



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA- UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS- CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

OS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Maria da Conceição Meirelles Mendes

Fortaleza – CE
Setembro, 2009

MARIA DA CONCEIÇÃO MEIRELLES MENDES

**OS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS E O PRINCÍPIO DA
PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito, sob a orientação de conteúdo da Prof.^a Gina Vidal Marcílio Pompeu.

Fortaleza – CE
Setembro, 2009

M538d Mendes, Maria da Conceição Meirelles.

Os direitos sociais trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social / Maria da Conceição Meirelles Mendes. - 2009.
194 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2009.
“Orientação: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu.”

1. Direito do trabalho. 2. Direitos fundamentais. 3. Neoliberalismo.
4. Capitalismo. I. Título.

CDU 349.2

MARIA DA CONCEIÇÃO MEIRELLES MENDES

**OS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO
RETROCESSO SOCIAL**

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Gina Vidal Marcílio Pompeu
Universidade de Fortaleza

Prof. Dr. Geovani Clark
PUC – Minas Gerais

Prof. Dr. José Julio da Ponte Neto
UNIFOR

Dissertação aprovada em:

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom divino da vida e, aos meus filhos, Fábio, Karla, Bentinho, Raquel e minha neta Maria Sofia, razão do meu viver, por partilharem comigo deste plano divino.

RESUMO

Partindo do entendimento dos direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais, este trabalho analisa o conteúdo ideológico do discurso de desconstrução dos direitos trabalhistas, efetuando um estudo do fenômeno da globalização enquanto movimento de expansão do capitalismo e do neoliberalismo, como reconstrução teórica do liberalismo econômico. Através do estudo do processo de constitucionalização dos direitos sociais, afirma a importância das lutas operárias, por meio de uma análise específica do processo de formação social e constitucionalização dos direitos sociais no Brasil. Realiza uma releitura da concepção dirigente formulada por Canotilho, como necessária à concretização dos direitos sociais em um Estado Democrático de Direito, ressaltando o valor social do trabalho para a concretização da dignidade humana. Trabalha, ainda, o conteúdo jurídico do princípio da proibição do retrocesso social como garantia da proteção dos direitos sociais, efetuando pesquisa jurisprudencial que demonstra a vinculação da Justiça do Trabalho ao princípio da proibição do retrocesso social, tendo por escopo a defesa dos direitos sociais trabalhistas.

Palavras-chave: Princípio da proibição do retrocesso social. Globalização. Capitalismo. Neoliberalismo. Direitos fundamentais. Direitos sociais trabalhistas.

ABSTRACT

From the agreement that labor social rights are basic rights, this study analyzes the ideological content of the speech of labor laws disconstruction, effecting an analysis of the phenomenon of globalization while movement of expansion of capitalism, and neoliberalism while theoretical reconstruction of economic liberalism speech. Through the study of the process of social rights constitutionalization, it affirms the importance of the laboring fights, carrying through a specific study of the process of social formation and constitutionalization of social rights in Brazil. It carries through a new approach of the leading conception formulated by Canotilho, as necessary to the concretion of social rights in a Democratic State of Right, standing out the social value of work for the concretion of human being dignity. It still works the legal content of the prohibition of social retrocession principle as a pledge to the protection of social rights, effecting cases research that demonstrates the entailing of the Labor Justice to the prohibition of social retrocession principle, having as target the defense of labor social rights.

Key words: Principle of the prohibition of the social retrocession. Right globalization. Capitalism. Neoliberalism. Basic labor social rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O CONTEÚDO IDEOLÓGICO DO DISCURSO DE DESCONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS.....	21
1.1 Capitalismo: algumas premissas teóricas.....	25
1.2 Globalização: movimento de expansão do capitalismo e o neoliberalismo enquanto reconstrução teórica do liberalismo econômico.....	33
1.2.1 Neoliberalismo enquanto reorganização teórica do liberalismo econômico .	39
1.3 A “crise” do estado de bem-estar social.....	43
1.4 Discurso neoliberal do fim do trabalho e do emprego.....	46
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS..	57
2.1 A importância das lutas operárias na constitucionalização dos direitos sociais...	58
2.2 Do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social	70
2.3 O processo de constitucionalização dos direitos sociais no Brasil	75
2.3.1 A formação do Estado Nacional, o escravismo e a Constituição de 1824	77
2.3.2 As Constituições brasileiras anteriores à Constituição de 1988.....	90
2.4 Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988	105
3 FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE UMA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE REVISITADA	109
3.1 Uma necessária releitura da concepção de Constituição dirigente.....	114
3.2 Fundamentalidade dos direitos sociais	122
3.2.1 Dignidade humana: valor fundante dos direitos sociais trabalhistas ..	125
3.2.2 A fundamentalidade do valor trabalho.....	133
3.3 Direitos sociais trabalhistas enquanto patamar mínimo da dignidade do trabalhador.....	138

3.4	Os direitos sociais trabalhistas e sua inserção em uma concepção do básico social	141
4	DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.....	146
4.1	Proibição da proibição do retrocesso social: princípio ou regra?.....	149
4.2	O princípio da proibição do retrocesso social e as funções estatais.....	155
4.3	Os direitos sociais trabalhistas e a posição reforçada do princípio da proibição do retrocesso social.....	161
4.4	O princípio da proibição de retrocesso social na jurisprudência trabalhista.....	166
	CONCLUSÃO.....	175
	REFERÊNCIAS.....	184

INTRODUÇÃO

Emile Durkheim¹, ao analisar as causas do suicídio, diferentemente das teorias psicológicas, busca a explicação para o autoextermínio em influências sociais e culturais, introduzindo o conceito de *anomia*, entendido como ausência de normas e leis, que pode ser atualizado para exprimir a sensação de deslocamento do ser humano em relação ao conjunto social, uma sensação de não pertencimento tão vivenciada hodiernamente, que, segundo Mário Sérgio Cortella², remete a *uma sensação de estranhamento que lembra o conceito clássico de alienação*, tão importante na doutrina marxiana.³

Na sociedade brasileira, esta sensação de estranhamento exacerba-se pelo próprio processo histórico de sua formação, marcado pela dominação colonialista, pela exploração das riquezas nacionais e da força de trabalho, esta última fundada na vileza do sistema escravista, que, contemporaneamente, ainda se faz presente de forma velada nos centros urbanos, nas diversas formas de terceirização/precarização do trabalho assalariado e, no meio rural, na submissão

¹ Émile Durkheim, considerado o fundador da sociologia, em sua obra *O Suicídio*, datada de 1897, tentou demonstrar que as causas do suicídio têm fundamento social e não individual, descrevendo três práticas suicidas: o egoísta, praticado por aquele indivíduo que se afasta dos seres humanos; o anômico, praticado pelo indivíduo que acredita que todo o mundo social, com seus valores e regras, desmorona-se em torno de si; e o altruísta, praticado por aquele que abraça uma causa e, assim, demonstra sua lealdade a um ideal. DURKHEIM, Émile. **O suicídio**. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Coleção obra-prima de cada autor - Série Ouro).

² CORTELLA, Mário Sérgio; TAILLE, Yves de La. **Nos labirintos da moral**. Campinas: Papirus, 2005, p. 10.

³ O conceito de alienação é um dos pontos centrais do pensamento marxiano, em sua crítica à dialética hegeliana. Para Marx o movimento reflexivo permite mais a reificação do ser humano, que o seu reconhecimento como tal, sendo este o modo pelo qual a ideologia capitalista reduz o homem a mercadoria, objetivando-o e estrangeirizando-o, tornando-o mera força de trabalho, excluída da condição de sujeito do processo produtivo. A inversão marxista do conceito hegeliano de alienação consiste, em primeiro lugar, em situá-lo no homem concreto e histórico, e não no Espírito, caracterizando-a como uma perda da abstração que realiza, e, por outro lado, reside em considerar que a ideia de alienação só surge a partir da época em que, através do desenvolvimento da indústria e da propriedade privada, o homem se vê na qualidade de ser genérico que, entretanto, é alienado na particularização pela propriedade privada. Para maiores detalhes acerca do conceito de alienação em Hegel e em Marx, cf. HEGEL, Friedrich. **A fenomenologia do espírito**. Tradução Henrique Cláudio de Lima Vaz. São Paulo: Abril, 1974, e MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

dos trabalhadores ao labor em condições desumanas, indignas, sem o reconhecimento de quaisquer direitos sociais.

As grandes desigualdades sociais, a insuficiente participação popular na vida política do Estado, resumida na maioria das vezes ao exercício do direito do voto, periodicamente lembrado quando às vésperas das eleições, além da originária miscigenação racial e cultural existente em um país de dimensões continentais, formam um panorama propício para o agravamento da sensação de estranhamento da maioria da população, que pode ser traduzido como uma releitura daquilo que Darcy Ribeiro magistralmente definiu como traço característico do povo brasileiro, o sentimento de *ninguendade*⁴, entendida aqui no sentido oposto ao de identidade nacional.

Corroborando esta sensação de estranhamento, a trajetória política brasileira desenvolveu-se, precipuamente, na casa grande, gabinetes, quartéis, saraus literários, distante, portanto, da participação do povo, na medida em que os processos de independência, abolição da escravatura, proclamação da república e constitucionalização, até o período anterior à Constituição de 1988, sempre foram movimentos divorciados das bases populares, organizados e conduzidos por uma elite dominante, pelo que, mesmo nos textos constitucionais, os anseios, interesses e necessidades de uma ampla maioria da sociedade não foram contemplados.

Na verdade, somente no processo de elaboração da Constituição de 1988⁵, em razão de conjunturas políticas excepcionais, a saber, o esgotamento da ditadura militar e o conseqüente *gradual* processo de reabertura democrática, controlado e

⁴ O autor trabalha com o neologismo *ninguendade* para expressar o sentimento de estranhamento característico da formação do povo brasileiro, a partir de um amálgama de etnias deslocadas da sua ambiência espacial e cultural originária, que no seu processo de formação da identidade coletiva sofreu pelo menos dois processos de efetivo sentimento de não-pertencimento, conforme pode ser observado da seguinte passagem: "Temos aqui duas instâncias. A de ser formado dentro de uma etnia, sempre irreduzível por sua própria natureza, que amarra o destino do exilado, do desterrado, forçado a sobreviver no que sabia ser uma comunidade de estranhos, estrangeiro ele a ela, sozinho ele mesmo. A outra, do ser igualmente desgarrado, como cria da terra, que não cabia, porém, nas entidades étnicas aqui construídas, repellido por elas como um estranho, vivendo à procura de sua identidade. O que se abre para ele é o espaço da ambigüidade. Sabendo-se outro, tem dentro de sua consciência de se fazer de novo, acercando-se dos seus similares outros, compor com eles um nós coletivo viável." RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 131-132.

⁵ A respeito da participação popular na Assembléia Constituinte de 1987-1988, cf. GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006, em especial o capítulo terceiro que traça a trajetória dos movimentos populares na década de 70 do século XX e a influência destes no processo constituinte.

contido, de certa forma, pelos militares e seus aliados, pode-se falar em uma expressão da consciência popular, em uma participação do povo na feitura da sua carta política. Não se pode esquecer, também, a conjuntura econômica propícia a reivindicações sociais, em razão do evidente fracasso do projeto desenvolvimentista do governo de exceção, gerador de sentimentos de frustração pelo não cumprimento da promessa messiânica do tão propalado “milagre brasileiro.”⁶

Como resultado das reivindicações de diferenciados setores da sociedade brasileira, com interesses e anseios até mesmo contraditórios entre si, mas que, em comum, partilhavam o receio de retorno do período de ditadura militar em que direitos e garantias básicas do cidadão eram desrespeitados, a Constituição Federal de 1988 plasmou-se na definição e prospecção de criação no Brasil de um Estado Democrático de Direito, elencando de forma detalhada não apenas direitos e garantias individuais, enquanto direitos fundamentais, como tipicamente o faziam as constituições liberais, mas incluindo neste bloco de fundamentalidade os direitos sociais, dentre os quais os direitos sociais trabalhistas.

As Constituições anteriores de 1934, 1967/69, também contemplavam direitos sociais trabalhistas, no entanto, tais direitos não foram fruto de debates e reivindicações como foi o atual texto constitucional, além de não serem produto de técnica legislativa mais apurada.

O constituinte de 1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, introduziu um capítulo específico acerca dos direitos sociais, juridicizando, através do artigo 6º, o trabalho como um direito social de todos os indivíduos, reiterando, assim, o reconhecimento já proclamado em Declarações de Direitos Humanos

⁶ O período de 1968/73, coincidente com o período da ditadura militar, os chamados “anos de chumbo”, ficou conhecido, também como o período do milagre econômico brasileiro, em função das extraordinárias taxas de crescimento do PIB verificadas (11,1% a.a.), correspondendo o rápido crescimento a uma inflação declinante, relativamente baixa para os padrões brasileiros. Paradoxalmente, nesse dito período áureo de desenvolvimento, houve aumento da concentração de renda e da pobreza no país, ao mesmo tempo em que se instaurou no imaginário popular, através de uma massiva propaganda dos governos militares, um pensamento ufanista de “Brasil potência”, Para maiores estudos, cf. FURTADO, Celso. **O Brasil pós-milagre**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981; SINGER, Paul. **O milagre brasileiro - Causas e conseqüências**. **Caderno Cebrap**, São Paulo, n. 6, 1972 e GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Cia. da Letras, 2002.

aprovadas pelo Brasil, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁷ e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.⁸

Indo mais além, o constituinte preferiu listar quase à exaustão o rol dos direitos fundamentais do trabalhador, como pode ser depreendido da leitura dos artigos 7º a 11 da Constituição de 1988, em clara sinalização de que o Estado constitucional inaugurado estaria balizado não apenas pela limitação do poder estatal em respeito aos direitos individuais, mas, também, pela garantia de direitos mínimos ao cidadão, enquanto pessoa no exercício de uma atividade produtiva, que está inserida numa opção político-econômica estatal.

Ressalte-se, ainda, que o constitucionalismo social sinalizado na Constituição de 1988 não exige do Estado apenas a sua atuação de garante do valor social do trabalho, por intermédio do respeito aos direitos do cidadão trabalhador, mas, principalmente, objetiva destacar a necessidade de atuação estatal na promoção dos direitos sociais, em especial os direitos sociais trabalhistas, de forma a possibilitar a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Por esta razão, o artigo 1º, inciso IV, da CF/88, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos o valor social do trabalho, como fator de dignificação do ser humano, colocado de forma magistral ao lado de outro fundamento, que é o da livre iniciativa de atuação na esfera produtiva, demonstra a necessidade constante de enfrentamento da tensão dialética envolvida em polos distintos de um sistema econômico capitalista, como o nacional.

Por outro lado, a Assembleia Constituinte, ao dispor no artigo 3º, inciso I, da CF/88, como um dos objetivos fundamentais do Estado a construção de uma

⁷ “Artigo XXII. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização pelo esforço nacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.”(Grifo nosso). “Art. XXII. 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.” DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. (1948). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009.

⁸ “Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o direito de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.” DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. (1948). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oadcl.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009.

sociedade livre, justa e solidária, optou pela atuação do poder diretivo estatal baseado na ideia de solidariedade social, mormente pela própria colocação deste inciso em primeiro lugar, encimando até mesmo a função de promoção do desenvolvimento nacional, pelo que, em termos hermenêuticos, a única leitura possível advinda do texto constitucional centra-se no pressuposto de que o desenvolvimento nacional somente pode ser alcançado se, e somente se, implicar na conformação de uma sociedade mais justa, mais humana, mais solidária, o que também constitui um foco de tensão permanente ante a opção político-constitucional de permanência da infraestrutura econômica capitalista.

A partir destas primeiras reflexões, poder-se-ia dizer que a constitucionalização das relações sociais de trabalho deveria, ao menos em tese, implicar no estabelecimento de balizas ao exercício do poder político-econômico, de forma a garantir os direitos sociais trabalhistas na sua integralidade, procurando, inclusive, alargar e ampliar estes por meio de políticas públicas destinadas ao desenvolvimento das atuais condições de inserção e manutenção do cidadão no mundo do trabalho.

No entanto, apesar dos vinte anos da Constituição de 1988, depara-se com uma realidade em descompasso com a normatividade constitucional. Um exemplo exponencial desta falta de sincronia entre o comando constitucional e a facticidade do mundo do trabalho pode ser atestada pela omissão do Poder Legislativo em editar lei complementar que regre a proteção contra a dispensa arbitrária, prevista no inciso I, do artigo 7º, do elenco dos direitos sociais trabalhistas.

No extremo oposto, como contraponto à inércia legislativa, tem-se como emblemática exemplificação da tentativa de desconstrução dos direitos sociais trabalhistas, a edição pelo Poder Executivo da Medida Provisória nº 410, convertida na Lei nº 11.718, em 20.06.2008, que além de prorrogar o prazo de contratação de financiamentos rurais previstos no parágrafo 6º da Lei nº 11.524, atendendo, portanto, aos reclamos e interesses dos produtores rurais, acrescentou artigo à Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, que regula o trabalho rural, criando um novo tipo de contrato de trabalho rural, o trabalho por pequeno (ou seria ínfimo?) prazo.

A nova espécie contratual se caracteriza por legalizar prática comum dentre os empregadores rurais, qual seja, a omissão no registro regular de seus empregados, contribuindo para a onda crescente de precarização dos direitos sociais ao legalizar a desnecessidade de anotação do contrato de trabalho por pequeno prazo na CTPS, ou em Livro ou em Ficha de Registro de Empregados, somente exigindo que tal pactuação seja efetuada por escrito para fins de comprovação junto ao órgão fiscalizador.

Necessário ressaltar-se que, via de regra, os trabalhadores rurais são analfabetos ou funcionalmente analfabetos, pelo que a exigência da contratação por escrito somente se mostra protetiva do empregador, enquanto o trabalhador se vê despojado de um documento oficial que lhe assegure a inserção no mercado de trabalho, como uma espécie de passaporte para a cidadania (dir-se-ia até uma *carta de alforria da contemporaneidade*).

Ademais, essa legislação foi “outorgada” num momento crucial do Estado brasileiro, quando em todo o país são encetadas ações de combate ao trabalho escravo, por intermédio do Grupo de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho e do Emprego, o que implicou no esvaziamento das discussões concernentes ao programa governamental de erradicação do trabalho em condições análogas à de escravo.

