo Social, que tem suas estruturas radicadas *na justiça, na igualdade, no estabelecimento da paz social, na cessação dos conflitos de classe, na mudança hegemônica que se traslada do princípio da legalidade para o princípio da legitimidade*. (BONAVIDES, 2001, p. 8)

Por conseguinte, iniciou-se o processo de internacionalização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, para o qual concorreu decisivamente criação da Organização Internacional do Trabalho e num passo seguinte a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948.

A proteção internacional desses direitos prosseguiram com o aparecimento dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem, aprovada, pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, foi omissa quanto aos direitos dos trabalhadores, cingindo-se à consagração dos direitos de liberdade, situação contornada através da Carta Social Européia, de 1961, que foi generosa no reconhecimento dos direitos sociais.

De igual modo, foi importante na sedimentação desses direitos, a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, de 2000. Assim, de um modo geral, em todas as constituições contemporâneas, ainda que em doses e escalas diferentes, estão presentes os direitos fundamentais dos trabalhadores, que enfatizam a superação do Constitucionalismo Liberal e a implantação definitiva do Constitucionalismo Social. (COMPARATO, 1999, p. 170)

Na história do direito brasileiro não se pode falar em direitos fundamentais do trabalhador senão a partir da Constituição de 1934. Isto porque, nenhuma das Constituições anteriores – 1824 e 1891 – tratavam de direitos do trabalhador, uma vez que, o trabalho livre e remunerado somente veio a expandir no Brasil após 1888, com a abolição da escravatura, o que tornava a questão trabalhista, por demais recente, até para a Constituição de 1891.

Inobstante a isso, a Constituição de 1824 aboliu as corporações de ofício. Já a Constituição de 1891, reconheceu o direito à livre associação, e ponderou os pináculos para o direito de sindicalização, que, por sua vez, foi reconhecido no século seguinte.

Mesmo sem ser tutelado pelos direitos fundamentais, o trabalhador brasileiro não ficou totalmente desprotegido até 1930, porquanto, havia legislação infraconstitucional que lhe garantia certos direitos, tais como, o Código Comercial de 1850 que tratava da prestação habitual de serviços; o Decreto nº 1313 de 1891 que tratava da proteção ao menor nas fábricas; o Decreto nº 1.150 de 1904 que estabeleceu o privilégio para pagamento de dívida proveniente de salários dos trabalhadores rurais; o Código Civil de 1916, que tratava da locação de serviços; a Lei nº 4.682 de 1923, conhecida como Lei Elói Chaves, que criou a caixa de aposentadoria e estabilidade dos ferroviários; Decreto nº 16.027 de 1923, que criou

o Conselho Nacional do Trabalho; Lei nº 4982 de 1925, dispondo sobre o direito de férias de 15 dias para algumas categorias de trabalhadores.

A legislação existente era insuficiente para atender às necessidades da classe trabalhadora, que a essa altura, era composta não só de brasileiros, mas também de muitos estrangeiros, que vislumbravam nos ideais de Pierre Joseph Prudhon, de Michail Bakunin e de Kropotkin, as mudanças necessárias que fez com que diversos movimentos sociais surgissem nesse período, como a Guerra de Canudos de 1893 a 1897, a Revolta da Chibata de 1904, o Contestado de 1912 a 1916, a greve dos colonos das fazendas de café, o Tenentismo, a formação da Coluna Prestes e, enfim a Revolução de 1930.

Ao largo de tais movimentos, a atuação das ligas operárias e sociedades de resistência protestavam por melhores condições de trabalho e salários, assistência aos doentes ou acidentados, regulamentação do trabalho feminino e do menor, inclusive, recorrendo à greve.