De forma contraditória ou extremamente coerente com a política econômica neoliberal adotada, o Executivo editou, de forma unilateral, que depois foi chancelada pelo parlamento, regra que vai de encontro às discussões no âmbito do Legislativo e na sociedade civil, situação que visivelmente reforça a já combalida e frágil posição do trabalhador rural no Brasil, pois se normalmente as relações de trabalho no campo são marcadas pelo desrespeito aos direitos sociais dos trabalhadores, retirar direitos trabalhistas já normatizados, configura-se como opção política de forte carga simbólica que minimiza no imaginário popular, cada vez mais, a importância do respeito aos direitos sociais.

Causaria espécie a sanha legislativa do Poder Executivo se em sua trajetória esta fosse uma atitude original e isolada de acatamento à política de progressiva fragilização dos direitos sociais, mas, na realidade, esta não é a tônica da atuação

governamental. As tentativas de desmonte da grade de proteção social dos trabalhadores constitucionalmente estabelecidas se perfazem contínua e persistentemente, consubstanciadas nas inúmeras modificações à legislação trabalhista promovidas nas últimas décadas, sob o influxo do discurso neoliberal de desconstrução dos direitos dos trabalhadores.

Observe-se que as constantes alterações normativas implementadas no último quartel do século XX, sob o argumento da necessidade de adaptação das regras do trabalho ao novo mundo do mercado globalizado, não trouxeram significativas melhorias nas condições sociais do trabalhador; ao revés, aprofundaram o processo de desvalorização do emprego e do trabalho, coisificando ainda mais o homem, ferindo-o em sua dignidade.

O processo, em curso, de precarização e fragilização acentuada dos direitos sociais trabalhistas, já atingiu pelo menos três dos pontos centrais da rede de proteção social do trabalhador: **o contrato de trabalho, a jornada laboral e a própria questão salarial.**

No tocante ao contrato de trabalho, nos últimos anos proliferaram autorizações legais à quebra da primazia do contrato de trabalho por prazo indeterminado, criando-se figuras, tais como o contrato temporário e o contrato de trabalho parcial.

Da mesma forma, a duração da jornada de trabalho, antes fixa, com patamares mínimos estabelecidos, fruto de uma conquista histórica dos trabalhadores na luta pela redução do tempo de duração da sua prestação de serviços, teve sua flexibilização com a instituição do tão propalado (e pouco utilizado) banco de horas⁹, que se transformou, na prática, em autorização legislativa à instituição do trabalho em regime de sobrejornada sem o pagamento de horas extras.

Por fim, a remuneração do trabalhador que passava, necessariamente, por uma política salarial mais rígida ou por negociação intermediada pelos sindicatos, teve sua flexibilização permitida pela introdução do mecanismo remuneratório da participação nos resultados, que, na prática, constituiu-se em instrumento de

⁹ Pertinentes as críticas feitas à legislação que instituiu o banco de horas e o contrato a tempo parcial, por DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

vinculação dos salários ao mercado produtivo, prestando-se mais ao atendimento de interesses empresariais que dos próprios trabalhadores.

Tantas alterações das normas que regulam o direito social do trabalho, em pouco tempo de existência da legislação trabalhista infraconstitucional (cerca de setenta anos), devem ser analisadas de forma cautelosa, mormente em face da Constituição de 1988, que elevou os direitos sociais trabalhistas ao *status* de direitos fundamentais.

Corroborando este cenário de paulatina e progressiva precarização dos direitos sociais trabalhistas, verificou-se que um dos discursos mais recorrentes da atualidade continua gravitando em torno da necessidade imperiosa de reforma da legislação trabalhista, pelo que temas como a flexibilização das normas que disciplinam as relações de trabalho estão na pauta política, tendo, inclusive, o atual governo, originário do partido dos trabalhadores, assumido em campanha eleitoral o compromisso de efetuar reformas com o objetivo de “modernizar” as relações de trabalho no Brasil.

Dentre algumas das justificativas à tendência reformista, destacam-se alegações que apontam desde o elevado nível de desemprego até a introdução de novas tecnologias, como determinantes da forma de juridicização e organização do mundo do trabalho, apontando, assim, a necessidade de “*ajuste das estruturas do Direito do Trabalho à crise econômica, em prol de obter-se a adaptabilidade do emprego às necessidades do mercado.*”¹⁰

É inegável que o mundo do trabalho se encontra atualmente em processo de mutação, restando ultrapassada a fase do capitalismo industrial baseada na produção de bens, havendo uma acentuada concentração dos postos de trabalho no setor de serviços, como acentua o economista Márcio Pochmann.¹¹

¹⁰ BIER, Cerilei. Direito do trabalho e flexibilização do mercado: a garantia do emprego. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 17.

¹¹ Márcio Pochmann afirma que estamos saindo de uma fase do capitalismo industrial, mas não necessariamente ingressando em um capitalismo cognitivo de cunho informacional. Para o autor do “ponto de vista da evolução da ocupação, há uma concentração dos postos de trabalho no chamado setor terciário, reconhecendo que, da forma tradicional, o trabalho pode ser dividido nas atividades vinculadas à agropecuária, à indústria e aos serviços e comércio. Na passagem da sociedade agrária para a sociedade urbana e industrial reduziu-se drasticamente a presença do

Com fundamento nas modificações que se operam no modo de produção capitalista, o discurso político-econômico se renova com roupagem neoliberal, postulando o que, nas palavras de Eros Roberto Grau¹², seria *o rompimento da concepção de Estado do bem-estar social*, através de um discurso da modernidade (ou seria da pós-modernidade?) que reitera a concepção de *mercado livre* da intervenção do Estado na economia.

Na pauta do discurso neoliberal, constrói-se a crise do Direito do Trabalho, visto como um óbice ao desenvolvimento econômico, por seu perfil considerado excessivamente protecionista do trabalhador, impeditivo, portanto, da livre regulação que o mercado tenderia a operar em condições normais de funcionamento.

Desta forma, as ideias de flexibilização das normas trabalhistas, de impossibilidade de manutenção dos direitos sociais garantidos constitucionalmente, ganham fôlego nos discursos pós-modernos dos mais diversos matizes, criando a ambiência propícia a uma desregulamentação das relações de trabalho, num misto de flexibilização real e formal originada da própria fragilização do papel regulador do Estado.

Tendo como pano de fundo desse contexto de propagação crescente da ideia de necessidade de flexibilização/desregulamentação de direitos sociais trabalhistas, em posição antagônica ao previsto no texto constitucional que coloca o valor social do trabalho como fundamental para a construção de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso IV, da CF/88), além de inseri-los no rol dos direitos fundamentais do cidadão, faz-se necessário o questionamento acerca do real caráter deste discurso desconstrutivo dos direitos sociais dos trabalhadores que,

trabalho agrícola e fortaleceu-se o trabalho urbano, especialmente o industrial. Agora, estamos caminhando para uma extensão dos postos de trabalho vinculados ao setor de serviços, o setor terciário, que já responde por oito em cada dez ocupações. As atividades do setor terciário não são tão somente cognitivas. Há muitas atividades em que preponderam ocupações muito simples. Independente de o trabalhador ter mais escolaridade, a produtividade é baixa e, na maior parte das vezes, a remuneração é muito contida. No meu modo de ver, há uma transição do capitalismo, mas não necessariamente é um capitalismo de base cognitiva." POCHMANN, Márcio. Entrevista. **Revista do Instituto Humanistas**, Unisinos, n. 216, 23 abr. 2007.

¹² Eros Roberto Grau trabalha com a ideia de que "o discurso neoliberal, contudo, não se o pode referir como um discurso, senão como um conjunto de discursos distintos e diversos entre si, pois dele há várias versões, algumas que poderíamos qualificar de prudentes, outras nitidamente imprudentes, qual a que visualiza no Estado de Direito social e democrático, o inimigo número um do processo de acumulação capitalista e reduz a humanidade àqueles que sejam ativos nos mercados." GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.128.

ancorado no tema da globalização econômica, defende a necessidade de desregulamentação das relações trabalhistas, promovendo na verdade o desmonte progressivo do mundo do trabalho e do emprego no sistema capitalista.

Se direitos trabalhistas são direitos sociais dotados de fundamentalidade, constitucionalmente garantidos, inclusive informados pelo princípio da proibição do retrocesso social, como corolário do princípio da segurança jurídica, questiona-se o discurso que desconsidera a força da própria Constituição ao não trabalhar a ideia de necessidade de garantia dos patamares sociais mínimos já conquistados e consagrados na ordem jurídica.

Este discurso, necessariamente, coloca em cheque a capacidade da Constituição de servir como paradigma dirigente da atuação dos Poderes do Estado em suas tomadas de decisões de cunho político-econômico, pelo que se torna premente uma reflexão acerca do poder normativo da Constituição, de forma a garantir que direitos fundamentais, como os direitos sociais trabalhistas, sejam respeitados, além de focar o estudo no princípio implícito da vedação do retrocesso social, de sedimentação calcada na história das lutas operárias, a qual impede que conquistas em matéria de direitos sociais possam ser aniquiladas, consideradas como letra morta.

Com este escopo, procura-se tratar do conteúdo ideológico do discurso neoliberal de desconstrução dos direitos sociais trabalhistas, com o propósito de desvelar e desmistificar o caráter de inexorabilidade da prevalência dos interesses do mercado sobre os direitos fundamentais, para posteriormente se analisar o papel dos direitos fundamentais frente à teoria da Constituição, adotando o entendimento de que direitos sociais trabalhistas são direitos fundamentais, que devem prevalecer sobre interesses exclusivamente econômicos, ressaltando o fato de as conquistas sociais não poderem sofrer restrições em seu âmbito de efetividade, ante o caráter progressista das conquistas jurídicas no campo dos Direitos Humanos, sob pena de se ver irromper, em pleno alvorecer do século XXI, um retorno ao estado de

*barbárie*¹³, desagregando-se imagens de civilidade progressivamente construídas pelo gênero humano.

Enfatiza-se, também, que o presente trabalho tem como objeto de estudo os direitos fundamentais sociais que disciplinam as relações de trabalho, inscritos na Constituição Federal de 1988, enquanto documento jurídico-político de fundação de um Estado Democrático de Direito, que objetiva disciplinar as relações conflituosas e contraditórias resultantes da relação capital e trabalho, não abrangendo, portanto, os direitos fundamentais trabalhistas que regulam as relações coletivas de trabalho, sendo necessário tal recorte em razão da amplitude do estudo que envolveria a análise dos direitos de associação e sindicalização garantidos aos trabalhadores.

Firmado o pressuposto teórico de que a Constituição Federal de 1988 optou pela instituição de um Estado Democrático de Direito, em um país periférico do sistema capitalista globalizado, caracterizado pelo desenvolvimento tardio e pela baixa densidade do sentimento de pertencimento social, com a constitucionalização (necessária, diga-se de passagem) dos direitos fundamentais sociais trabalhistas, pretende-se, de forma específica, analisar os reflexos do neoliberalismo e da globalização na precarização dos direitos sociais do homem trabalhador, efetuando uma releitura da Constituição Dirigente de 1988¹⁴, que impõe ao Estado tarefas e funções na proteção dos direitos sociais, como essencial para a efetividade dos direitos fundamentais necessárias à garantia de um patamar básico de dignidade do trabalhador.

Pretende-se, ainda, identificar o rol dos direitos fundamentais trabalhistas listados no art. 7º da Constituição de 1988, como um bloco de fundamentalidade

¹³ Agostinho Ramalho Marques Neto sustenta que nos dias atuais estamos assistindo ao “recrudescimento de um novo surto de barbárie no seio das mais civilizadas sociedades: terrorismo, explosões, seqüestros, decapitações, restrições a direitos individuais e coletivos em nome da “segurança”, como consequência do próprio modelo social e econômico fundado basicamente nas necessidades do mercado, que deixa os seres humanos como meros objetos desprovido de valor que não o que lhe é garantido pela sua inclusão no sistema produtivo. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre a (im)possibilidade de uma ética neoliberal. In: LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

¹⁴ Neste sentido conferir as reflexões acerca do novo perfil da constituição dirigente. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006, p 242-246.

social-trabalhista que não pode ser objeto de transação sem compensação equivalente, irradiando os efeitos de tal característica à legislação infraconstitucional por intermédio do princípio da proibição do retrocesso em matéria social.

Por fim, faz-se um estudo acerca da atuação do Judiciário Trabalhista na afirmação do núcleo essencial dos direitos fundamentais trabalhistas, por meio da pesquisa de jurisprudência que se alinhe com o princípio da proibição do retrocesso social.

Para a consecução dos objetivos propostos, abordar-se na primeira parte do trabalho o conteúdo ideológico do discurso de desconstrução dos direitos sociais trabalhistas, veiculado pelo ideário político-econômico neoliberal, no bojo do processo de globalização.

Na segunda parte, desenvolve-se o estudo da trajetória de afirmação dos direitos sociais, a partir de uma perspectiva histórica, e o processo de positivação dos direitos sociais trabalhistas nos textos constitucionais nacionais, com especial ênfase no processo de constitucionalização operado em 1987-1988.

Em um terceiro momento analisa-se a temática da Constituição dirigente, como uma concepção teórica essencial para a garantia de efetividade dos direitos sociais trabalhistas, buscando traçar dentre o elenco de direitos constantes da Constituição, aqueles que constituem o básico existencial para a manutenção da dignidade do trabalhador, além de enfatizar que a concretização dos direitos sociais trabalhistas configura-se como imprescindível à conformação de um Estado Democrático de Direito.

Em seguida, aborda-se a questão relativa ao princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, ressaltando suas implicações nas funções estatais, bem como a posição reforçada e expressa do princípio da proibição do retrocesso em relação aos direitos sociais trabalhistas.

Por fim, efetua-se uma análise do papel da jurisprudência na afirmação do princípio da proibição do retrocesso social, procurando enfatizar a atualidade da posição jurisprudencial no âmbito da jurisdição trabalhista.

1 O CONTEÚDO IDEOLÓGICO DO DISCURSO DE DESCONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

*"Tudo o que é sólido desmancha no ar."*¹

Nunca a expressão cunhada por Karl Marx e Friedrich Engels no Manifesto do Partido Comunista, datado de 1848, revestiu-se de tamanha atualidade quando se fala em termos de contemporaneidade, pois subjacente à ideia de pós-modernidade, em geral, subsistem inúmeros conceitos fragmentários, fluídicos, imprecisos, que propagam um sentimento de incerteza, dubiedade, complexidade, caos, impotência, fragilidade, caracterizador da vida do homem desta era "pós" (pós-guerras, pós-socialismos radicais, pós-capitalismo industrial, pós-liberalismo, dentre outras tantas substantivações criadas e recriadas com o intuito de dar conta da complexidade do existir/coexistir).

Paira no ar uma volatilidade sutil, que de tão espaiada e decantada se densifica em imagens, originalmente desprovidas de substância, mas que progressivamente, de forma contraditória (ou quiçá proposital), são subjetivadas, como formas autônomas destacadas da atividade humana, impregnando por completo não somente o imaginário popular, como também o meio acadêmico-científico, entronizando-se como sujeitos da história pós-moderna. Assim, constróem-se entidades como o mercado, a mídia, por exemplo, que se colocam como desenraizadas, destacadas de qualquer traço de humanidade, ou seja, da sua própria condição de produto da atividade humana em seu permanente trabalho de construção social.

¹ No original a expressão não corresponde à literalidade dos termos utilizados no texto marxiano, conforme pode ser observado da seguinte transcrição: "Tudo que é sólido se volatiliza, tudo que é sagrado é profanado, e os homens são finalmente obrigados a encarar com sobriedade e sem ilusões sua posição na vida, suas relações recíprocas." MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 48.

Cabe ressaltar que o conceito de pós-modernidade permanece bastante impreciso, podendo até mesmo ser comparado a um recipiente passível de preenchimento por ideias que tenham como característica comum a negação aos pontos centrais do paradigma da Modernidade, que, de forma sucinta, podem ser apontados como o individualismo e a racionalidade, com clara proposta universalista, herdada das ideias iluministas, pelo que *ser pós-moderno* implicaria, necessariamente, contrapor-se aos ideais modernistas. A modernidade, segundo o entendimento de Gianni Vattimo, caracteriza-se, de fato,

[...] por ser dominada pela idéia da **história do pensamento como uma 'iluminação' progressiva**, que se desenvolve com base na apropriação e na reapropriação cada vez mais plena dos 'fundamentos', que freqüentemente são pensados também como as 'origens', de modo que as revoluções teóricas e práticas da história ocidental se apresentam e se legitimam na maioria das vezes como 'recuperações', renascimentos, retornos.² (Grifo nosso).

As noções de progresso, historicidade e superação contínua veiculadas pelo ideário modernista, nos tempos atuais de crise estrutural do sistema econômico, político e social, configuram-se como promessas não cumpridas de desenvolvimento (e iluminação), pelo que o pensamento pós-moderno surge impregnado de um generalizado sentimento de desencanto, de mal-estar, de descrença nas ideias até então veiculadas pelo paradigma da Modernidade.

Max Weber³, já no início do século passado, trabalhava a ideia de que o processo de racionalização intelectualista ínsita ao progresso científico levaria a um sentimento de desencanto do mundo. Entretanto, foi o filósofo francês Jean François Lyotard um dos responsáveis pela expansão do conceito de pós-modernidade, através da publicação, em 1979, do livro *La Condition postmoderne*.

Para Lyotard⁴, a pós-modernidade caracteriza-se pela descrença nos metarrelatos e suas pretensões atemporais e universalizantes, já que o desencanto

² VITTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 97.

³ WEBER, Max. **Ciência e política. Duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 38-39.

⁴ Para um maior aprofundamento da temática pós-moderna, LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Tradução de Ricardo Correia Barbosa. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993. O enfrentamento da questão do esgotamento do paradigma da Modernidade também é trabalhado por Habermas como um "projeto inacabado", sugerindo que "deveríamos aprender com os desacertos que acompanham o projeto". HABERMAS, Jürgen. *Modernidade – um projeto inacabado*. In: ARANTES, O.; ARANTES, P. **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas**. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 1183.

com os sonhos acalentados na Modernidade levava à crise de conceitos fundamentais do pensamento moderno, tais como *Verdade, Razão, Legitimidade, Universalidade, Sujeito, Progresso*. A pós-modernidade passa, então, a trabalhar com conceitos diferenciados e diametralmente opostos, centrando-se na complexidade, fragmentariedade, diversidade, negação da história como fórmula a ser retomada, pois se, por um lado, a ciência e a técnica avançaram, a contrapartida esperada, consistente na prosperidade social, não se tornou realidade.

Pertinentes, neste contexto, as observações de Marshall Berman⁵, acerca da própria *mística do pós-modernismo*, que de certa forma varre para baixo do tapete, para o esquecimento, para a ignorância, a poeira das estruturas historicamente construídas,

como se todos os sentimentos humanos, toda a expressividade, atividade, sexualidade e senso de comunidade acabassem de ser inventadas- pelos pós-modernistas- e fossem desconhecidos, ou mesmo inconcebíveis, até a semana passada.

A premissa básica passa a ser, portanto, a necessidade que se tem de tentar desmistificar, desvelar discursos atuais que sinalizam a impotência do homem, enquanto construtor da sua história, bem como as tendências teóricas que insistem em ocultar a humanidade das transformações sociais, econômicas e políticas, reduzindo o homem a uma *unidimensionalidade*⁶, ou seja, a uma situação de dominação e inutilidade, de forma a se poder vislumbrar as forças contraditórias em que está inserido, e os espaços de luta e transformação que são abertos e necessitam ser reconhecidos e preenchidos.

⁵ BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 32.

⁶ Neste aspecto, importante a leitura da obra de MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial**: o homem unidimensional. Tradução de Giasone Rebuá. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, onde o autor efetua crítica ao pensamento marxiano, em razão da sua insuficiência em apreender o elemento *subjetivo*, o fator *subjetivo* da consciência de classe trabalhadora, considerando que esta dimensão foi negligenciada por Marx. Para Marcuse seria necessário analisar como as instituições sociais se reproduzem elas mesmas nos indivíduos, e como os indivíduos, em virtude desta reprodução da sociedade, agem nela. Observemos que ao criticar o pensamento marxiano, Marcuse não o recusa, mas propõe o desenvolvimento das análises efetuadas por Marx, de forma a evitar que suas premissas teóricas se transformem em dogmas, mormente pelo fato de as teses prospectivas da doutrina, tais como a previsão do colapso automático do capitalismo e da passagem para o socialismo, bem como a ideia do proletariado como agente histórico da revolução, foram colocadas em xeque no desenrolar das transformações históricas operadas no século XX.

Neste contexto, tem-se a veiculação diuturna de certos temas que são expostos na mídia de forma acrítica, abordando uma tão anunciada, e por isso mesmo, praticamente inconteste, “crise do mundo do trabalho”, “fim do trabalho” ou “fim do mundo do trabalho.”

De forma quase apocalíptica, desencantada, passiva, desencadeia-se, continuamente, um processo de propagação da ideia de inevitabilidade do fenômeno da globalização, trazendo em seu bojo o conseqüente desmonte do mundo do trabalho, nas bases teóricas até então estabelecidas.

Segundo Giuseppe Cocco, *mais uma vez a tragédia confunde-se com a farsa*, pois ao mesmo tempo em que se atribuem à globalização, enquanto fenômeno genérico e difuso, carregado de imprecisão e fluidez conceitual, a responsabilidade pela crise, ao mesmo tempo, entregam *definitivamente às mãos da “globalização”, como preciso conjunto de instituições transnacionais, a definição das políticas para se sair da crise*⁷, pois se ao homem não cabe papel algum no processo em curso de globalização, somente ao “responsável” (movimento globalizante) seriam dadas as possibilidades de contorno e saída de crises eventualmente emergentes.

De forma insidiosa e ideológica vai sendo sedimentada no imaginário popular uma dissociação completa entre capital e trabalho, como se possível a existência autônoma do capital sem o seu complemento necessário, sem o seu contraponto dialético consubstanciado na produção da mais valia, por intermédio da utilização da força de trabalho humana, na atual fase de globalização ou *mundialização* do capital. Forja-se, assim, um discurso que nega a centralidade do trabalho, discurso este construído e orquestrado pelos próprios teóricos do capitalismo, de forma a afastar o típico antagonismo capital-trabalho, inerente a toda e qualquer forma de estrutura econômica fundada na prevalência do capital.

O problema mais grave é que se ouve tanto falar em globalização, que em geral não se reflete acerca do seu verdadeiro significado, mormente pelo seu uso polissêmico que não comporta aplicação e interpretação precisa, tanto podendo indicar um fenômeno econômico-financeiro, quanto cultural, político, social, mas, por esta mesma razão, nunca se apresentando como um termo neutro.

⁷ COCCO, Giuseppe. **Trabalho e cidadania**: produção e direitos na era da globalização. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 21.

Necessário, portanto, que se analise o fenômeno da globalização, principalmente enquanto movimento de expansão do capitalismo na sua fase atual, bem como o ideário neoliberal como forma de reorganização teórica do liberalismo econômico, sendo que nesta jornada deve-se enfrentar, inicialmente, questões teóricas que permitam compreender o processo histórico de afirmação do capitalismo enquanto sistema de organização da base material da sociedade, que produz para sua legitimação uma particular visão de mundo, ou seja, uma específica produção imaterial.

1.1 Capitalismo: algumas premissas teóricas⁸

Nas primeiras épocas, encontramos por toda parte uma completa estruturação da sociedade em diversas ordens, uma múltipla gradação das posições sociais. Na Roma antiga temos patrícios guerreiros, plebeus, escravos; na Idade Média, senhores feudais, vassallos, mestres, companheiros, aprendizes, servos; e, em quase todas essas classes, outras gradações particulares.

A moderna sociedade burguesa, surgida das ruínas da sociedade feudal, não eliminou os antagonismos entre as classes. Apenas estabeleceu novas classes,⁹ novas condições de opressão, novas formas de luta em lugar das antigas.⁹

Novamente lança-se mão do pensamento marxiano¹⁰, a fim de fixar um eixo teórico que permeará as análises que serão desenvolvidas no curso deste trabalho, qual seja, o entendimento do todo social como um complexo de relações interpessoais e intergrupais que não se configura, em momento algum da história da humanidade, como um todo harmônico, mas que se caracteriza, basicamente pela *conflituosidade, contraditoriedade, dinamicidade, interatividade e historicidade* das relações materiais que os homens desenvolvem com a finalidade precípua de manutenção da sobrevivência social.

⁸ A utilização do pensamento de Karl Marx prende-se, precipuamente, às qualidades analíticas do seu estudo da história das sociedades, rompendo com o idealismo vigente na filosofia hegeliana e, centrando a sociabilidade humana nas condições objetivas que delimitam e possibilitam o desenvolvimento dos indivíduos. Para Marx, os homens fazem sua própria história, mas não segundo seus próprios desejos, e sim de acordo com as condições que herdaram do passado, o que evidencia que fatos tidos como singulares ou caóticos, são apenas a aparência de relações muito mais profundas, que somente podem ser apreendidas a partir de um estudo que respeite a natureza específica do objeto estudado.

⁹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, op. cit., 2007, p. 46.

¹⁰ Utilizamos o termo *marxiano* para fazer referência ao pensamento do próprio Marx, distinguindo da expressão *marxismo* referente às diferentes apropriações e interpretações conferidas, posteriormente, às teses elaboradas por Marx.

O entendimento da sociedade como organizada, desde os primórdios da civilização, em estruturas estratificadas dotadas de sistemas próprios e típicos de divisão social do trabalho, correspondentes à forma de organização da produção em cada período histórico específico, faz-se necessário para que não se volva o olhar ao passado com os olhos turvados por uma visão acrítica, idílica, desconectada de um mínimo de racionalidade que impossibilite alcançar a complexidade dos processos históricos.

Necessário que se ultrapasse o paradigma estritamente político de descrição e análise da realidade social, por longo tempo utilizado, que, segundo Alain Touraine,¹¹ levou a tratar de forma isolada temas dicotômicos, como *a desordem e a ordem, a paz e a guerra, o poder e o Estado, o rei e a nação, a República, o povo e a revolução*, em razão da insuficiência teórica de tais abordagens montadas e sustentadas em antíteses que não se concretizam em compartimentos estanques e excludentes da dinâmica social. Explicações das sucessivas estruturas sociais, na perspectiva de sua historicidade, pressupõem, necessariamente, o entendimento do político como uma instância impregnada e, em grande parte, condicionada pelas formas de organização da base econômica de um determinado grupo social, em um determinado tempo e espaço.

Ressalte-se, no entanto, que não há uma linha fronteira perfeitamente visível, demarcatória das diversas formas de organização social, posto que o curso da história se faz por interpenetrações, recuos, avanços, em um processo dialético, que Maurice Dobb¹² sintetiza como ocorrente pelo fato de que “*período algum da história é feito de um só tecido; e, como todos os períodos são misturas complexas de elementos*”, pode-se enfatizar que se revela “*simplificação enganadora rotular qualquer parte do processo histórico com o título de um único elemento.*”

O mesmo autor argumenta em seu estudo acerca da evolução do capitalismo, a necessidade de se entender o *capitalismo como uma ordem econômica distinta, característica de um período distinto da história* (e, por oportuno, acrescenta-se, não

¹¹ TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 09.

¹² DOBB, Maurice. **A evolução do capitalismo**. Tradução de Rowledge e Kegan Paul. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1963, p. 11-12.

apenas uma ordem econômica, mas, também uma ordem social, política e cultural), salientando que

a história até hoje tem sido a de 'sociedades de classes', ou seja, de sociedades divididas em classes, nas quais uma delas, ou então uma coalizão de classes com algum interesse comum, constitui a classe dominante e se mostra em antagonismo parcial ou completo com a outra ou com as demais classes.¹³

A partir de uma visão macro do processo civilizatório poder-se-ia utilizar a expressão cunhada por Alvin Tofler¹⁴, que reputa o sistema capitalista, em sua forma originária, como a *segunda grande onda de mudança* na forma de organização da base econômica da sociedade. Para o autor, esta *segunda grande onda*, centrada na industrialização, desenvolveu-se, gradativamente, a partir de uma fase mercantilista, comumente denominada pré-capitalista, quando ainda não exaurida ou ultrapassada a *primeira onda de mudança*, centrada na agricultura, o que reforça a tese de complexidade e entrelaçamento da dinâmica social, tendo em vista que na Europa do final do século XVII as mudanças implementadas pela revolução industrial ainda conviviam com modos de produção não industrializados.

Feitas estas considerações acerca da complexidade da formação e evolução dos sistemas socioeconômicos, pode-se dizer, de forma sintética, que o sistema capitalista teve sua origem nos escombros da ordem feudal, a partir do próprio enfraquecimento das relações de servidão e da renda como relação de produção predominante, por intermédio do incremento da produção de mercadorias que passou a exigir a formação de um mercado que transbordasse os estreitos limites dos feudos.

¹³ Ibid., 1963, p. 23. Maurice Doob ainda enfatiza que o que caracteriza uma classe social não é simplesmente a semelhança quantitativa de rendas do grupo social, mas a característica básica de que estas pessoas são *obrigatoriamente unidas por uma identidade de objetivos*.

¹⁴ Alvin Toffler ao trabalhar a ideia de ondas sociais, focaliza não apenas as continuidades históricas, mas, também, as descontinuidades, inovações, interrupções, tentando identificar padrões de mudança nas formas de organização socioeconômica. Sinteticamente, considera que as grandes transformações da base econômica na história das civilizações podem ser resumidas em três *grandes ondas de mudança*: a *primeira onda* teria sido deflagrada pelo aparecimento da agricultura, como um ponto decisivo no processo civilizatório, enquanto a *segunda grande onda* teria sido deflagrada pelo processo de industrialização que caracteriza basicamente o capitalismo industrial e a *terceira onda de mudança* caracterizada pela própria expansão do capitalismo em sua feição pós-industrial. Apesar da visão reducionista que possa ser imputada à análise do autor, vale a pena conferir sua tentativa de caracterização do capitalismo na contemporaneidade, com restrições pessoais a um certo exagerado entusiasmo com os rumos do capitalismo em sua fase atual, que podemos detectar na sua abordagem. TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Tradução de João Távora. 20. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

Com o incremento da produção de mercadorias e a progressiva expansão das relações de assalariamento, fez-se a transição de *uma sociedade predominantemente agrícola*, onde *as relações decisivas* estavam ligadas à *posse da terra*, com divisão do trabalho e sistema de trocas pouco desenvolvidos, cujo *trabalho excedente* era executado *diretamente como obrigação pessoal* ou com a *entrega de uma certa cota de seu produto, pelo próprio cultivador, como tributo em espécie, a um senhor*, para uma sociedade que se caracteriza *por uma relação entre o trabalhador e o capitalista, que toma uma forma puramente contratual*, fruto de um processo crescente de divisão do trabalho e separação do trabalhador dos meios de produção, trazendo para o cenário histórico aquilo que Maurice Dobb definiu como

uma forma de compulsão a trabalho em favor de outrem de índole puramente econômica e 'objetiva', lançando assim uma base para essa forma peculiar e mistificadora pela qual **uma classe ociosa pode explorar o trabalho excedente das outras e que é a essência do sistema moderno ao qual chamamos capitalismo.**¹⁵ (Grifo nosso).

Para a legitimação desta nova ordem socioeconômica, foi construído um arcabouço teórico ao longo de séculos de afirmação do sistema capitalista, o *credo do liberalismo econômico*, como um novo paradigma para o entendimento das relações homem, natureza e organização produtiva, perfazendo um deslocamento das concepções relacionais de cunho imaterial para um nível essencialmente material, em que a produção, enquanto processo de interação do homem e da natureza, é regulado pelo sistema de mercado, baseado na lei da oferta e da procura.

Neste aspecto, Karl Polanyi¹⁶, ao sustentar que o *liberalismo econômico foi o princípio organizador de uma sociedade engajada na criação de um sistema de mercado*, explica o sistema de mercado como uma espécie de ajuste organizacional da produção em que

¹⁵ DOBB, Maurice, op. cit., 1963, p. 25. Para o autor a sociedade medieval se caracterizava pela execução obrigatória de trabalho excedente pelos produtores, produtores que se achavam na posse de seus próprios instrumentos primitivos de cultivos e estavam ligados à terra, enquanto na sociedade capitalista, o traço mais característico se faz na produção da mais-valia aliada ao despojamento pelo trabalhador dos seus instrumentos de trabalho, ou seja, a divisão clássica entre proprietários e não-proprietários, reduzindo, assim as classe sociais a um antagonismo que tem em seu cerne a propriedade privada.

¹⁶ POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Tradução de Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 166.

o homem, sob o nome de mão-de-obra, e a natureza, sob o nome de terra, foram colocados à venda. A utilização da força de trabalho podia ser comprada e vendida universalmente, a um preço chamado salário, e o uso da terra podia ser negociado a um preço chamado aluguel. Havia um mercado tanto para o trabalho como para a terra, e em ambos os casos a oferta e procura eram reguladas, respectivamente, pelo nível de salários e aluguéis.

Ressalte-se, por oportuno, que a regulação do capitalismo, no entanto, se dá por uma relação dialética do mercado, quer através dos preços que regulam a quantidade e as técnicas de produção de mercadorias, quer por intermédio da intervenção necessária, ainda que antagônica, do Estado assegurando as condições institucionais e a infraestrutura necessária ao funcionamento da produção de mercadorias e, em última análise, à reprodução da sociedade capitalista.

Tem-se, portanto, que, embora a ideia central do liberalismo econômico seja a defesa da emancipação da economia de qualquer entrave externo a ela mesma, para manter o paradigma da liberdade de funcionamento dos mercados, o Estado se fez necessário enquanto instância regulatória, pelo que foram construídos novos paradigmas político-jurídicos como suporte ideológico da implantação do sistema capitalista.

O contratualismo, enquanto doutrina político-jurídica necessária à justificação e legitimação das novas relações de produção e configuração do estado nacional, já no século XVII teve seu desenvolvimento gradativo no trabalho de filósofos como Thomas Hobbes, Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Um ponto comum perpassa o pensamento de Hobbes, Montesquieu e Rousseau: a ideia de que a origem do Estado está no **contrato social**, entendido como um acordo, consenso, das pessoas em torno de alguns elementos essenciais para garantir a existência social, embora com diferentes acepções do papel e natureza do poder estatal.

Hobbes¹⁷, partindo de uma visão pessimista da natureza humana, imputando ao homem um desejo de destruição e de manutenção do domínio sobre o seu semelhante (competição constante, estado de guerra), considera essencial a existência de um poder que esteja acima das pessoas individualmente para que o

¹⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

estado de guerra seja controlado, isto é, para que o instinto destrutivo do homem seja dominado. Neste sentido, o Estado total, soberano absoluto, surge como forma de controle social e garantia da preservação da vida das pessoas.

Já Locke parte do princípio de que o Estado existe em função da necessidade de uma instância acima do julgamento parcial de cada cidadão, a fim de garantir os direitos essenciais expressos no pacto social, quais sejam: o **direito à vida, à liberdade e à propriedade privada, conceitos estruturantes do individualismo que irão permear a doutrina liberal do Estado de Direito.**¹⁸

Nesta perspectiva, as leis deveriam ser expressão da vontade da assembleia e não fruto da vontade de um soberano apenas, como pregado por Hobbes, colocando-se Locke como o introdutor da ideia do consentimento na formação do contrato social, e, também, como um opositor da tirania e do absolutismo, na defesa de um Estado como instância impessoal passível de garantir os interesses do nascente capitalismo.

Por seu turno, Rousseau, partindo de uma visão otimista da natureza humana, que pode ser corrompida pela forma de organização social, considera que o povo tem a soberania, sendo o governante nada mais que um seu representante, através de delegação do seu poder originário, pelo que o Estado teria sua origem em um contrato social firmado entre os cidadãos livres que renunciam a sua vontade individual para garantir a realização da vontade geral.¹⁹

Dentre os contratualistas mencionados, Locke, filósofo de transição entre as concepções medievais e as ideias modernas, pode ser considerado como o idealizador do liberalismo e do constitucionalismo, ao conceber o Estado como instituição política, cujo objetivo fundamental seria garantir os direitos naturais da vida, liberdade e propriedade privada, doutrina que, em última instância, legitima o valor econômico do trabalho em sua concepção capitalista.