Com a Revolução de 1930, que deu início à *Era Vargas*, que se estendeu até 1945, o Brasil entra no movimento do Constitucionalismo Social, conhecendo duas constituições, a de 1934 e a de 1937. (BELTRAN, 2002, p. 45)

Do ponto de vista formal, a primeira teve inspiração na Constituição de Weimar e na Constituição Republicana Espanhola, e perquiriu a racionalização do poder, levando a uma valorização do Poder Judiciário. É nessa constituição que se fala pela primeira vez em controle de constitucionalidade das leis, através, principalmente, do recurso extraordinário e do mandado de segurança. Houve a criação da Justiça Eleitoral e da Militar. Além disso, na esfera trabalhista, instituiu, conforme art. 121, § 1º e alíneas, o salário mínimo; a proibição de diferença salário para um mesmo trabalho em razão de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; a

limitação da jornada a oito horas diárias; a proibição do trabalho de menores de 14 anos, do trabalho noturno a menores de 16 anos, e em indústrias insalubres a menores de 18 anos e mulheres; repouso semanal remunerado; férias anuais remuneradas; indenização pela dispensa sem justa causa; proteção à gestante; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho. (POLETTI, 2001, p. 162/164)

Na Carta de 1934 criou-se a Justiça do Trabalho, (art. 122), ressaltando-se que nessa época, a mesma não integrava o Poder Judiciário, mas era braço do Poder Executivo, com seu presidente à escolha discricionária do Governo, desde que tivesse experiência e notória capacidade moral e intelectual. Além do mais, a composição dos Tribunais e das Comissões de Conciliação deveria ser paritária, tendo metade de seus membros eleitos pela categoria dos trabalhadores e a outra metade dos empregadores.

A Constituição de 1937 foi baseada na Constituição polonesa e fortalecia o Poder Executivo, dando poderes ao Presidente da República, inclusive, para dissolver o Legislativo. Por conta disso, era taxada de antidemocrática, sendo ainda atacada a sua validade a partir de 1943 eis que não submetida a plebiscito como a própria previa.

No que tange aos direitos trabalhistas, a maior inovação foi a adoção da unicidade sindical, conforme art. 138, em textual:

Art. 138. A associação profissional sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público.

Outro destaque na Constituição de 1937 é a absorção do intervencionismo corporativista, que resta patente, no art. 140. Vejamos:

Art. 140. A economia da produção será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas do poder público.

Acresce-se que a greve e o *lockout* foram considerados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital, além de ser incompatíveis com os interesses da produção nacional. Isto em conformidade com o art. 139, que também trazia disposição sobre a Justiça do Trabalho.

Assim, em 1º de maio de 1943, entra no nosso ordenamento jurídico a Consolidação das Leis Trabalhistas. Com o fim da Era Vargas, uma nova Constituição é promulgada, em 1946, retomando os rumos da democracia.

Mormente se pensasse o contrário do que se poderia imaginar, o Constituinte de 1946 não era de todo progressista. Em realidade, o poder constituinte de 1946 era composto em grande parte por profissionais liberais das classes médias, dentre os quais apenas um tinha menos de 40 anos e era comunista, portanto, concluímos que eram, de fato, conservadores, com tendências liberais e que faziam concessões ao operariado mais pela ânsia de uma solução pacífica e democrática para a luta de classes, que não se acalmava, do que pela genuína preocupação com a pessoa do trabalhador. (BALEEIRO, 2001, p. 15/16)

Neste contexto, o trabalho é tido como uma obrigação social, sendo inseridos diversos dispositivos concernentes às garantias trabalhistas, senão, vejamos o que dizem os arts. 145, § único e 157 da referida Carta:

Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único. A todos é assegurado o trabalho que possibilite a existência digna. O trabalho é obrigação social.

Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão ao seguintes preceitos além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores:

I – salário mínimo capaz de satisfazer (...) as necessidades normais do trabalhador e de sua família;

II – proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

III – salário do trabalho noturno superior ao do diurno;

IV – participação (...) do trabalhador nos lucros da empresa (...);

(...)

O direito de greve é reconhecido no art. 158 da Carta de 1946, entretanto, dependia de norma infraconstitucional para a regulamentação de seu exercício. A Justiça do Trabalho passa a integrar o Poder Judiciário, caracterizando mais um sinal de repúdio ao intervencionismo do Executivo que vigorava na Carta de 1937.

É agora que os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores começam a irradiar, contando, além dos acima citados, com o repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, higiene e segurança do trabalho, proibição do trabalho de menores de quatorze anos; proibição do trabalho noturno a menores de 18 anos, bem como o trabalho em indústrias insalubres; proteção à gestante, o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho, o direito de greve e de livre associação sindical.

A questão social foi preterida na Carta de 1967 que privilegiou o Direito Financeiro e Tributário e criou os Decretos-Lei, pelos quais o presidente da república, em casos de “extrema necessidade e interesse social” e “em condições excepcionais” poderia legislar sobre as matérias: segurança nacional e finanças públicas. O homem deixa de ser o foco da Constituição, como era no caso da Carta

de 1946, e a preocupação do Estado era proteger o comércio e a indústria – ou seja, o empresariado. (CAVALCANTI et al. 2001, p. 83)

Nenhum avanço na área social foi visto nas Emendas Constitucionais de 1969, que silenciaram quanto aos direitos dos trabalhadores e, a bem da verdade, representaram um retrocesso nas garantias individuais e nos direitos políticos, que só foi revisto já na Constituição de 1988:

a Constituição brasileira de 1988 mantém e amplia a diretriz das Constituições anteriores, relativa aos direitos fundamentais, objeto de título próprio, que se desdobra em capítulos dedicados sucessivamente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, aos Direitos Sociais e aos Direitos Políticos. (TÁCITO, 2002, p. 25).

De fato, no que diz respeito aos direitos individuais e coletivos, a Constituição de 1988 teceu minúcias sobre direitos que já constavam nas constituições anteriores, visando a contenção de abusos de direito, bem como contemplou no texto constitucional, alguns direitos já tratados pela legislação ordinária.

Estabeleceu, ainda, como já tratado neste estudo, que no § 1º do art. 5º que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ainda que seu conteúdo atribua à lei ordinária a regulamentação pormenorizada do direito que declara, e deixou registrado que os direitos e garantias fundamentais não se esgotavam no rol do art. 5º, sendo este meramente taxativo.

Tanto é assim que, no § 2º do mesmo artigo declara que:

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.

No art. 7º são abordados os direitos do trabalhador urbano e rural, estabelecendo um rol mínimo de direitos, que se complementa com tantos outros quanto aqueles que visem a melhoria da condição social do trabalhador reforçando a idéia contida no § 2º do art. 5º da CF/88. (TÁCITO, 2002, p. 25)

Em suma, os direitos fundamentais do trabalhador brasileiro são aqueles constantes da Carta Constitucional de 1988, bem como os direitos a eles compatibilizados nas normas infraconstitucionais, juntamente com todos os demais direitos previstos em tratados internacionais nos quais o Brasil toma parte, especialmente as Convenções da OIT ratificadas pelo nosso ordenamento.

Como não pode haver abolição das garantias e direitos fundamentais, logo, podemos concluir que aos trabalhadores são garantidos em sede constitucional não só os direitos previstos nos arts. 7º, 8º, 9º, 10 e 11, mas também os tratados pelos arts. 5º e 6º.

Neste esteio, o trabalhador, ao menos teoricamente, é considerado antes de ser trabalhador, é um cidadão – fato às vezes olvidado até mesmo pelo legislador e de pouco relevo para o empregador.

CONCLUSÃO

A FLEXIBILIZAÇÃO ACEITÁVEL NO DIREITO DO TRABALHO

BRASILEIRO

A predominância hodierna da natureza econômica do trabalho não pode se sobrepor ao seu fim ético, porque é o elemento que impede a *coisificação* do homem que trabalha, evitando a materialização dos fatores de produção, vez que, o trabalho é a alavanca das realizações do homem enquanto ser criador de cultura em si próprio ou para o mundo exterior, fazendo uso de seus dons inatos para movimentar o grande motor da humanidade.