Entretanto, não apenas o pensamento dos contratualistas serviu de fundamento teórico para a construção do corpo doutrinário do liberalismo econômico. A concepção utilitarista das relações sociais, políticas e econômicas,

¹⁸ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Porto Alegre: Abril Cultural, 1973.

desenvolvida racionalmente por Jeremy Bentham, segundo a qual cada homem age motivado sempre pelo seu próprio interesse, e, ao agir assim, ao perseguir seus próprios interesses, os homens estariam trabalhando em prol do todo social, ou seja, para a consecução do bem comum, levou à exacerbação do individualismo, característico da doutrina liberal, em qualquer das suas acepções, legitimando de forma definitiva o princípio econômico do *“laissez-faire, laisser-passer”*.²⁰

Partindo destas premissas teóricas, pode-se sintetizar, utilizando o pensamento de Octavio Ianni²¹, que o capitalismo inicialmente se organizou em moldes nacionais, instituindo *“a produção de mercadorias, de valores de troca, compreendendo a dissociação entre o trabalhador e a propriedade dos meios de produção, o mercado, a mercantilização crescente das forças produtivas e relações de produção”*, centrados nos ideais de liberdade e igualdade formalmente expressos no contratualismo e garantidos pelo poder do Estado, caracterizando-se por sua trajetória expansiva excludente, na medida em que, num segundo momento de seu movimento expansivo, transborda as fronteiras do estado nacional *instituindo colonialismos, imperialismos*, sistemas econômicos mais amplos que mantêm, no entanto, *a acumulação do capital, o desenvolvimento das forças produtivas e das relações de produção* localizadas em um *país dominante, central ou metropolitano*, diverso em grau de desenvolvimento econômico do país dominado, sendo que este último tende a assimilar os padrões e valores socioculturais da economia capitalista central.

O capitalismo, portanto, necessita, para sua manutenção e ampliação, da relação desigual capital/trabalho enquanto produção de mais valia, desenvolvendo-se, sempre, como *a civilização das desigualdades*, conforme ressalta Antonio José Avelãs Nunes, na medida em que *“a desigualdade econômica é considerada uma característica inerente às sociedades burguesas, apesar de estas terem vindo*

²⁰ Para uma melhor compreensão do utilitarismo de Jeremy Bentham: CARDOSO, Maria Cristina Longo. **Uma reconstrução racional do utilitarismo de Jeremy Bentham**: os limites entre a ética e a razão. Dissertação (Mestrado em Filosofia). São Paulo: USP, [s.d.], além das obras de John Stuart Mill um dos seus principais seguidores. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/df/site/posgraduacao/2007_mes/diss_crsitina_longo.pdf>. Acesso em: 20 set. 2008.

²¹ IANNI, Octavio. **A sociedade global**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 36-37.

proclamar que todos os homens (mesmo os trabalhadores) são livres e iguais perante a lei.”²²

Tanto é assim que o principal teórico do liberalismo econômico, Adam Smith, defensor da liberdade de mercado, idealizador da teoria da *mão invisível*, explicativa dos mecanismos próprios de autorregulação da economia, de cunho essencialmente utilitarista, e da liberdade de trabalho, fundada no contratualismo, apesar de apregoar a atuação da economia como tendente a promover benefícios para toda a sociedade por meio do desenvolvimento econômico e de uma evolução generalizada rumo à distribuição de renda e melhoria das condições de vida de todos os integrantes do grupo social, admite claramente que o contrato que rege as relações de trabalho não é um contrato como os demais, pois as partes não estão nele em posição de igualdade, na medida em que

os salários correntes do trabalho dependem de contrato habitualmente celebrado entre duas partes, cujos interesses não são de modo algum idênticos. Os operários pretendem obter o máximo possível, os patrões procuram pagar-lhes o mínimo possível.²³

Utilizando as palavras de Karl Marx, pode-se afirmar que a condição mais essencial para a acumulação de riquezas nas mãos de particulares que caracteriza o capitalismo é o *trabalho assalariado*²⁴, ou seja, a relação de trabalho que é em sua essência conflituosa, por ser uma relação entre partes desiguais do ponto de vista socioeconômico.

Falar-se, portanto, em capitalismo implica, necessariamente, perquirir os sentidos que o trabalho humano assume nas diversas fases de evolução deste sistema produtivo (e nunca falar na inexistência pura e simples do trabalho), mas se analisar a forma como o sistema se (re)organiza com o objetivo de (re)estruturar as relações de produção de mais-valia, necessárias à reprodução e expansão do sistema, bem como se entender o Estado enquanto instância político-jurídica²⁵, que

²² NUNES, Antonio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29-30.

²³ SMITH, Adam. **Riqueza das nações**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981. v. 1, p.176.

²⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, op. cit., 2007, p. 57.

²⁵ Sobre a função do Estado enquanto instância política a serviço dos interesses do capital, Adam Smith já enfatizava esta assertiva, dotada, portanto, de bastante atualidade, ao afirmar que o Estado não é neutro quando regula as relações industriais, as relações entre *patrões e trabalhadores* (utilizando a nomenclatura do texto), não se colocando, então, a serviço dos interesses da classe trabalhadora, exceto em casos excepcionais, quando o clamor público poderia levar a uma desestabilização do sistema econômico, cf. SMITH, Adam, op. cit., 1981, p. 302-303.

tem como uma de suas precípuas funções a manutenção da ordem econômica dominante, pelo que também sofre um processo concomitante de redefinição de suas funções. Entretanto, deve-se ressaltar (e ter sempre em mente) a tensão dialética constante que envolve o tecido social, permeado por conflitos e contradições, que permitem a construção de espaços de resistência e contraposição.

1.2 Globalização: movimento de expansão do capitalismo e o neoliberalismo enquanto reconstrução teórica do liberalismo econômico

A necessidade de mercados cada vez mais extensos para seus produtos impele a burguesia para todo o globo terrestre. Ela deve estabelecer-se em toda parte, instalar-se em toda parte, criar vínculos em toda parte.

[...]

Em lugar da antiga auto-suficiência e do antigo isolamento local e nacional, desenvolve-se em todas as direções um intercâmbio universal, uma universal interdependência das nações.²⁶

Observadas as circunstâncias históricas específicas a que o texto marxiano faz referência, pode-se dizer que as passagens citadas resumem de modo bastante analítico o movimento expansivo característico do capitalismo, apesar de não se distinguir de modo explícito a expressão globalização inscrita de forma textual, pois outros termos e expressões similares correlacionados (*todo o globo terrestre; vínculos em toda parte, intercâmbio universal e universal interdependência das nações*) já indiciam o movimento de globalização do capital.

François Chesnais²⁷ esclarece que a adjetivação *global* começou a ser utilizada por volta do início dos anos 80, em escolas de administração de empresas, das universidades americanas de Harvard, Columbia e Standford, sendo, então, popularizada a expressão *globalization*, em obras e artigos de consultores de estratégia e marketing formados naqueles centros acadêmicos, dentre os quais o

²⁶ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, op. cit., 2007, p. 49.

²⁷ François Chesnais prefere a utilização da expressão *mundialização* à propagada expressão *globalização*, por considerar que o termo francês *mondialisation* é menos ambíguo, apresentando maior nitidez conceitual, introduzindo, portanto, a ideia da necessidade de *construção de instituições políticas mundiais capazes de dominar o seu movimento*. O autor enfatiza que a popularização do termo globalização deve-se, também, ao fato de que o inglês é o veículo lingüístico por excelência do capitalismo e que os altos executivos dos grupos franceses estão entupidos dos conceitos e do vocabulário em voga nas "business schools". CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996, p. 24.

japonês K. Ohmae e o americano M.E.Porter, passando aos grandes grupos empresariais a seguinte mensagem:

em todo lugar onde se possa gerar lucros, os obstáculos à expansão das atividades de vocês foram levantados, graças à liberalização e à desregulamentação; a telemática e os satélites de comunicações colocam em suas mãos formidáveis instrumentos de comunicação e controle; reorganizem-se e reformulem, em consequência, suas estratégias internacionais.²⁸

Tem-se, portanto, que a matriz do processo de globalização se encontra no atendimento aos interesses do grande capital, pelo que tal fenômeno não se apresenta neutro, embora seja quase sempre veiculada a ideia de que se trata de um processo benéfico e necessário, principalmente em razão do progresso tecnológico que propicia e facilita seu desenvolvimento.

Assim, para que se possa efetuar uma análise do fenômeno da globalização, deve-se fixar inicialmente seu entendimento enquanto movimento de expansão do capitalismo, dentro de uma perspectiva de readequação do liberalismo econômico, com sua consequente crítica ao papel social do Estado, crítica esta ancorada no discurso do fim e decadência do *Welfare State*, propiciado tal movimento de reestruturação capitalista, em grande parte, pela crise do socialismo, geradora da unipolarização do mundo, até então dividido em blocos ideológicos contrapostos (capitalistas-socialistas) que mantinham as contradições e conflitos sociais razoavelmente controlados.

Octavio Ianni sustenta que a crise do socialismo ao mesmo tempo em que desequilibrou as relações que mantinham as forças do capital domadas, abriu novos mercados para a expansão do capitalismo, particularmente em países do Leste Europeu, o que permitiu a propagação da imagem hegemônica do sistema capitalista “como um poderoso sistema, um processo civilizatório, impondo-se a todas as outras formas sociais de vida e trabalho.”²⁹

Entretanto, o mesmo autor alerta para o simulacro desta construção ideológica, na medida em que a crise do socialismo não significa o fim do socialismo, mas apenas o insucesso de práticas políticas prematuras, desprovidas de condições ideais mínimas para a implementação do sistema socialista, além do que considera

²⁸ Ibid., 1996, p. 23

²⁹ IANNI, Octavio **A sociedade global**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 19.

que ambos os sistemas, capitalismo e socialismo, devem ser entendidos *como dois processos civilizatórios universais, essencialmente distintos e antagônicos, mas reciprocamente referidos, cúmplices, constitutivos um do outro.*³⁰

Como expressão deste *slogan* hegemônico, André-Jean Arnaud, em estudo acerca do impacto do fenômeno da globalização *na produção e na implementação da norma jurídica*, evidencia a utilização ideológica do termo globalização para expressar *um fato inelutável, uma ocorrência irresistível, um evento implacável,*³¹ cuja nota característica seria a pretensão deste processo à universalização de práticas econômicas, sociais, políticas e culturais, tendendo à formação do chamado *pensamento único*.

Enfatizando também a carga ideológica do termo globalização, José Luís Fiori ressalta que sua ambiguidade semântica corresponde à dimensão fluídica que permanece como essencial ao sucesso do processo de expansão do capitalismo financeiro, razão pela qual

às vezes se escuta falar de globalização com referência a uma época, a uma era, a uma conjuntura dentro da trajetória de longo prazo do capitalismo; mas, muitas outras, a palavra globalização é usada para sintetizar um conjunto de processos, de transformações, de novas realidades associadas geralmente ao funcionamento- ou a algo que seria um novo tipo de funcionamento- do capitalismo na escala mundial. Finalmente, há outros momentos em que a mesma palavra é usada para designar um horizonte, um ponto de chegada, um *utopos*. É a utopia que, nesse momento, se faz *ideologia*, tentando convencer-nos de que a realidade que estamos vivendo, *já é* esse ponto de chegada. Nesse sentido, já não haverá mais ideologias, apenas a globalização.³²

Continua o referido autor afirmando que o forte uso ideológico do termo globalização leva, principalmente, à crença praticamente inabalável de que o progresso tecnológico e a força dos mercados *impuseram uma derrota definitiva, incontornável e irreversível sobre o mundo da política*, dissolvendo as fronteiras dos Estados, *reduzindo-os à função menor de administração de algumas poucas coisas*, reduzindo, também, *a importância do mundo do trabalho*, trazendo, em curto espaço de tempo, *o desenvolvimento e a difusão tecnológica universal*, capazes de

³⁰ Ibid., 2002, p. 20. Cf. as questões históricas e teóricas que segundo o autor foram descortinadas pela crise do socialismo, que se consubstanciaram nas causas da aparente derrocada do sistema e possibilitam o entendimento do atual movimento expansivo do sistema capitalista na atualidade (p. 13-20).

³¹ ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.125.

³² FIORI, José Luís. **Brasil no espaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.192-193.

promover a *convergência e a homogeneização crescentes da riqueza das nações e a paz cada vez mais duradoura entre os estados.*

Não é demais ressaltar que, segundo François Chesnais, na verdade, os dois principais fatores que aceleraram a internacionalização do capital e levaram à propagação da ideia de globalização foram,

Em primeiro lugar, a desregulamentação financeira e o desenvolvimento, cada vez mais acentuado, da globalização financeira, e, em segundo lugar, o papel das novas tecnologias que funcionam, ao mesmo tempo, como condição permissiva e como fator de intensificação dessa globalização.³³

Observe-se que estes fatores são basicamente expressão dos interesses de um novo ciclo do capitalismo, o capitalismo financeiro, pelo que cabe a ressalva do forte conteúdo ideológico do discurso que veicula a inexorabilidade do processo de globalização, por tendente a impor uma generalização das ideias necessárias ao movimento de internacionalização do capital.

Para fins metodológicos, neste estudo, em razão da abrangência do fenômeno globalização, efetua-se um corte conceitual fixando como ponto fulcral do processo de globalização o elemento econômico-financeiro, de forma a se poder enfrentar e analisar os efeitos deste movimento expansivo do capital, que repercutem, necessariamente, nas relações políticas, sociais e culturais que são desenvolvidas em sociedade, principalmente em países em desenvolvimento, como o Brasil.

Perfilha-se ao entendimento de Antonio José Avelãs Nunes, para quem a globalização corresponderia a uma *terceira onda de globalização* marcada, principalmente, pela complexidade, na medida em *que se apresenta sob múltiplos aspectos (incluindo de ordem filosófica, ideológica e cultural) mas que tem no terreno da economia a chave de sua compreensão e a área estratégica de sua projeção.*³⁴

³³ CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996, p.26.

³⁴ Avelãs trabalha com a ideia de que a primeira onda de globalização ocorreu por volta do século XV, sendo marcada pela colonização, propiciada pelas viagens oceânicas iniciadas por portugueses e espanhóis, enquanto a segunda onda teria ocorrido quando do período da segunda revolução industrial, em que os países europeus capitalistas, impulsionados pela necessidade de exportação de seus produtos, passaram a dominar mercados externos, num movimento recrudescente do colonialismo(imperialismo), promovendo, ainda, o início do processo de internacionalização do

A par de outras tantas interpretações do fenômeno da globalização, em razão do realce dado ao elemento econômico-financeiro, adota-se, ainda, o conceito defendido por José Eduardo Faria, segundo o qual

por globalização se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional.³⁵

A globalização, portanto, viabiliza-se por um movimento progressivo de desregulamentação financeira, que implica na quebra das barreiras impostas pelos estados nacionais ao desenvolvimento econômico, tendência que, como analisa José Luís Fiori, tem suas origens mais remotas no pensamento liberal de Adam Smith e David Ricardo, segundo o qual a expansão das forças produtivas levaria a “uma progressiva homogeneização das riquezas e ao desaparecimento das fronteiras, pelo menos enquanto delimitação geradora de guerras.”³⁶

Por seu turno, os avanços tecnológicos, principalmente nos meios de comunicação, possibilitaram a difusão e intercâmbio de informações econômicas praticamente em tempo real, o que permite a realização segura de transações comerciais e financeiras em diversas partes do globo, de forma instantânea, reduzindo as fronteiras espaciais e temporais entre os agentes econômicos, modificando sobremaneira a forma de organização empresarial e, conseqüentemente, as relações de trabalho a ela vinculadas, fato que implica,

capital. NUNES, Antonio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 67-71.

³⁵ Alain Touraine, efetuando uma análise crítica, entende que a globalização, *para além da mundialização dos intercâmbios, significa a separação entre economia e sociedade*, ou seja, uma dissolução social, *que traz em si a destruição da própria idéia de sociedade e o enfraquecimento dos Estados Nacionais*. TOURAINE, Alain, op. cit., 2007, p.42-43. Por seu turno, Joseph E. Stiglitz, assessor do presidente Bill Clinton (1995-1997) e vice-presidente do Banco Mundial (1997-2000), de orientação teórica neoliberal, trabalha com a ideia da globalização como *um fluxo de idéias e conhecimento, o compartilhamento de culturas, (rumo a) uma sociedade civil global e o movimento ambiental mundial*, e na esfera econômica como um processo de *maior integração econômica dos países do mundo por meio do aumento do fluxo de bens e serviços, capitais e até mão-de-obra*. STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 62.

³⁶ FIORI, José Luís. **Brasil no espaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.196.

necessariamente, em uma transformação profunda no modo de organização do mundo do trabalho.³⁷

A partir deste movimento de ampliação dos mercados propiciada pelas novas tecnologias de comunicação e pela desregulamentação econômica em escala mundial, o capitalismo se reorganiza abandonando o modelo tradicional de articulação com o segmento industrial, deixando de se interessar pela produção de mercadorias, volatizando-se e tendo como fim em si mesmo a especulação financeira, rompendo com a fórmula tradicional marxista de acumulação capitalista, D-M-D, reduzida, então, a circulação dos ativos financeiros ao circuito D-D, ou seja, o capital financeiro gerando mais capital financeiro, sem sua fixação e compromisso com a esfera produtiva.³⁸

Atílio A. Boron salienta que, a partir de então, não se fala mais em empresas multinacionais, que seriam empresas que possuem ou controlam meios de produção ou serviço fora do país onde estão estabelecidas, mas em pequenos conglomerados de

gigantescas empresas transnacionais, **os ‘novos Leviatãs’**, cuja escala planetária e gravitação social os torna atores políticos de primeiríssima ordem, quase impossíveis de controlar e causadores de um desequilíbrio dificilmente reparável no âmbito das instituições e das práticas democráticas das sociedades capitalistas.³⁹ (Grifo nosso).