A internacionalização do comércio reacende o debate sobre a promoção de patamares mínimos de direitos trabalhistas. O grande desafio atual é trazido pela globalização da economia mundial que carrega consigo a necessidade de conciliação entre dois conflitos fundamentais: a adaptação do trabalhador à demanda imposta pelo fenômeno econômico, social e tecnológico, e a capacidade de adequação das condições do trabalho - flexibilização do direito do trabalho.

Pode-se dizer, ainda, que os conflitos de interesses suscitados por essa questão, residem, principalmente, em duas sedes no âmbito internacional: relações comerciais (internacionais) e a defesa dos direitos humanos.

A problemática e suas repercussões ultrapassam, porém, esses limites, e interferem no âmbito da legislação e na praxe trabalhista de cada país envolvido, além de estabelecerem novos valores e regras de funcionamento em adição às características de seus mercados de trabalho.

Os meios de comunicação, por outro lado, difundem a concepção e aplicação de programas de defesa dos direitos fundamentais por iniciativa de instituições internacionais integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU) ligadas à questão trabalhista como, por exemplo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que acaba por influenciar na mudança de valores, ações sociais e políticas públicas em escala mundial, e também na definição e adoção de padrões de patamares mínimos trabalhistas.

Em 18 de junho de 1998, 50 anos depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, na Conferência Internacional do Trabalho da OIT, foi adotada a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, composta por quatro princípios que regem os direitos fundamentais, a saber: livre associação e reconhecimento do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; efetiva abolição de trabalho infantil; e, eliminação da discriminação com relação ao emprego e à ocupação.

Esses Princípios e Direitos Fundamentais constituem uma base mínima universal de direitos dos trabalhadores de todos os países membros, independente de sua ratificação das convenções pertinentes, e são reflexos do processo histórico do trabalho e as conquistas adquiridas ao longo de séculos de reivindicações pelos trabalhadores, guinada perpetrada por Karl Marx, idealizador da modificação do pacto social firmado entre Estado, Capital e Trabalho.

Respeitando posicionamento contrário, concebe-se, de forma genérica, que dentro do quadro ou sistema dos Direitos Fundamentais, há os chamados Direitos Sociais pertencentes ao grupo dos "**direitos positivos**", ou seja, daqueles direitos que obriga o Estado ou ao particular a uma "**prestação**"; bem como, existem os "**direitos negativos**", que dizem respeito à **não intervenção** ou **abstenção** do

Estado. A Constituição de 1988 é exemplo do primeiro grupo, alguns encontrados no rol elencado no art. 7º, enquanto o segundo caso é exemplificado pelo grupo ou elenco do art. 5º.

Nossa Constituição traz importância ímpar no campo dos direitos trabalhistas (sociais). Já no art. 1º, inc, IV (“os valores sociais do trabalho”), coloca o trabalho humano como um dos fundamentos da República brasileira. Assim, o valor do trabalho, como fundante da ordem social, passou a nortear também a ordem jurídico-positiva brasileira, quando inserido em nossa Constituição como elemento basilar de nossa sociedade.

Não se trata de uma norma solta na Carta Magna, visto que o trabalho teve destaque relevante no panorama brasileiro. Observe-se, como exemplo, o art. 170, cujo conteúdo traz determinação de ser a “ordem econômica, fundada na valorização social do trabalho”, acrescentando, ainda, a “busca do pleno emprego”.

O art. 139 da Constituição Federal, inserido no Título VIII – “Da Ordem Social” – determina: “A ordem social tem como base o primado do trabalho”, vindo corroborar a importância sistemática que dá nossa Carta Política ao trabalho.

Não bastasse isso, no capítulo II – “Dos Direitos Sociais” -, no Título que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, relaciona normas de natureza trabalhista, disciplinando, especificamente em seu art. 7º, uma série de direitos do empregado, distribuídos por trinta e quatro incisos.

A Carta da República de 1988 recepcionou muitos direitos laborais que já se encontravam previstos na CLT, elevando-os à condição de preceito constitucional, mas, também, ampliou muitas dessas vantagens, tais como: salário-mínimo mais amplo, para abranger os gastos com educação e lazer (IV); jornada semanal de 44 horas (XIII); adicional de 50% para as horas extras (XVI); abono de 1/3 sobre as

férias (XVII); licença-paternidade (XIX); aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (XXI); adicional de penosidade (XXIII); proteção em face da automação (XXVII); e prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas (XXIX).

No entanto, como forma de estabelecer o equilíbrio entre o aumento substancial de encargos trabalhistas e a justa retribuição ao capital, a Constituição de 1988 albergou o princípio da flexibilização das normas trabalhistas, sob tutela do direito sindical, mediante negociação coletiva, para as hipóteses de redução do salário (VI), alteração da jornada de trabalho (XIII) e estipulação de jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (XIV).

Com o propósito de demonstrar, do ponto de vista jurídico, que as reformas legislativas necessárias, para que o direito brasileiro recepcionasse a flexibilização de suas leis trabalhistas passam por aspectos muito mais profundos, adotamos o posicionamento doutrinário de que os direitos sociais, que abrangem o direito do trabalho, são direitos fundamentais protegidos pelo Poder Constituinte Originário da ação Poder Reformador, das leis infraconstitucionais e dos pactos coletivos ou individuais.

A flexibilização deve representar uma espécie de atenuação da rigidez protetiva do Direito do Trabalho, em situações extremas, isoladas e com pré-fixação de prazo para ser revista, ou seja, a adoção de condições trabalhistas menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante negociação coletiva, em que a perda de vantagens econômicas só poderá ocorrer se compensada pela instituição de outros benefícios, deve ser setorial e constituir a exceção.

Nestes casos, o bem jurídico tutelado, sobreposto, deve ter maior importância do que a manutenção daquele superado que compõe o patrimônio jurídico do empregado.

Ilustrativamente, destaco que é inconcebível valer-se da rigidez protetiva do Direito do Trabalho para manter a intangibilidade do salário quando o próprio emprego estiver em jogo. É preferível flexibilizar o valor do salário a perder o emprego.

Assim, se de um lado, a Constituição de 1988 foi pródiga em garantir as melhores condições de trabalho para o empregado brasileiro, por outro, sem desconhecer a realidade da competitividade internacional, admitiu a possibilidade da flexibilização de direitos como instrumento de adequação da norma à realidade fática em que se vive, de modo a contemplar uma Justiça Social que, efetivamente, distribuindo a cada um da relação laboral o que lhe pertence.

Neste sentido, mesmo admitindo-se a flexibilização de dois pilares básicos do Direito do Trabalho, que são o salário e a jornada de trabalho, por previsão constitucional, isso não importa dizer que esses e os demais direitos são suscetíveis de desregulamentação de forma desmedida, sob pena dessa desregulamentação retirar do Direito do Trabalho, o princípio protetor e submeter o trabalhador a tratamento desumano e degradável, até porque restou patente neste trabalho que os Direitos Sociais relativos ao trabalho, constituem cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não sendo passíveis de alteração e redução sequer por Emenda Constitucional.

É verdade que não se assegura ao trabalhador somente o direito a um salário justo e uma jornada de trabalho limitada, porquanto tais preceitos constituírem a regra de que, no primeiro caso, prevalece a irredutibilidade salarial e, quanto ao segundo, o interesse protegido é a própria saúde e integridade física do trabalhador que não pode ser submetido a jornadas de trabalho que lhe exponham a risco.