Neste contexto, outra característica do processo de globalização ressalta, traduzindo-se *no esbatimento do papel do estado na economia com a anulação do estado nacional*, com uma conseqüente perda de significado dos *tradicionalis atributos da soberania*, e a perda pelo Estado da *capacidade de controlar a vida econômica e o poder econômico*.⁴⁰

³⁷ Neste aspecto cf. a análise de François Chesnais, acerca do impacto da teleinformática na organização do trabalho, onde o autor afirma que as novas tecnologias permitem *a extensão das relações de terceirização, particularmente em empresas situadas a centenas de milhares de quilômetros umas das outras, bem como a deslocalização de tarefas rotineiras nas indústrias que se valem grandemente da informática, abrindo caminho para a fragmentação de processos de trabalho e para novas formas de “trabalho a domicílio.”* CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996, p.28-29.

³⁸ AMORIM, Ricardo Luiz Chagas. **Alguns comentários sobre as novas formas de mundialização do capital**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, CCSA, 2007.

³⁹ BORON, Atílio A. Os “novos Leviatãs” e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). **Pós-neoliberalismo II: que Estado para que democracia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. p.7- 8.

⁴⁰ NUNES, Antonio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.72.

Como forma de legitimar a hegemonia do capitalismo financeiro-especulativo, o pensamento neoliberal se solidifica como uma reconstrução teórica do liberalismo econômico clássico.

1.2.1 Neoliberalismo enquanto reorganização teórica do liberalismo econômico

O neoliberalismo, considerado como matriz ideológica do processo de globalização⁴¹, por muitos também denominado de ultraliberalismo⁴², configura-se, basicamente, em uma releitura radical do pensamento de matriz liberal do início do processo de instauração do sistema capitalista, reiterando e reestruturando conceitos liberais tradicionais propostos por Adam Smith⁴³, como a ideia de uma *mão invisível* que controla e ajusta o mercado privado de forma independente da atuação estatal, através de um sistema de autorregulação em que as riquezas na sociedade seriam distribuídas de forma harmônica.

A doutrina neoliberal teve seus contornos teóricos difundidos por economistas como Friedrich Hayek e Milton Friedman, ganhadores do Prêmio Nobel de economia dos anos de 1974 e 1976, respectivamente, o que conferiu credibilidade e aceitação do ideário neoliberal na comunidade acadêmica, servindo, assim, de respaldo científico para a penetração incontestada da nova roupagem do pensamento liberal, atuando como argumento de autoridade em contraposição às teorias que davam suporte à atuação intervencionista do estado na promoção do bem-estar social, como instância reguladora das atividades econômicas.

Friedman, como mais radical articulador da doutrina neoliberal, sustentava que somente no regime de liberdade econômica do sistema capitalista a liberdade dos indivíduos pode ser efetivamente preservada e ampliada. Diversamente de Adam

⁴¹ Ibid., 2003, p.67.

⁴² Neste sentido ver a posição do cientista político Francisco Fonseca que adota a expressão ultraliberalismo para indicar a radicalidade das posições adotadas pelos liberais do século XX e XXI. FONSECA, Francisco. **O consenso forjado** - a grande imprensa e a formação da agenda ultraliberal no Brasil. São Paulo: HUCITEC, 2005.

⁴³ Não é demais relembrar que o liberalismo econômico clássico trabalhava com conceitos como o de propriedade privada, liberdade de contratar, individualismo e mercado livre. No entanto, o próprio Adam Smith, admitia a existência de uma esfera de necessária atuação do Estado, atribuindo ao ente público o dever de criar certos serviços e instituições sociais que não poderiam ser criadas ou mantidas pela iniciativa privada, por não gerarem lucro suficiente capaz de reembolsar e justificar o investimento efetuado pelos particulares, cf. SMITH, Adam, op. cit., 1981, p. 284-285.

Smith, que permitia a atuação do Estado naquelas atividades que não interessassem economicamente ao particular, Friedman assim resume o papel do ente estatal:

um governo que mantenha a lei e a ordem; defina os direitos de propriedades; sirva de meio para a modificação dos direitos de propriedade e de outras regras do jogo econômico; julgue disputas sobre a interpretação das regras; reforce contratos; promova a competição; forneça uma estrutura monetária; envolva-se em atividades para evitar monopólio técnico e evite os efeitos colaterais considerados como suficientemente importantes para justificar a intervenção do governo; **suplemente a caridade privada** e a família na proteção do irresponsável, quer se trate de um insano ou de uma criança.⁴⁴ (Grifo nosso).

Octavio Ianni enfatiza, no entanto, que o neoliberalismo não é apenas uma réplica do liberalismo clássico, na medida em que este estava centrado na sociedade nacional, no capitalismo competitivo, no mercado nacional, enquanto o pensamento neoliberal enraíza-se diretamente no mercado mundial, no fluxo de capital, sob o comando de organizações supranacionais, pouco localizáveis, fundado nos princípios do livre jogo do mercado, livre empresa, livre iniciativa, competitividade, lucratividade, economia de escala, vantagens comparativas, divisão internacional do trabalho, perpassando a ideia de que a liberdade econômica é o fundamento da liberdade política.⁴⁵

Ideologicamente, visando à construção de um suposto mercado global, constrói-se o mito da soberania do consumidor (nova roupagem do individualismo), que segundo Avelãs é um reflexo do mito liberal do contratualismo, redutor da vida em sociedade a relações contratuais livremente assumidas por indivíduos livres, independentes e iguais em direitos, cada um dos quais dispõe de informação completa sobre todas as informações possíveis e sabe perfeitamente o que quer⁴⁶, pensamento que na realidade escamoteia todo um processo de desconstrução da organização política social-democrata.

Neste sentido o pensamento neoliberal propõe uma minimização da atuação dos Estados Nacionais⁴⁷, limitados a propiciar condições de implantação e expansão

⁴⁴ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 39.

⁴⁵ IANNI, Octavio, op. cit., 2002, p. 141.

⁴⁶ NUNES, Antonio José Avelãs, op. cit., 2003, p. 57.

⁴⁷ Octavio Ianni sustenta que os Estados Nacionais, são redefinidos “perdendo algumas de suas prerrogativas econômicas, políticas, culturais e sociais, debilitando-se”, passando algumas dessas

das políticas econômicas, opondo-se, sobremaneira, ao estado keynesiano de bem-estar social, de forma a permitir a hegemonia do capitalismo financeiro-especulativo⁴⁸, que impõe aos Estados periféricos uma agenda estabelecida por agentes financeiros internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, por intermédio dos conhecidos planos de estabilização econômica, cujos pontos principais eram a privatização de empresas estatais; queda das barreiras alfandegárias; livre circulação de bens e serviços; facilitação à circulação do capital financeiro; e desregulamentação de direitos sociais e trabalhistas.⁴⁹

Ressalte-se que a propagação de ideias neoliberais, em contraponto à temática do esgotamento das possibilidades do Estado do bem-estar social, o Welfare State, generaliza-se antes mesmo que este modelo intervencionista pudesse se concretizar em países não pertencentes ao seleto clube das potências detentoras do capital financeiro, os países periféricos, subdesenvolvidos, ou em permanente via de desenvolvimento.

O processo de generalização da concepção de Estado mínimo, em substituição à proposta social-democrata de intervencionismo estatal quer de forma direta, pela atuação de empresas estatais, quer de modo indireto, pela regulamentação de uma ordem econômica e social constitucionalmente garantida, encontrou ressonância, também, na atuação política de líderes ultraliberais de peso internacional, tais como Margaret Thatcher, na Inglaterra, Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e Helmut Kohl, na Alemanha, que durante praticamente as décadas de 80 e 90 articularam ações que corroboraram a construção da posição hegemônica do ideário econômico neoliberal.

Maurício Godinho Delgado enfatiza, ainda, outros fatores que contribuíram para a afirmação do pensamento neoliberal de forma hegemônica, tais como a

prerrogativas a serem desenvolvidas por empresas multinacionais e organizações multilaterais, fazendo com que o que tradicionalmente era reconhecido como localizado naquelas nações, se *desterritorialize*. IANNI, Octavio, op. cit., 2002, p.41.

⁴⁸ Segundo Avelãs, o processo de globalização dominado pelo capitalismo financeiro, também denominado de capitalismo de cassino, se consolida pela desintermediação, descompartimentação e desregulamentação que podem ser definidas como a perda da importância da tradicional intermediação dos mecanismos de crédito, pela perda de autonomia dos diversos mercados (monetário, financeiro, de câmbio e a prazo) e pela plena liberalização dos movimentos de capitais, respectivamente.

⁴⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho. **Revista Ltr**, São Paulo: Ltr, ano 65, n.04, p. 390-396, abr. 2001, p. 391.

inexistência de posições teóricas consistentes que, à época, se contrapusessem ao capitalismo, tanto no âmbito internacional quanto interno, devido à derrocada dos regimes socialistas ligados à experiência soviética, o que efetivamente enfraqueceu as bases do movimento operário nos países do Ocidente, e favoreceu a adoção de ideologias e políticas públicas sem qualquer preocupação com contrapartidas sociais.⁵⁰

A partir deste quadro de ascensão hegemônica do pensamento neoliberal, tem-se a incorporação de forma acrítica da temática neoliberal ao discurso político dos países periféricos, principalmente da América Latina⁵¹, dentre eles o Brasil, crescendo no país, já a partir dos anos 90, a adesão à agenda reformista proposta por organismos financeiros internacionais, passando o Estado a firmar compromissos políticos que, basicamente, se centraram na reformulação da atividade estatal de forma a levar a efeito a abertura comercial por intermédio da eliminação de barreiras alfandegárias, de forma progressiva, bem como pela montagem de um programa de privatização extenso que reduzisse ao mínimo a atuação intervencionista do Estado na atividade econômica, além de uma proposta de desregulamentação e flexibilização do trabalho.⁵²

A ausência de contraponto político ao pensamento hegemônico neoliberal se manifesta de forma acentuada, mesmo em governos de orientação política ligada aos movimentos sociais, oriundos dos partidos trabalhistas e socialistas, como é o caso do atual governo brasileiro, que apesar de uma proposta de campanha centrada na promoção do bem-estar social não consegue modificar, politicamente, as linhas de atuação da vertente neoliberal. Verifica-se, então, a institucionalização da ordem econômica de aporte neoliberal como independente da orientação política interna de cada país, ou seja, a política estatal, em última ratio, submetida aos interesses do mercado, que se consagra como ordem universal inevitável e irresistível, impossível de ser desafiada ou modificada.

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2005, p. 23-24.

⁵¹ Necessária a ressalva ao posicionamento crítico de um grupo de economistas latino-americanos, integrantes da Comissão Econômica para a América Latina-CEPAL, destacando-se dentre eles o brasileiro Celso Furtado, que denunciavam as investidas do capitalismo financeiro em detrimento dos interesses e necessidades dos países subdesenvolvidos. Para maiores estudos cf. FURTADO, Celso. **A economia latino-americana** - formação histórica e problemas contemporâneos. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁵² DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., 2005, p. 27.

1.3 A “crise” do estado de bem-estar social

O pensamento neoliberal propaga-se tendo como uma das suas justificativas o discurso da crise do Estado de bem-estar social, enquanto instância política de ordenação da atividade capitalista, pelo que se deve tentar definir o *modus operandi* que caracteriza uma ordem estatal de cunho intervencionista tendente à promoção dos interesses da coletividade.

Paulo Bonavides trabalha com a ideia de que o *welfare state representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal*, comportando uma variedade de sistemas de organização política, desde que estes programas não importassem *modificações fundamentais de certos fundamentos econômicos e sociais*, que são típicos de uma estrutura econômica capitalista, pois somente

quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, **confere, no Estado constitucional, ou fora deste, os direitos do trabalho da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social**, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.⁵³ (Grifo nosso).

Apesar da crítica e oposição ao *welfare state* pelos teóricos neoliberais, a presença do Estado de forma tão ostensiva, capaz de concorrer com a própria iniciativa privada, se fez necessária, circunstancialmente, para a manutenção da estrutura econômica capitalista, em um momento de exaurimento do modelo liberal clássico, coadjuvado tanto pelas convulsões econômicas e sociais provocadas pelas guerras ocorridas no continente europeu, e pelo declínio do sistema imperialista das então potências capitalistas europeias, quanto pela profunda crise econômica ocorrida em fins da década de 20 nos Estados Unidos, resultantes de transformações inerentes ao movimento expansivo do capital.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 183-186.

Polanyi, de forma oportuna, observa que quando o *sistema internacional fracassou, na década de 1920, reapareceram os temas quase esquecidos do capitalismo anterior*, sendo que, dentre eles, os mais importantes foram aqueles referentes à temática do governo popular e do atendimento das necessidades sociais, ou seja, quando ocorrentes excessos do sistema, retornaram temáticas inclusivas como tentativa de solução da questão social, de forma a distribuir a responsabilidade à maioria dominada e não determinante dos rumos da política econômica.⁵⁴

Para Robert Castel, no entanto, bem antes, nos primórdios do processo de industrialização, a questão social surge como uma aporia fundamental sobre a qual uma sociedade experimenta o enigma de sua coesão e tenta conjurar o risco de sua fratura. A miséria do crescente contingente de trabalhadores e não trabalhadores, que não mais eram tutelados pela caridade privada, em razão da quebra da lógica assistencialista religiosa/moral, produzida pelo contratualismo da economia liberal, pairava como uma ameaça à estabilidade da sociedade, fazendo emergir novos focos de tensão, trazendo à baila discussões acerca da solidariedade enquanto fundamento do pacto social.⁵⁵

Neste contexto, progressivamente, redefinem-se as funções do Estado, que passa a desempenhar um papel de regulação econômica e integração social, centrado em torno do estabelecimento de um sistema de garantias à relação de trabalho, através de uma rede de proteção social mínima, em níveis básicos de renda, com fundamento teórico no pensamento econômico de John Maynard Keynes.

Keynes acreditava que a economia de mercado era insuficiente para acumular capital em nível suficiente para garantir a distribuição de renda e desenvolvimento econômico e social mais justo e igualitário, pelo que necessária a intervenção do Estado na economia, a fim de evitar as cíclicas crises do capitalismo, promovendo certa *socialização do investimento*, devendo o governo socializar o crédito, controlar

⁵⁴ POLANYI, Karl, op. cit., 2000, p. 261.

⁵⁵ O autor afirma que esta expressão *questão social*, foi utilizada pela primeira vez por volta das primeiras décadas do século XIX, *suscitada pela tomada de consciência das condições de existência das populações que são ao mesmo tempo, os agentes e as vítimas da revolução industrial*, cf. CASTEL, Robert. **Metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Tradução de Iraci D. Poleti. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 30.

as atividades da economia com o propósito de maximizar a acumulação de capital até que a sociedade chegasse ao estágio máximo de desenvolvimento. Em síntese,

as bases keynesianas do *welfare state* são, pois, essencialmente, de natureza econômica, ligadas à necessidade de reduzir a intensidade e a duração das crises cíclicas próprias do capitalismo, e motivadas pelo objetivo de salvar o próprio capitalismo. Na verdade, estes novos *agenda* do estado não pretendiam subverter (nem subverteram) sistema, nem visavam promover (nem promoveram) nenhuma revolução social (apesar de se falar de ‘revolução keynesiana’), antes se enquadram na lógica do capitalismo e da sua racionalidade intrínseca.⁵⁶

No mesmo sentido, Claudia Maria da Costa Gonçalves sustenta que a teoria keynesiana, ao desmistificar uma suposta onipotência do sistema do “laissez-faire, denunciava os antagonismos do sistema capitalista e a perversa exclusão levada a efeito pelos mecanismos de mercado nos moldes defendidos pelo liberalismo”, refutando, assim, “a naturalização da miséria, defendendo, desse modo, a intervenção do Estado na economia e nas políticas de corte social.”⁵⁷

Corroborando estas assertivas, Fábio Guedes Gomes defende que o Estado de bem-estar social, como contraponto a uma concepção liberal de Estado voltada exclusivamente para a tutela jurídica dos interesses privados, pode ser entendido como proposta institucional *de* “um Estado que pudesse implementar e financiar programas e planos de ação destinados a promover os interesses sociais coletivos dos membros de uma determinada sociedade”, constituindo-se em

um conjunto de serviços e benefícios sociais de alcance universal promovidos pelo Estado com a **finalidade de garantir uma certa ‘harmonia’ entre o avanço das forças de mercado e uma relativa estabilidade social**, suprimindo a sociedade de benefícios sociais que significam segurança aos indivíduos para manterem um **mínimo de base material e níveis de padrão de vida**, que possam enfrentar os efeitos deletérios de uma estrutura de produção capitalista desenvolvida e excludente.⁵⁸ (Grifo nosso).

É possível, ainda, se entender a emergência do *welfare state* como resultante do modelo de organização fabril *fordista*, centrado na relação salarial, caracterizado, precipuamente, pelo alto nível de autonomia da classe operária e pelo simultâneo

⁵⁶ NUNES, Antonio José Avelãs, op. cit., 2003, p.32.

⁵⁷ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006, p. 53-54.

⁵⁸ GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.40, n.2, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003476122006000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 jun. 2007.

aumento dos ganhos capitalistas obtidos pelo incremento da produção. Neste período, o acesso à cidadania passa a se operar através do ostentar a condição de assalariado, pelo que se multiplicaram as *constituições trabalhistas*, de cunho material, garantindo aos trabalhadores uma série de direitos inerentes à relação de trabalho assalariado, tais como: seguro-saúde; seguro-desemprego, sistemas de aposentadoria, pois pertencer a uma categoria profissional era a condição *sine qua non* para “ter direito aos direitos” no Estado de bem-estar social.⁵⁹

Entretanto, a ação interventiva estatal, ao mesmo tempo em que atenderia aos interesses expansivos do sistema capitalista, de forma contraditória poderia (como pode, relembre-se a tese marcusiana do elemento subjetivo que fora desprezado pela doutrina marxiana), engendrar espaços de organização social e política, conducentes a uma possível implantação de Estados socialistas, gerando uma autofagia do próprio sistema econômico capitalista, pelo que se reconstrói o sistema, em nome de sua própria sobrevivência enquanto sistema econômico dominante, através do discurso neoliberal da crise do estado do bem-estar social que insiste na defesa da solução que passaria “pela privatização do setor empresarial do Estado e dos serviços públicos, pela separação da esfera política (que competiria ao Estado) da esfera econômica (do foro exclusivo dos particulares), pela liberação da ‘sociedade civil’”.⁶⁰

1.4 Discurso neoliberal do fim do trabalho e do emprego

Giuseppe Cooco, analisando os discursos pós-modernos, alerta que um dos seus elementos mais significativos reside na capacidade de afirmar uma mudança radical que na realidade coincide com a tentativa de eliminar toda possibilidade (passada e presente) de qualquer tipo de mudança⁶¹, na medida em que, de forma paradoxal, ao ser adotada a ideologia do “fim da história” (ou do fim do trabalho) adota-se uma concepção de história imutável.