Com isso, não se pode negar (é verdade) que essa proteção outorgada aos direitos fundamentais (sociais relativas ao trabalho) sofre sensível relativização,

apesar de repousar sob o abrigo de serem considerados *cláusulas pétreas*, podendo sofrer restrições desde que se preserve o seu núcleo essencial.

Aliás, ao examinarmos a teoria de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais da Constituição Federal do Brasil, vale destacar a obra da visão abençoada do Legislador Constituinte que se antecipou a essa problemática hodiernamente vivenciada, para garantir que um mínimo de direitos sociais permaneçam inatingíveis, concluindo-se que há aí uma íntima e profunda relação com os princípios basilares do Direito do Trabalho brasileiro.

Por isso mesmo, o Direito do Trabalho brasileiro também admite a flexibilização de alguns institutos, desde que não atentem contra a célula dos mesmos e outros são revestidos de indisponibilidade absoluta (e não disponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva.

No Direito Laboral brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo, se manifesta, fundamentalmente, por três diplomas normativos trabalhistas convergentes e heterônomos, as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo), as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil) e, as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).

Além disso, o que se admite, em nível de flexibilização de preceitos não só constitucionais, mas, em geral, é a aferição caso a caso, sempre sopesando os bens jurídicos tutelados em conflito. Por isso, seria demasiadamente arriscado tolerar flexibilização de todos os direitos fundamentais (sociais) que estão protegidos sob o manto constitucional, mormente se por meio de Emendas Constitucionais ou Leis infraconstitucionais, que teriam caráter genérico, abstrato e, a princípio, irreversíveis, ou mutáveis por processo legislativo lento e tormentoso.

O princípio protetor do Direito do Trabalho, ramificação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (Direitos Fundamentais do Trabalho) dar maior fundamento à resistência de flexibilização da legislação do trabalho nos moldes preconizados interna e externamente, principalmente pelos neoliberalistas, e alguns juristas menos preocupados com o caráter social, porquanto o Direito do Trabalho no Brasil possui caráter protecionista ao empregado, dado a ausência de políticas sociais justas que permitam diminuir esse nível de garantia mínima sem promover a desestabilização social.

Neste sentido, é inegável a função social do Direito do Trabalho em fornecer o equilíbrio e convivência pacífica entre os fatores de produção: empresa, capital e trabalho, e qualquer outra vicissitude política e econômica refletida diretamente no trabalhador, uma vez que, enquanto alguns países procuram implantar os sistemas e instrumentos da modernidade tecnológica; outros, porém, para concorrer no mercado internacional, agravam as condições de trabalho, num retorno ao início do século XIX.

Assim foi o proceder adotado principalmente nos países em vias de desenvolvimento, onde os sindicatos não atuam de maneira livre em defesa de seus

representados, sucumbindo aos ditames governamentais e empresariais, de forma a propiciar a desregulamentação das condições de trabalho.

Neste diapasão, verifica-se que se a flexibilização das leis do trabalho é instrumento para promover a conciliação de interesses antagônicos, porém, necessariamente não pode representar a desregulamentação do Direito do Trabalho.

Contudo, devem ocorrer mudanças que tenham por objetivo atender peculiaridades regionais, empresariais e ou profissionais; implementar novas tecnologias ou métodos de trabalho; e preservar a saúde econômica da empresa e dos empregos, seja em qualquer tipo de cultura, devendo se ater às peculiaridades de cada país e a escola de direito a que se originou, mantendo seus princípios jurídicos básicos.

Por suposto, o objetivo primordial da flexibilização nas relações de trabalho no contexto atual de globalização da economia e de crises na oferta de empregos, pelo menos no que diz respeito ao seu aspecto prático, é o de evitar a extinção de empresas, com evidentes reflexos nas taxas de desemprego e agravamento das condições socioeconômicas.

O temor sobre a flexibilização pregada aos quatro cantos do mundo é transformá-la em atenuação ou até desaparecimento dos níveis mínimos de proteção dos trabalhadores, deixando dependente da faculdade patronal a direção de negociações e aplicações daquilo que foi acordado.

A flexibilização propriamente dita – original -, prevista em nosso sistema legal, permitiria fórmulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, inclusive periódicas, envolvendo instrumento de negociação coletiva.

Com isso, o reflexo na legislação trabalhista traria maior espaço para a complementação do ordenamento jurídico, permitiria a adequação de normas cogentes a situações regionais, empresariais ou profissionais específicas e, por fim, admitiria derrogações de condições ajustadas preteritamente para sofrer ajustes às novas situações determinadas pela modernidade do trabalho.

É de bom alvitre rememorar que enquanto a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, com normas genéricas básicas, prevendo um mínimo suportável de direitos aos trabalhadores, como ocorre, no nosso caso a Carta Fundamental de 1988 e na legislação infraconstitucional, a desregulamentação afasta por completo a proteção do Estado, deixando a cargo da autonomia privada individual ou coletiva, a regulamentação das condições de trabalho e os direitos e obrigações advindas da relação empregatícia.

A flexibilização das normas do Direito do Trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da atenuação (possivelmente momentânea) protetiva dos comandos legais, procurando manter aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador, a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica.

Diante de todo o quadro apresentado, ocorrerá a exclusão do trabalhador da preservação jurídico-social por parte do Estado.

Na verdade, há a necessidade de uma reformulação de políticas sociais para que não ocorra uma desordem social e para que não se aceite como práticas públicas e institucionais, medidas e comportamentos até então tidas como inaceitáveis pelo Direito do Trabalho.

A controvérsia em torno da flexibilização se dá porque para uns, é meio de salvar os empregados dos males do desemprego, para outros, uma forma de destruir as conquistas adquiridas ao longo de séculos de reivindicações sociais pelos trabalhadores.

De tudo o que foi abordado, penso que a flexibilização é possível em observância a patamares mínimos, sempre com uma justificativa plausível do ponto de vista jurídico, social e econômico-financeiro, e desde que não traga realmente prejuízo ao trabalhador em troca de nada.

Não há como aceitar-se poder o empregador simplesmente pretender diminuir ou retirar vantagens (direitos) dos trabalhadores sob o pretexto de encontrar-se em dificuldade financeira, transferindo ao empregado, o ônus da atividade empresarial, e aplicando a flexibilização como a última e desesperada tentativa de sucesso.

REFERÊNCIAS

ALEMÃO, Ivan. **Desemprego e direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Bomtempo Editorial, 1999.

_____. **Adeus ao trabalho?** – ensaio sobre a metamorfose e a centralidade do mundo do trabalho. 4. ed. São Paulo: Cortez/Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 1997.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

B. JÚNIOR, Luiz A. Martins. **Direito do Trabalho: um paradigma atual**. HASSON, Roland (Coord.). **Direito dos Trabalhadores & Direitos Fundamentais**. São Paulo: Juruá, 2003.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras: 1946*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BARROS JR., Cassio Mesquita. **Trabalho e processo**. São Paulo: Saraiva, 1994. (Nº 2: Flexibilização no direito do trabalho).

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BELTRAN, Ari Possidônio. **Direito do trabalho e direitos Fundamentais** – São Paulo: LTr, 2002

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERTALANFFY, L.V. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1973.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Publicada no Diário Oficial da União de nº 191-A, de 05 de outubro de 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almeida, 1998.

CARRIÓ, Genaro R. **Princípios jurídicos y positivismo jurídico**. Argentina: Abeledo-Perrot, 1970.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e seqüela**. São Paulo: LTr, 1997.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1967** – 2ª ed. - Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CESARINO JR., A. F. Princípios fundamentais da consolidação das leis do trabalho. **Revista LTr.**, São Paulo, n. 47, 1983.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Texto resultante de degravação de ponência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional (promoção da Academia Brasileira de Direito Constitucional), realizado em Curitiba, no ano de 2002. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 23 de abril de 2006.