⁵⁹ Giuseppe Cooco efetua uma correlação entre *welfare state* e organização fordista da produção, considerando que o período de prosperidade do Estado intervencionista, os *trinta gloriosos anos (1945 a 1975)*, na verdade não se caracterizou pela *ausência de conflito capital-trabalho*, mas como uma forma de regulação e integração dos conflitos inerentes a esta relação, cf. COOCO, Giuseppe, op. cit., 2001, p. 76-78.

⁶⁰ NUNES, Antonio José Avelãs, op. cit., 2003, p. 52.

⁶¹ COOCO, Giuseppe, op. cit., 2001, p. 23.

É inegável que o capitalismo na contemporaneidade mudou, reestruturou-se, por conta da própria financeirização⁶² do sistema, trazendo, em consequência, uma mudança no mundo do trabalho, em razão da progressiva desvinculação do capital da esfera produtiva, pelo que novas formas de trabalho foram concebidas ao lado das preexistentes.

Ricardo Antunes, analisando as modificações ocorridas no mundo do trabalho, sustenta que a classe trabalhadora sofreu, por volta das décadas de 1970/80, uma crise profunda que atingiu não só a sua materialidade, mas teve profundas repercussões na sua “subjetividade” e, no íntimo inter-relacionamento destes níveis, afetou sua “forma de ser”.⁶³

Ao estudar a crise, o mesmo autor questiona a suposta desapareção da classe trabalhadora, o propalado fim do mundo do trabalho, bem como a suposta inevitabilidade da perda de referência do ser social que trabalha pela redução do operariado tradicional ou fabril, além da tão divulgada perda do estatuto de centralidade da categoria trabalho no universo da práxis humana na sociedade contemporânea.

Na realidade, a crise ocorrente seria o reflexo da própria crise estrutural do capital, evidenciada pela queda das taxas de lucro, provenientes do esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista de produção, levando a uma hipertrofia da esfera financeira, propiciada pela maior concentração de capitais obtida graças às fusões entre as empresas monopolistas e oligopolistas.

Ressalte-se, novamente, que essa crise, enquanto crise do sistema capitalista, que tem como expressão o neoliberalismo e a reestruturação produtiva da era da

⁶²Para Giuseppe Cocco, o processo de financeirização, enquanto separação entre a esfera econômica e a esfera real da produção, reserva ao capital fictício o papel central no sistema capitalista, restando à produção, e as novas formas de trabalho geradas pelo predomínio do capital financeiro-especulativo, a condição de elementos secundários do sistema, que, no entanto, se encontram interligados e condicionados reciprocamente.

⁶³ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1995, p.15. Para um aprofundamento da análise efetuada pelo autor acerca das modificações nas relações de trabalho, cf., também, sua obra: Id. **Os sentidos do trabalho:** ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2007, onde o autor avança na discussão apresentando evidências de que foi uma determinada sociedade, a sociedade do trabalho abstrato, quem possibilitou a aparência de uma sociedade fundada na perda de centralidade da categoria trabalho, em função da grande massa de trabalhadores expulsos do processo produtivo.

acumulação flexível⁶⁴, acarretou profundas modificações no mundo do trabalho – entre elas um enorme desemprego estrutural e um crescente contingente de trabalhadores em condições precarizadas, além da degradação do meio ambiente, modificações estas conduzidas pela lógica societal voltada para a produção de mercadorias e para a valorização do capital.

Maurício Godinho Delgado esclarece que, na verdade, a natureza estrutural do desemprego contemporâneo derivaria da nova maneira específica de se organizar e desenvolver o novo capitalismo, em que estariam inexoravelmente sendo colocadas em xeque não apenas a relação empregatícia, como também a própria realidade do trabalho, engendrando um movimento de desvalorização crescente do valor-trabalho.⁶⁵

A consequência desta difusão da inadequação do mundo do trabalho regulado à nova realidade mercadológica induz, ainda, os próprios Estados Nacionais a empreenderem políticas públicas reformistas dos patamares mínimos dos direitos sociais garantidos constitucionalmente, pelo que proliferaram (e proliferam), no âmbito do próprio Estado, propostas de reforma dos direitos trabalhistas, sob o fundamento da necessidade de modificações normativas, com o objetivo de garantir o emprego dentro da nova ótica capitalista.

Difunde-se, ideologicamente, a necessidade de adequação das regras jurídicas que regulam o trabalho e emprego, em nome de uma profecia apocalíptica do fim das relações trabalhistas nos moldes até então concebidos, sendo novamente o Estado chamado a intervir, não mais para regular direitos sociais, mas, em movimento centrífugo, a abster-se de interferir na autorregulação mercadológica pregada pelo discurso radical do neoliberalismo.

⁶⁴ Para Ricardo Antunes, *a acumulação flexível é marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apóia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego no chamado “setor de serviços”, bem como conjuntos industriais completamente novos em regiões até então subdesenvolvidas*, cf. ANTUNES, Ricardo, op. cit., 1995, p. 21.

⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., 2005, p. 33.

É inconteste que o final do século XX foi palco de aceleradas mudanças no conhecimento científico, com a introdução de novas tecnologias, principalmente em áreas como microeletrônica, robótica, microinformática e telecomunicações, deflagrando o que se costuma denominar de a terceira revolução industrial, consistente, basicamente,

na afirmação da ciência (talvez melhor: do homem) como força produtiva de primeira importância, ao mesmo tempo em que a tecnologia se converteu no elemento fundamental da produção industrial (mais do que a posse de matérias primas, que a redução do custos dos transportes colocou ao alcance da generalidade dos países). E a verdade é que são os países dominantes que produzem ciência e tecnologia, e são os grandes conglomerados multinacionais que controlam a comercialização deste produto (a tecnologia) que vem ocupando um lugar cada vez mais importante nas pautas do comércio internacional (que muitas vezes não passa de *comércio fechado* entre filiais desses colossos transnacionais).⁶⁶ (Grifos no original).

Evidente que estas alterações tecnológicas produziram reflexos tanto na estruturação dos postos de trabalho, quanto criaram novas profissões e formas de prestação de serviços diversos dos até então existentes. A robotização, por exemplo, modificou o cenário fabril clássico, com exclusão de alguns tipos de atividade e introdução de novas funções laborativas por intermédio de profissionais qualificados, com conhecimento específico para trabalhar com o novo maquinário. Da mesma forma, o avanço na informática permitiu o surgimento do *teletrabalho*, possibilitando o desenvolvimento de atividades laborais na própria residência do trabalhador (*home office*)⁶⁷, acentuando a prestação de serviços individuais, atenuando, em certa medida, a agregação das massas de trabalhadores em grandes estabelecimentos industriais e desmobilizando os movimentos sindicais.

É importante se observar que as modificações tecnológicas não podem ser tomadas em sentido absoluto, pois da mesma forma que algumas funções fabris típicas extinguiram-se, em razão da introdução das novas tecnologias, muitas das alterações tecnológicas foram absorvidas pela maioria das atividades profissionais, traduzindo-se em aumento de produtividade, sem que aquelas profissões fossem

⁶⁶ NUNES, Antonio José Avelãs, op. cit., 2003, p. 106-107

⁶⁷ Boaventura Santos sustenta a generalização do trabalho no próprio domicílio, *transformou o espaço doméstico de muitas famílias trabalhadoras num campo de trabalho onde a produção e a reprodução convivem, até à quase indiferenciação*, desencadeando um movimento de difusão social do trabalho que *torna mais difícil e complexa a distinção entre tempo vital e tempo de trabalho*, fazendo do trabalhador um *full-time labour*. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político pós-modernidade. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006, 2003, p. 252-253.

afetadas em sua essência, ao mesmo tempo em que outros serviços foram difundidos, desencadeando uma penetração do trabalho em outros ambientes que não o modelo fabril típico do sistema *fordista-taylorista*.⁶⁸

Para Boaventura Sousa Santos, os atuais processos de *difusão social da produção* são produzidos, principalmente, pela descentralização da produção empreendida pelos grupos transnacionais, operando a fragmentação geográfica e social do processo de trabalho e, em última instância, a indiferenciação entre o espaço privado e o espaço da produção. Ao mesmo tempo, o processo de fragmentação produtiva, ao alimentar o individualismo e a competitividade no meio da classe trabalhadora, promove o esvaziamento dos movimentos operários, levando à despolitização e imobilização da classe produtiva, enfim, provocando um processo de isolamento político que acentua o sentimento de anomia social e despertencimento/estranhamento acentuado, que caracteriza a classe trabalhadora dos dias atuais.⁶⁹

Por essa razão, Ricardo Antunes, buscando conferir validade contemporânea ao conceito marxiano de classe trabalhadora, utiliza a expressão classe-que-vive-do-trabalho, para designar a totalidade daqueles que vendem sua força de trabalho em troca de salários, incorporando, além do proletariado industrial, dos assalariados do setor de serviços, também o proletariado rural que vende sua força de trabalho para

⁶⁸ O padrão organizacional fordista-taylorista, sinteticamente falando, se caracterizava de um lado por um alto nível de autonomia da classe operária, ocupando a questão salarial uma posição central na estabilidade da relação produtiva, e por outro lado, pelo incremento da produção em larga escala, centrada numa hierarquia vertical do processo produtivo, desenvolvido principalmente em grandes estabelecimentos industriais. O novo modelo de gestão denominado toyotismo ou ohnismo, proposta introduzida por Taiichi Ohno na empresa automobilística japonesa, Toyota, centra-se no conceito de empreendimento enxuto, com a tendência a subcontratar serviços instrumentais, prestados por empresas menores, para a consecução do produto final da empresa-pólo, rompendo, assim com o modelo taylorista de fragmentação do trabalho dentro da própria empresa. Os traços característicos do *toyotismo* são: produção variada, diversificada, voltada e conduzida diretamente pela demanda, sustentada por um estoque mínimo; *polivalência* do trabalhador, capacidade do trabalhador operar várias máquinas, combinando várias tarefas simples, provocando uma *desespecialização* e *polivalência* dos operários profissionais e qualificados, transformando-os em trabalhadores multifuncionais, além da integração horizontal, *horizontalização*, reduzindo-se o âmbito de produção da montadora e estendendo-se às subcontratadas, às *terceiras*, a produção de elementos básicos, que no fordismo eram atributo das montadoras, havendo uma intensificação da exploração do trabalhador; *flexibilização* dos direitos trabalhistas, de modo a dispor desta força de trabalho em função direta das necessidades do mercado consumidor. Para Ricardo Antunes o toyotismo estrutura-se a partir de um número mínimo de trabalhadores, ampliando-os através de horas extras, trabalhadores temporários ou subcontratação, dependendo das condições de mercado, cf. ANTUNES, Ricardo, op. cit., 1995, p. 25-30.

⁶⁹ SANTOS, Boaventura Santos, op. cit., 2003, p. 251-256.

o capital⁷⁰, superando, portanto, a separação teórica de Marx entre trabalho produtivo e trabalho improdutivo.⁷¹

Assim, na contemporaneidade, a classe trabalhadora apresenta um novo perfil, mais heterogêneo, mais complexo, mais fragmentado, poder-se-ia dizer, com um feitiço *global*, encarnada como a *classe-que-vive-do-trabalho*, reunindo assalariados de várias espécies, operando-se, na realidade, uma

maior inter-relação, maior interpenetração, entre as atividades produtivas e improdutivas, entre as atividades fabris e as de serviços, entre as atividades laborativas e as atividades de concepção, entre produção e conhecimento científico, que se expandem fortemente no mundo do capital e de seu sistema produtivo.⁷²

Ressalte-se, no entanto, que o perfil desta nova *classe-que-vive-do-trabalho* resulta de uma processualidade contraditória, gerada por um processo de *desproletarização do trabalho industrial fabril*, ou seja, de uma diminuição da classe operária industrial tradicional e, paralelamente, por um processo de *subproletarização*, caracterizado pela expansão do trabalho parcial, temporário, precário, subcontratado, “terceirizado”⁷³, enfim “flexibilizado”⁷⁴, que marca a *sociedade dual* do capitalismo avançado.⁷⁵

⁷⁰ ANTUNES, Ricardo, op. cit., 2007, p. 103. O autor inclui ainda, os assalariados em geral, inclusive aqueles *sem carteira de trabalho*, além dos trabalhadores *individuais por conta própria* da economia informal, colocando como ponto fulcral da inclusão na *classe-que-vive-do-trabalho* o assalariamento, a venda da própria força de trabalho.

⁷¹ Marx, ao tratar do trabalho produtivo, define-o como aquele trabalho que teria a capacidade de se transformar em capital, por produzir mais-valia e envolver uma relação determinada entre compra e venda do trabalho, pelo que a atividade produtiva consistiria em uma forma de designar o conjunto de relacionamentos e dos modos em que a força de trabalho figura no processo capitalista de produção. Por seu turno, o trabalho improdutivo seria aquela atividade que é trocada diretamente pelo trabalho, sem produzir capital, hipótese em que se estaria comprando um serviço, sendo que o próprio Marx ressalta que a mesma espécie de trabalho pode ser produtiva ou improdutiva, dependendo da circunstância do produto deste trabalho reverter em capital para quem contratou o serviço. MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. Seleção de textos de José Arthur Gianotti. Tradução de José Carlos Bruni et al. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

⁷² Para Antunes, a *subproletarização do trabalho* se efetiva pelo fato de que *diversas categorias de trabalhadores têm em comum a precariedade do emprego e da remuneração; a desregulamentação das condições de trabalho em relação às normas legais vigentes ou acordadas e a conseqüente regressão dos direitos sociais, bem como a ausência de proteção e expressão sindicais, configurando uma tendência à individualização extrema da relação salarial*, cf. ANTUNES, Ricardo, op. cit., 1995, p. 134.

⁷³ A *terceirização* consiste, basicamente, na *transferência de segmento ou segmentos do processo de produção de uma empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida, ou seja, em termos mais sucintos poderíamos definir, lato sensu, terceirização como sendo a prática de entrega a terceiros das atividades, não essenciais da empresa. Este conceito explicita esta prática na sua dimensão original, na sua própria gênese, não sendo, portanto, explicação de um instituto do Direito do Trabalho, retendo, portanto, a dimensão da*

Apesar do isolamento político, da anomia social, do aprofundamento do sentimento de despertencimento/estranhamento, embora heterogênea, fragmentada e complexa, a existência desta *classe-que-vive-do-trabalho* reitera, reafirma a noção de centralidade do trabalho, pois o sistema capitalista contemporâneo remanesce movido, predominantemente, pela lógica do capital, enquanto sistema produtor de mercadorias, necessitando do trabalho humano, em qualquer de suas acepções, para produção da mais-valia.

Contrariamente às teses dos que se mostram céticos quanto ao papel central do trabalho na sociedade atual, ou seja, questionam a validade do paradigma trabalho⁷⁶, julga-se pertinente e dotado de atualidade o pensamento marxiano que

*terceirização dentro da ótica da Teoria da Administração, enquanto prática empresarial, que se faz pela empresa, através de outra empresa, com a finalidade de atender aos interesses da atividade econômica. A própria criação deste neologismo terceirização, já indicia a tendência ideológica de utilização de tal prática, de forma a não revelar todos os reais condicionantes sociais e econômicos de sua implementação. Não é demais lembrar que no sistema capitalista o objetivo principal da atividade empresarial é a obtenção do lucro, através do desenvolvimento de suas atividades produtivas, logo é óbvio que a opção pela terceirização quer de bens ou serviços, sempre vai se configurar como uma forma de organização do setor produtivo que leve a empresa a obter maior lucro, quer através da redução do seu quadro de pessoal, quer seja através da diminuição da imobilização do seu capital. Dentro da lógica econômica do capital, toda e qualquer forma de terceirização deverá necessariamente resultar em diminuição de custos e aumento da margem de lucro, o que nos leva a afirmar que os serviços terceirizados o são por representarem redução de custos e não necessariamente aumento da qualidade, quer dos bens ou dos serviços. Em termos práticos, isto significa que a partir de uma prática de terceirização trabalhista, a empresa terceirizante, tomadora de serviços deixa de ter com o trabalhador, relações jurídicas trabalhistas, embora haja a prestação de serviços, mantendo o obreiro os vínculos de natureza laboral com a empresa terceirizada, prestadora de serviços, num modelo triangular de relação de trabalho que rompe a clássica relação bilateral de emprego, pulverizando e diluindo as relações trabalhistas, na medida em que em uma mesma empresa passam a conviver trabalhadores contratados diretamente pela empresa tomadora de serviços, de maior envergadura e poderio econômico, com padrão de remuneração e garantias de emprego mais favoráveis ao obreiro, e trabalhadores contratados por empresas prestadoras de serviços, em geral de pequeno porte, que, conseqüentemente, têm padrões de remuneração e garantias menores, formando uma verdadeira classe de subempregados, cf. MENDES, M. C. M. O discurso neoliberal de desconstrução dos direitos trabalhistas. In: POMPEU, Gina Marcílio (Org.). **Estado, Constituição e economia**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p. 254-255.*

⁷⁴ Para Giuseppe Cocco, a flexibilização do mercado do trabalho implica em um aumento do estoque dos desempregados, em razão da queda dos níveis de uso das capacidades produtivas da classe trabalhadora, levando, conseqüentemente, à flexibilização dos salários e enfraquecimento dos níveis de organização sindical dos trabalhadores, configurando-se como um produto da reorganização do capital, cf. COOCO, Giuseppe, op. cit., 2001, p. 141.

⁷⁵ ANTUNES, Ricardo, op. cit., 1995, p. 44.