COSTA FILHO, Orlando Teixeira da. Direito alternativo ou flexibilização. **Revista LTr.**, São Paulo, n. 56, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.). **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilização**. São Paulo: Ltr, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FAVOREU, Luis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. **Globalização, Mercosul e crise do Estado-nação**. São Paulo: LTr, 1997.

GALUPPO, Marcelo Gustavo. **Igualdade e diferença**. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago (organizadores). **Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos/Instituto de Direito Constitucional, 1999.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna – uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1992.

IAMAMOTO, Marilda Villela. **Trabalho e indivíduo social**. São Paulo: Cortez, 2001.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

JUCÁ, Francisco Pedro. **Renovação do direito do trabalho**: abordagem alternativa à flexibilização. São Paulo: LTr, 2000.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Rev. e Coord. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano del Trabajo**. Tomo I. 11ª. Edición. México: Editorial Porrúa, 1989.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE. **A essência da Constituição**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

LIMA, Francisco Meton de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1997.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador**: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MALHADAS, Júlio Assunção. A flexibilização das condições de trabalho em face da nova Constituição. In: ROMITA, Arion Sayão (org.). **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

MALISKA, M. A. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MALISKA, M. A. **A Influência da Tópica na Interpretação Constitucional**. Curitiba, 1998. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito – Mestrado, Universidade Federal do Paraná.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madri: Civitas, 1988.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Edição Comemorativa 150 Anos. São Paulo: Edipro, 1998.

MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho – fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: UnB, 1999.

MELO, Sandro Nahmias. **A Garantia do Conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 43, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade** (aspectos jurídicos e políticos). São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Os direitos individuais e suas limitações: Breves reflexões. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

Hermêutica constitucional e direitos fundamentais. 1. ed., 2. tiragem, Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORATO, João Marcos Castilho. **Globalismo e flexibilização trabalhista.** Belo Horizonte: Inédita, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Tendências de flexibilização das normas reguladoras das relações de trabalho no Brasil. **Revista LTr.**, São Paulo, v. 8. n. 59, 1995.

_____. **Novas formas contratuais de relação de trabalho.** Estudos de direito. Homenagem ao prof. Washington Luiz da Trindade. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Curso de direito do trabalho.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1991.

NASSIF, Eliane Noronha. **Fundamentos da flexibilização:** uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2001.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil na constituição federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1984. Vol. 1.

PERGORADO, Olinto Antonio. Fazer Filosofia. In: MIRANDA, Leda (org.). **Pensando o trabalho.** Rio de Janeiro: UAPÊ, 1994. Unidade VI, cap. 8.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo**. São Paulo: LTr, 1998.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. 2ª ed. – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 19, 27/29, 50/51, 53, 162/164.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras: 1937**. 2ª ed. . – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

REALE, Miguel. A globalização da economia e o direito do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, n. 1, v. 61, jan./1997.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

ROMITA, Arion Sayão. **Globalização da economia e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997

SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SANTOS, Milton (Org). **Fim de século e globalização**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1997.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, política e justiça na contemporaneidade**. São Paulo: Edicamp, 2002.

SARLET, Ingo. Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo. Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **O mercado de trabalho humano**. A globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Silvano Gomes da. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

SINGER, Peter. **Um só mundo**: a ética da globalização. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Indisponibilidade e flexibilização de direitos trabalhistas. In:

SÜSSEKIN, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. Vol. 1, cap. XI.

_____. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize.: **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988 – 3ª ed.* – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo Torres (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

VIEIRA. Maria Margareth Garcia. **A globalização e as relações de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2001.

XAVIER SOBRINHO, G. G. F. Modelo italiano. In: CATTANI, A. D. (org.) **Trabalho e tecnologia** – dicionário crítico. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes/Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1997.