⁷⁶ O ceticismo em relação à centralidade do trabalho, enquanto categoria epistemológica que permeia as relações da humanidade com a natureza pode ser depreendida no pensamento de Robert Kurz, quando afirma que a luta de classes não é o motor da história, mas sim o fetiche da mercadoria, cf. KURZ, Robert. **O colapso da modernização**. Tradução Karen E. Barbosa. São Paulo: Paz e Terra, 1992. Da mesma forma, esta tendência pode ser verificada em Gorz, que entende que o proletariado enquanto classe social está superada, cf. GORZ, André. **Adeus ao proletariado**: para além do socialismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. É também dentro dessa concepção desconstitutiva do valor-trabalho enquanto paradigma da (pós) modernidade, que

reputa o trabalho como uma forma de existência exclusivamente humana, motor da sociabilidade, indispensável, portanto, para a construção e reprodução da humanidade⁷⁷, bem como instrumento de dignificação (ou miséria) do ser humano.

Em uma sociedade onde o acesso à cidadania se encontra intrinsecamente ligado ao *status* conferido pela inserção no mundo do trabalho, a difusão da ideia de fim do primado do trabalho e do emprego milita em sentido contrário à afirmação da dignidade humana, na medida em que intensifica o sentimento de anomia, estranhamento/despertencimento da maioria da população não proprietária, diluindo a coesão social dos trabalhadores, e esvaziando, em contrapartida, o papel do Estado na regulação e minimização dos conflitos sociais, retirando da esfera do direito, cada vez mais, a questão social, por intermédio de um processo de desconstrução progressiva dos direitos sociais trabalhistas, conquistados através de

Habermas aponta a linguagem, e não o trabalho, como central nas relações humanas, considerando a fala como o processo primordial que permite os homens se relacionarem dando sentido à própria vida, se reconhecendo e interagindo. Para Habermas, a linguagem seria um ato de consciência que possibilita dar nomes, sentidos às coisas, condição fundamental para alçar a liberdade, pelo que o trabalho não seria tão preponderante como aparentaria ser, pois a sua realização, mesmo de forma individual, só seria possível através de uma simbolização social que tem como pressuposto a presença da linguagem. Em outras palavras, o trabalho teria como condição necessária a linguagem e esta pressuporia o diálogo e a interação. Por esta razão, Habermas sustenta que com o avanço do capitalismo a ciência teria se transformado na principal força produtiva, apresentando-se a ciência e a técnica como os alicerces da própria racionalidade instrumental, não podendo o trabalho humano meios de romper com essa relação, não estando mais a possibilidade de superação no trabalho, mas sim nas mediações construídas pelo agir comunicativo. Enfim, a teoria do valor marxiana não seria mais central, pois a própria produção teria se deslocado do trabalho para a ciência, desaparecendo as classes sociais e os sujeitos históricos do trabalho. HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor; HABERMAS, Jürgen. **Textos escolhidos**. Tradução de Zeljiko Loparic e Andréa Maria A. C. Loparic. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 313-343.

⁷⁷ “Antes de tudo, o trabalho é um processo entre o homem e a Natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a Natureza. Ele mesmo se defronta com a matéria natural como uma força natural. Ele põe em movimento as forças naturais pertencentes à sua corporalidade, braços e pernas, cabeça e mão, a fim de apropriar-se da matéria natural como uma forma útil para a sua própria vida. Ao atuar, por meio desse movimento, sobre a Natureza externa a ele e ao modificá-la, ele modifica, ao mesmo tempo, sua própria natureza. Ele desenvolve as potências nela adormecidas e sujeita o jogo de suas forças a seu próprio domínio. Não se trata aqui das primeiras formas instintivas, animais, de trabalho. O estado em que o trabalhador se apresenta no mercado como vendedor de sua própria força de trabalho deixou para o fundo dos tempos primitivos o estado em que o trabalho humano não se desfez ainda de sua primeira forma instintiva. Pressupomos o trabalho numa forma em que pertence exclusivamente ao homem. Uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e a abelha envergonha mais de um arquiteto humano com a construção do favo de suas colméias. Mas, o que distingue de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele construiu o favo em sua cabeça, antes de construí-lo na cera. No fim do processo de trabalho obtém-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e, portanto idealmente. Ele não apenas efetuou uma transformação da forma da matéria natural; realiza, ao mesmo tempo, na matéria natural seu objetivo, que ele sabe que determina, como lei, a espécie e o modo de sua atividade e ao qual tem de subordinar a sua vontade.” MARX, Karl. **O capital**. Capítulo VI (inédito). São Paulo: Ciências Humanas, 1985, p.149-150.

anos de luta das classes trabalhadoras, em reação à sua exploração e pauperização. Necessário ultrapassar-se a ideia de fim da luta de classes, veiculada ideologicamente, pois, na verdade, como enfatiza Friedrich Müller,

a luta de classes se faz todos os dias- a partir dos anos 70 do século XX, principalmente, de cima para baixo, afinal as forças de resistência têm estado, no momento, muito afetadas pelo neocolonialismo e pelo neoliberalismo com seu desemprego estrutural crescente, sua desregulação de normas protetoras dos mais necessitados e sua globalização financeira sem controle. Esta luta de classes de cima para baixo se manifesta em tudo, por exemplo, na legislação do direito do trabalho, pela privatização das empresas públicas, pela submissão de todos os setores da vida ao 'mercado.'⁷⁸

Entretanto, a luta de classes não mais se traduz na dicotomia opressores/oprimidos manejada pela teoria marxiana, restando afetada por um processo crescente de exclusão social, marginalização e precarização do mundo do trabalho gerado pelo neoliberalismo, pelo que se pode afirmar que seria

bem mais apropriado empregar a antítese incluídos/excluídos, sendo que a categoria 'incluídos' abrange tanto os opressores quanto os oprimidos, pois, afinal de contas, nos dias que correm, ser oprimido não deixa de ser uma forma de inclusão. O outro pólo da antítese, ou seja, os 'excluídos' do acesso à educação, à saúde, ao trabalho, às diversas formas de bens sociais, à própria cidadania, enfim) compreende aqueles que nem sequer chegam à condição de oprimidos, pura e simplesmente pelo fato de não haver ninguém que tenha interesse em oprimi-los. É dentro dessa perspectiva que tenho sustentado que os excluídos se encontram numa condição não análoga, mas efetivamente inferior à dos escravos. Estes, pelo menos, encontram quem se interesse em oprimi-los [...]⁷⁹

Como referido, a exclusão social aumenta exponencialmente o *déficit* participativo e a consciência de classe, pelo que remanesce o Estado, ainda, como instituição necessária, capaz de impor um mínimo de segurança aos mais diversos componentes da *classe-que-vive-do-trabalho*, *seja pela renovação de sua ação reguladora, seja pela revitalização da idéia de território por meio da idéia de nação, seja pela definição de novos imperativos de mobilização dos recursos humanos e moderação do mercado.*⁸⁰

O poder público, enquanto espaço de expressão das contradições políticas da sociedade capitalista, segundo Robert Castel, continua sendo a *única instância*

⁷⁸ ENTREVISTA com Friedrich Müller. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 24.

⁷⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, op. cit., 2006, p. 46.

⁸⁰ COCCO, Giuseppe, op. cit., 2001, p.138.

*capaz de construir pontes entre os dois pólos do individualismo e impor um mínimo de coesão à sociedade, através da manutenção de um sistema mínimo de proteção social.*⁸¹

Pode-se, então, entender que o tão propalado fim do mundo do trabalho é muito mais uma colocação de cunho ideológico que visa a encobrir o próprio movimento do sistema de produção, ocultando a tendência do capital a se expandir sem a contrapartida da reciprocidade de garantia da melhoria das condições de trabalho, pois, na sociedade global, *na verdade, o trabalho, ao invés de encolher, se expande à sociedade e à vida como um todo*, reconciliando abstração e concreção nas condições de produção, possibilitando uma *nova perspectiva teórica e política, alternativa ao mesmo tempo à ideologia pós-moderna (do fim do trabalho).*⁸²

Para a operacionalização desta nova perspectiva teórica e política, é preciso que o amplo leque de assalariados que compreendem o setor de serviços, os trabalhadores “terceirizados”, os trabalhadores do mercado informal, os “trabalhadores domésticos”, os desempregados, os subempregados, etc., agreguem-se aos trabalhadores diretamente produtivos, de forma a constituir um segmento social dotado de maior potencialidade anticapitalista. Neste sentido, Ricardo Antunes entende que

a luta da *classe-que-vive-do-trabalho* é central quando se trata de transformações que caminham em sentido contrário à lógica da acumulação de capital e do sistema produtor de mercadorias. Outras modalidades de luta social (como a ecológica, a feminista, a dos negros, dos homossexuais, dos jovens, etc.) são, como o mundo contemporâneo tem mostrado em abundância, de grande significado, na busca de uma individualidade e de uma sociabilidade dotada de sentido. Mas, quando o eixo é a *resistência e o confronto à lógica do capital e à sociedade produtora de mercadorias*, o centro desta ação encontra maior *radicalidade* quando se desenvolve e se amplia no interior das classes trabalhadoras, ainda que reconhecendo que esta empreitada é muito mais complexa e difícil que no passado, quando a sua fragmentação e heterogeneidade não tinham a intensidade encontrada no período recente.⁸³

⁸¹ CASTEL, Robert, op. cit., 1998, p. 610.

⁸² COCCO, Giuseppe, op. cit., 2001, p.161. Giuseppe Cocco trabalha com a ideia de que as *dinâmicas pós-industriais precisam ser analisadas não no horizonte do desaparecimento da produção de bens materiais, mas no de sua subordinação às atividades imateriais e lingüísticas que requalificam o regime de acumulação*. Para o autor, *não é a ação política que integra o modelo do trabalho, como anunciava Hannah Arendt, nem o agir comunicativo do mundo da vida que é colonizado pela racionalidade instrumental, como anunciava Habermas; é o trabalho que se torna ação como capacidade de se adaptar à imprevisibilidade, de começar uma coisa de novo, e produzir performances lingüísticas*, que recentraliza o paradigma do trabalho na fragmentária, complexa e multifacetada sociedade contemporânea.

⁸³ ANTUNES, Ricardo, op. cit., 1995, p. 86-87.

A complexidade da situação atual e a necessidade de resistência são analisadas por Pierre Bourdieu, ao enfrentar a questão da precariedade generalizada do trabalho, do desemprego e a conseqüente desmoralização e desmobilização social que a presente conjuntura do sistema político-econômico acarreta, pois os *desempregados e os trabalhadores destituídos de estabilidade não são passíveis de mobilização, pelo fato de terem sido atingidos em sua capacidade de se projetar no futuro.*⁸⁴

Entretanto, o mesmo autor advoga a possibilidade de reconstrução teórica e prática através de um movimento contrário ao pensamento hegemônico neoliberal, apontando como exemplo emblemático o movimento dos desempregados desencadeado na França, no ano de 1998, classificado como verdadeiro *milagre social*, na medida em que tal movimentação, ao congregar os excluídos do mundo do trabalho, teve o condão de arrancar

os desempregados, e com eles todos os trabalhadores precários, cujo número cresce dia a dia, da invisibilidade, do isolamento, do silêncio, em suma da inexistência. Reaparecendo em plena luz os desempregados reconduzem à existência e a um certo orgulho todos os homens e mulheres que, como eles, o não-emprego condena habitualmente ao esquecimento e à vergonha. Mas eles lembram sobretudo que um dos fundamentos da ordem econômica e social é o desemprego em massa e a ameaça que ele faz pesar sobre todos os que ainda dispõem de um trabalho.⁸⁵

A superação do imobilismo difundido pelo discurso pós-moderno de desconstrução dos direitos sociais trabalhistas perpassa pela necessidade de garantia constitucional dos direitos sociais, arduamente conquistados na conflituosa história das lutas de classes, através da proibição jurídica da marcha que impulsiona para o retrocesso em matéria social. Para tanto, é preciso que se entenda a história do processo de constitucionalização dos direitos sociais, tema que será abordado no próximo capítulo.

⁸⁴ BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 121.

⁸⁵ *Ibid.*, 1998, p.129.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

[...] não é possível nenhuma discussão séria da história que não se reporte a Marx ou, mais precisamente, que não parta de onde ele partiu.¹

A história do processo de constitucionalização dos direitos humanos tem muito a dizer acerca dos direitos fundamentais sociais na sociedade contemporânea, pelo que se retoma o eixo teórico marxiano neste capítulo, de vez que a análise da construção destes direitos exige a adoção de uma concepção materialista da história, não bastando, então, pinçar fatos ou ideias de forma isolada da realidade social.

Por materialismo histórico, entende-se a busca de compreensão da realidade através da análise das situações concretas como totalidades, isto é, sob a perspectiva de que os fatos não existem por si só ou neles mesmos, mas são produtos de circunstâncias materiais (econômicas, políticas, de ideias) que têm como centro a *práxis* social. Em assim sendo, tem-se que o materialismo histórico trabalha com conceitos heurísticos, ou seja, os conceitos, que nada mais são que instrumentos da teoria, não são tipos-ideais ou modelos que se enquadram na realidade fática, na realidade empírica. Ao contrário, os conceitos devem ser produtos da análise histórica e devem ser transformados de acordo com a realidade que está sendo trabalhada. Segundo Marx, em oposição a uma concepção metafísica da história, o concreto

é concreto por ser a síntese de múltiplas determinações, logo, unidade da diversidade. É por isso que ele é para o pensamento um processo de síntese, um resultado, e não um ponto de partida, apesar de ser um

¹ HOBBSAWN, Eric. **Sobre História**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 36-48.

verdadeiro ponto de partida e, portanto igualmente o ponto de partida da observação imediata e da representação.²

Ainda utilizando o pensamento marxiano, o materialismo histórico, enquanto diretiva para a pesquisa e a análise, levaria a investigar as condições de existência das diversas formações sociais, antes de formular abstratamente as concepções religiosas, filosóficas, jurídicas, políticas que lhe são correspondentes.

Como forma de recorte do objeto de estudo desta pesquisa, neste trabalho não se tratará de forma exaustiva a evolução dos direitos humanos e objetivação em cartas constitucionais, de forma a granjearem *status* de direito fundamental³, mas se focará na análise do processo histórico de constitucionalização dos direitos sociais.

2.1 A importância das lutas operárias na constitucionalização dos direitos sociais

Eric Hobsbawn, em artigo acerca da relação dos movimentos operários e dos Direitos Humanos, adverte para a historicidade dos direitos que *não existem em abstrato, mas somente onde as pessoas os exigem, ou possa supor-se que elas estão conscientes de sua falta*⁴, consciência esta extremamente presente nas classes trabalhadoras, em razão de sua condição histórica de *subprivilegiados, hipossuficientes*.

A mesma advertência pode ser observada no pensamento de Norberto Bobbio e Hannah Arendt⁵, ao enfatizarem que os direitos são realidades históricas,

² MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 1977, p. 218-219.

³ Adotamos a posição de Jorge Miranda que entende por “direitos fundamentais” *as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material*. Da mesma forma adotamos o entendimento de que a expressão “direitos humanos” aplica-se a aqueles direitos declarados em documentos de direito internacional, *por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional*. Para estudo mais aprofundado ver MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual, Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁴ HOBBSAWN, Eric. **Mundos do trabalho**: novos estudos sobre história operária. Tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran. Rev. tec. Edgar de Decca e Michal Hall. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 410.

⁵ Hannah Arendt faz uma distinção entre natureza humana e condição humana: a condição humana diria respeito às formas de vida que o homem impõe a si mesmo para sobreviver, tendentes a suprir

construídas no mundo real, resultantes das lutas travadas no tempo e no espaço entre indivíduos, ou grupos de indivíduos, de forma a suprir suas carências e deficiências materiais.

A historicidade dos direitos do homem, para Bobbio, resta patente por serem estes direitos nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem todos de uma vez por todas.⁶

Da mesma forma, o autor ressalta o papel das carências que impulsionam a luta por direitos, ao afirmar que

a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.⁷

Embora os direitos do homem afirmados pelas Declarações Americana e Francesa durante o século XVIII tenham sido concebidos, inicialmente enquanto direitos individuais, formais, usufruídos precipuamente pelos componentes das classes burguesas, seu reconhecimento teve um papel importante nas lutas por conquistas de direitos sociais, sendo admitido no pensamento marxiano o papel proativo da positivação dos direitos individuais, na medida em que sua não concretização pela totalidade dos cidadãos reclamava a conquista de direitos reais, substanciais, materiais, tendentes a igualar os homens no mundo da facticidade.

A consciência crescente da contradição existente entre a igualdade formal, conferida pelas liberdades pessoais veiculadas em declarações de direitos do homem, e a realidade do mundo do trabalho e da participação política, extremamente excludente da classe trabalhadora, forçaram a luta pela

sua existência, sendo que estas condições variam de acordo com o lugar e o momento histórico do qual o homem é parte, pelo que neste aspecto poderíamos afirmar que todos os homens são condicionados, mesmo aqueles que condicionam o comportamento de outros homens. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. São Paulo: Universitária, 1987.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

⁷ Ibid., 2004, p. 25.

constitucionalização destes direitos, e posteriormente à luta pela conquista de direitos sociais.

Neste aspecto pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais tiveram sua evolução essencialmente vinculada aos movimentos operários europeus do final do século XVIII, em um momento de desenvolvimento do sistema capitalista em sua fase industrial, quando a classe trabalhadora era um dos elementos essenciais para o desenvolvimento deste modo de produção.

Necessário ressaltar que nas sociedades pré-industriais o sistema de direitos tinha características peculiares, pois aceitava pacificamente a desigualdade entre os homens, dependendo os direitos *da condição social, do status e da situação hierárquica ou pessoal, e não podiam ser generalizados*.⁸

Da mesma forma havia uma implicação mútua entre direitos e deveres, além do que, em geral, os direitos não eram especificados de forma rígida na lei, o que dificultava, sobremaneira, o entendimento do conceito moderno de igualdade perante a lei, aplicável a todos indistintamente.

Na realidade, iguais em direitos e deveres eram apenas aqueles iguais em classe social, hierarquia, não causando espanto a desigualdade *natural* proveniente de uma organização societária de cunho estamental, característica de um mundo medieval centrado na família, no coletivo, no sentimento de pertencimento a uma ordem já estabelecida e profundamente marcada pela estratificação e quase nenhuma mobilidade social.

A nova visão de mundo centrada no indivíduo, dissociado de sua classe, senhor de direitos e deveres firmados através de um contrato social, capaz de, através do seu esforço pessoal, trabalho intenso e disciplinado, ascender socialmente, enquanto paradigma da modernidade, paradigma este necessário à legitimação da nova ordem liberal, marca a ruptura com valores sociais de uma organização econômica, política e social medieval em processo de esgotamento e transformação.

⁸ HOBBSAWN, Eric, op. cit., 1987, p. 417.

Claudia Maria da Costa Gonçalves enfatiza que a manutenção da “ordem moderna no interior do capitalismo com todas as suas múltiplas formas de exploração requereu, desde o início um grande esforço teórico, político e jurídico para legitimar o Estado, o indivíduo e, acima de tudo o Estado.”⁹ E foi a partir deste esforço que foram criados os contornos do paradigma liberal da modernidade.¹⁰

Os direitos humanos na perspectiva do paradigma liberal caracterizaram-se por pertencerem a indivíduos, abstratamente considerados, e não mais como pessoas indissociáveis de sua comunidade e contexto social, marcando a consagração do individualismo, em contraposição ao comunitarismo medieval. Segundo Hobsbawn, este era um enfoque novo do ponto de vista histórico, pois

eles eram, naturalmente, os direitos de homens dentro de ‘associações políticas’ organizadas, desde a família ou a tribo até cidades e Estados, mas como o próprio termo ‘associação’ (que retirei da declaração de 1780) insinua, essas entidades coletivas são consideradas como grupos de pessoas que entram em associação e que podem, **de certo modo, ser imaginadas fora delas**. As ‘associações políticas’ têm o dever, ou são estabelecidas com a finalidade de proteger os direitos do indivíduo (por exemplo: o Estado), bem como contra outras pessoas. **Portanto, seu poder deve ser limitado em alcance e em meios, seus agentes devem prestar contas, e os direitos do indivíduo devem ser garantidos contra elas**. Hoje consideramos este enfoque como líquido e certo nas sociedades constitucionais, mas ele pertence a uma visão histórica específica das relações humanas.¹¹ (Grifo nosso).

Em razão da universalidade e igualdade formal conferida a tais direitos que consideravam o indivíduo isoladamente, destacado da sua ambiência social, teoricamente era possível considerar os direitos proclamados nas Declarações de Direitos, como passíveis de aplicação a todas as pessoas, garantindo proteção em face da ação do Estado, através da aparente neutralidade da lei em relação aos conflitos originários das diferenças distributivas.

Para Hobsbawn, na verdade, a principal virtude das declarações universais de direitos individuais, de cunho individual, foi o de fornecer a grupos desfavorecidos, que postulavam melhores condições de vida, como as mulheres, os negros, os

⁹ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006, p. 33-34.

¹⁰ Para uma análise da trajetória histórica dos direitos fundamentais na modernidade, cf. SARMIENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 17- 42, onde que o autor efetua uma análise dos paradigmas liberal e social que corresponderiam ao Estado Liberal e o Estado Social.

¹¹ HOBBSAWN, Eric, op. cit., 1987, p. 415-416.

trabalhadores, “justificativas universais para fazê-lo, o que tornava mais difícil para outras pessoas, resistir às reivindicações, em princípio.”¹²

Cabe observar que os primeiros direitos declarados eram, principalmente, de natureza política ou jurídico-política, objetivando a concessão de garantias institucionais aos cidadãos contra a ação interventiva do Estado, quando não instado a fazê-lo, cidadãos estes que abstratamente eram todos os indivíduos isoladamente considerados, mas que, concretamente, restringiam-se a uma parcela proprietária, pertencente às classes sociais que não viviam do salário, o que ficava claro pela instituição do voto censitário como forma de delimitação do exercício dos direitos políticos.

Não havia, então, qualquer pretensão à instituição de programas sociais e econômicos, pois as liberdades que o ideário iluminista, legitimador do liberalismo econômico e político exigiam, eram de cunho negativo, que afastassem definitivamente os poderes absolutos da monarquia e os privilégios feudais.

Daniel Sarmiento salienta que “a fórmula utilizada para a racionalização e legitimação do poder pelo Iluminismo era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveria estabelecer a separação dos poderes para contê-los.”¹³

Em outras palavras a transformação dos direitos humanos em direitos fundamentais, reconhecidos no ordenamento jurídico de um Estado Moderno, constituiu-se em etapa necessária da evolução histórica dos direitos humanos¹⁴, enquanto instrumento de afirmação política e social da burguesia capitalista.

Segundo Fábio Konder Comparato, as liberdades pessoais que, originariamente, foram instituídas para a defesa dos interesses de estamentos como o clero e a nobreza, frente aos poderes despóticos do monarca, configuraram-se como essenciais à implantação do capitalismo industrial, da mesma forma como a democracia moderna foi a fórmula política encontrada “pela burguesia para extinguir

¹² Ibid., 1987, p.416.

¹³ SARMENTO, Daniel, op. cit., 2004, p. 24.

¹⁴ Para Fábio Konder Comparato a ideia de que todos os seres humanos têm direitos a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce nos primórdios da civilização, já com a instituição da *lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada*. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

os antigos privilégios dos dois principais estamentos do ‘ancien regime’- o clero e a nobreza- e tornar o governo responsável perante a classe burguesa”, enquanto forma de delimitação dos poderes governamentais.¹⁵

Tem-se, então, que o paradigma liberal não previa a positivação dos direitos sociais nas Constituições dos Estados Liberais oitocentistas, sendo esta uma das razões da crítica de Marx aos direitos humanos efetuada no seu texto *A questão judaica*¹⁶, para quem o homem tributário de direitos nesta concepção é o ser particular que pertence a uma classe – *a burguesa- e a uma sociedade, a sociedade civil, possuindo direitos reais*, que ansiavam pela proteção contra o controle e intervenção do poder político.

O positivismo, enquanto doutrina jurídica, desempenhou um papel importante na afirmação do paradigma liberal, na medida em que a redução do Direito ao Direito Positivo imunizava a esfera das relações econômicas capitalistas do poder político, permitindo a legitimação de um processo de inclusão de alguns poucos e exclusão de muitos, da possibilidade de exercício dos direitos de liberdade e igualdade, contribuindo *para neutralizar, sob o manto da legalidade laissez-faireana, as contradições sociais já agudamente configuradas na Europa industrial.*¹⁷

Em última instância, o individualismo e atomismo social veiculados pelo paradigma liberal significavam a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, havendo em contrapartida a concessão apenas da segurança da legalidade formal, *igualdade de todos perante a lei*. Comparato afirma que esta segurança jurídica, na verdade, rapidamente revelou-se

uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e empregados eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade de prover livremente à sua

¹⁵ Ibid., 2007, p. 49-52.

¹⁶ MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Moraes, [s.d.], p.37. A respeito do posicionamento de Marx ver artigo de WOLKMER, Antonio Carlos. Marx, a questão judaica e os direitos humanos. **Revista Seqüência**, n. 48, p. 11-28, jul. 2004.

¹⁷ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006, p. 41.

subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança.¹⁸

A desigualdade de fruição de direitos pelas classes trabalhadoras e a crescente pauperização das massas proletárias, desde os primórdios do século XIX, acabaram por fomentar um sentimento de indignação entre os trabalhadores, contribuindo para a formação de uma consciência de classe¹⁹ e conseqüente organização dos movimentos operários, cuja reivindicação básica era por salários que lhes permitissem uma vida digna, além da luta pela implantação de um sistema de previdência social e efetiva fruição de direitos políticos que eram até então limitados.

Michelle Perrot salienta que, nas décadas finais do século XVIII, as relações entre patrões e trabalhadores já eram permeadas por um sentimento de hostilidade crescente, em um antagonismo que se afastava de um estágio inicial de paternalismo, herdado das relações pré-capitalistas, feudais.²⁰

Para a autora, o próprio termo *patron*, muito particular à língua francesa das relações industriais, que apresentava conotação de proteção e patrocínio, no entanto, gradualmente, vai mudando de significado, expressando a contradição entre a situação de espoliação dos trabalhadores e a opulência dos patrões, na medida em que os *patrões são senhores, seja por perpetrarem a antiga feudalidade*

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., 2007, p. 53-54.

¹⁹ Hobsbawn, trabalhando a questão da consciência de classe, afirma que esta é um fenômeno da era industrial, consistindo em ideias, sentimentos, etc., que homens em uma dada situação de vida teriam, se pudessem compreender inteiramente sua situação e os sentimentos dela derivados, tanto com respeito à ação imediata quanto com respeito à estrutura da sociedade que corresponder(ia) a esses interesses. Ressalta, ainda, que as classes, em sua acepção objetiva, existem desde a desagregação da sociedade baseada essencialmente em relações de parentesco, enfatizando que a transição do conceito pré-industrial de “ordem” ou “estado” ao conceito moderno de “classe”, se deu através da utilização de termos tais como o “populacho” ou “os trabalhadores pobres” até termos mais elaborados doutrinariamente pelo socialismo como o “proletariado”, a “classe operária” ou a “classe trabalhadora”, HOBSEBAWN, Eric, op. cit., 1987, p.36-38.

²⁰ PERROT, Michelle. **Os excluídos da história:** operários, mulheres, prisioneiros. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p.81-100. Como exemplo deste clima de ascensão do antagonismo social a autora transcreve passagem de reportagem de Henry Leyret, datada de 1895, no jornal operário *En plein Faubourg (Em pleno Subúrbio)*: “O patrão é o inimigo, é o macaco, do qual não se fala sem medo, já que dele depende a existência, mas que não é apreciado, vira objeto de piadas fora da oficina, na certeza de que ele mesmo detesta seus operários e só tenta extrair deles o máximo de lucro possível [...]”. No capítulo terceiro aqui indicado, intitulado *O olhar do outro: os patrões franceses vistos pelos operários (1880-1914)*, a partir de pesquisa em documentos da época a autora retrata um quadro de antagonismo crescente que entre patrões e empregados, que partem já da organização dos trabalhadores em associações de luta por melhoria de sua condições de trabalho e que contribuíram sobremaneira para a formação da consciência de classe dos trabalhadores.

(sobretudo por volta de 1880 é forte a idéia de continuidade) seja por fundarem uma feudalidade às vezes pior do que a antiga.²¹

O quadro real de exploração dos trabalhadores, sua total exclusão da fruição de direitos básicos proclamados pela trilogia revolucionária - Liberdade, Igualdade e Fraternidade - desvelava a insuficiência do processo de constitucionalização apenas das liberdades pessoais, constituindo-se em uma trilogia liberal burguesa²², que pouco aproveitava aos excluídos do contrato social.

Entretanto, enquanto espaço de apropriação política, pela sua veiculação como direito garantido a todos, indistintamente, as liberdades de expressão, liberdade de imprensa e de manifestação pública permitiram a organização paulatina da classe trabalhadora, através da luta por direitos que possibilitassem a organização dos movimentos operários, tais como o direito de greve e de organização coletiva, direitos estes que não foram incluídos nas Declarações de Direitos do Homem, tanto francesa²³ quanto americana²⁴, luta esta que se deu, inicialmente, em países europeus industrializados, como a Inglaterra e a França.

Hobsbawn aponta os movimentos operários britânicos como os primeiros a dar prioridade, em seu programa de atuação política, às reformas sociais na medida em que

eles lutavam pelos direitos dos trabalhadores à plena cidadania, mesmo que esperassem continuar a lutar por algo mais. Eles deram força especial a esta luta pelos direitos do cidadão porque sua maioria era composta de pessoas que não usufruíam desses direitos, e porque mesmo aqueles

²¹ Ibid., 2006, p. 86.

²² GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006, p.42- 44. A autora enfatiza que as *jornadas de trabalho estressantes, inexistência de proteção a trabalhos penoso, insalubres e perigosos, ausência de segurança jurídica no trabalho, etc. terminam por tornar evidente que a trilogia da revolução Francesa-Liberdade, Igualdade, fraternidade, ia, cada vez mais, elitizando-se, gerando uma sensação de despertencimento aos trabalhadores e, em especial, para os que estavam à margem do ciclo produtivo do capitalismo.*

²³ Conferir o texto integral da DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decdhomem.html>>. Acesso em: 14 maio 2009, produto da Revolução Francesa votada em 02.10.1789, que consagrava os direitos de igualdade; liberdade em várias das suas manifestações, tais como, liberdade de expressão, opinião, locomoção, credo religioso; além de considerar a propriedade como inviolável, afirmando, ainda, que qualquer sociedade em que estes direitos não fossem garantidos e cujo governo não se firmasse no princípio da separação dos poderes, permitindo a participação dos cidadãos nas decisões, não teria, efetivamente uma constituição.

²⁴ Conferir o texto integral da DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA VIRGÍNIA, 12 jun.1776. Disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 12 maio 2009 onde é proclamado, no art. 1º, a liberdade e igualdade entre os homens, com a garantia do respeito pelos poderes públicos da propriedade.

direitos legais e liberdades civis, que eram aceitos na teoria, eram contestados na prática pelos adversários dos trabalhadores.²⁵

Neste sentido o direito à greve ou a formar um sindicato ressaltava de importância, pelo que, a partir da permissão legal de organização de classe, outros direitos sociais poderiam ser obtidos em prol dos trabalhadores, garantindo-lhes a luta pelo direito à própria subsistência, enfim, a viver uma vida digna.

Os movimentos operários foram historicamente importantes na luta pela inclusão de direitos sociais tanto nas declarações de Direitos do Homem, quanto nos textos constitucionais, enquanto luta pela liberdade e contrária à opressão social, tanto que

nos locais onde os movimentos operários e socialistas se tornaram poderosos, essas pessoas naturalmente se juntaram aos protestos de sua vizinhança, aos defensores de liberdades civis, aos defensores dos direitos das minorias e de todos os tipos de pessoas sem direitos- escravos, negros, mulheres, homossexuais ou o que fossem-[...] ²⁶

Cabe enfatizar que muito contribuíram para as lutas sociais de homens e mulheres inseridos em um cotidiano de exclusão social, quer na condição de empregados ou desempregados, as críticas ao liberalismo econômico, veiculadas não apenas pelo marxismo, quanto pelas teses de proteção social adotadas pelo socialismo utópico²⁷ e pela doutrina social da Igreja.²⁸

²⁵ HOBBSAWN, Eric, op. cit., 1987, p. 419.

²⁶ Ibid., 1987, p. 429.

²⁷ O socialismo utópico teve como seus principais representantes Saint-Simon, Charles Fourier, Louis Blanc e Robert Owen e foi assim denominado pelos teóricos marxistas, que se auto-intitulavam de socialistas científicos, em razão de propugnarem uma sociedade de iguais sem indicarem, no entanto, os meios para alcançar uma tal formação ideal. Enquanto o socialismo científico pregava a alteração universal das relações de produção, pela via revolucionária, o socialismo utópico se baseava na tentativa de para criação de uma sociedade de iguais, sem alterar de forma universal e radical as relações de produção, propondo a abolição da divisão entre proprietários e trabalhadores e a divisão igual do produto social entre os membros da sociedade. ENGELS, Friedrich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico**. São Paulo: Global, 1985.

²⁸ A encíclica *Rerum Novarum*, do papa Leão XXIII, publicada em 15 de maio de 1891, considerada como o documento oficial do início de uma reflexão da Igreja Católica acerca das contradições sociais da sociedade capitalista, inaugura o que se convencionou chamar a Doutrina Social da Igreja. Totalmente dedicada à *questão social*, ou seja, tendo a condição social dos operários como o tema central, expressa um olhar crítico a uma sociedade profundamente marcada pelas mazelas da revolução industrial. O contexto histórico da edição da encíclica papal é uma sociedade profundamente marcada por modificações na ordem sócio-econômica (com o surgimento e consolidação da indústria), política (com o fortalecimento dos Estados Modernos), científica (com a sistematização do conhecimento e utilização preponderante do método experimental) e filosófica (com o triunfo da razão iluminista privilegiando o individualismo), que, no entanto, não trouxe às pessoas os benefícios prometidos pela era do progresso, pelos tempos modernos, pois aliado ao incremento da produção houve um aprofundamento das desigualdades sociais. CARTA ENCÍCLICA "RERUM NOVARUM" SOBRE A CONDIÇÃO DOS TRABALHADORES. Disponível em:

A crítica ao liberalismo econômico efetuada pelos utópicos na França do século XVIII apontava o abismo que separava a igualdade formal da tríade “liberdade, igualdade, fraternidade” e a desigualdade real a que estava submetida a classe trabalhadora, em uma constatação de que a livre concorrência exigida pelo mercado não havia trazido o equilíbrio social propalado pelo liberalismo econômico, o que impulsionou a implantação de medidas de proteção ao trabalhador, influenciando a criação das primeiras normas de Direito do Trabalho nas sociedades europeias industrializadas.

Da mesma forma, mas com argumentos ligados à fraternidade e à fé cristã, negando a luta de classes enfatizada por Marx, a crítica ao liberalismo econômico levada a efeito pela Doutrina Social da Igreja condena as condições assimétricas e opostas inerentes ao capitalismo, onde patrões e operários lutam por seus interesses, mas com forças desiguais, constituindo-se os trabalhadores a parte mais fraca, submetida a condições de trabalho e de vida extremamente precárias e desumanas, pela força dos proprietários do capital e dos meios de produção, com a riqueza de poucos se constituindo a contraface da pobreza de muitos.

Segadas Viana analisa o fosso quase medievo que permanecia separando patrões e trabalhadores, descrevendo a situação então vivenciada pelas duas classes como o *supermundo dos ricos e o inframundo dos pobres*, sendo que

no seu supermundo, em monopólio absoluto, os ricos avocavam para si todos os favores e todas as benesses da civilização e da cultura: a opulência e as comodidades dos palácios, a fartura transbordante das ucharias, as galas e os encantos da sociabilidade e do mundanismo, as honrarias e os ouropéis das magistraturas do estado. Em suma: a saúde, o repouso, a tranquilidade, a paz, o triunfo, a segurança do futuro para si e para os seus.

No seu inframundo repululava a população operária: era toda uma ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação; inteiramente afastada das magistraturas do Estado; vivendo em mansardas escuras, carecida dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva; oprimida pela deficiência dos salários; angustiada pela instabilidade do emprego; atormentada pela insegurança do futuro, próprio e da prole; estropiada pelos acidentes sem reparação; abatida pela miséria sem socorro; torturada na desesperança da invalidez e da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo.²⁹

<http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>.

Acesso em: 12 maio 2009.

²⁹ VIANA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 15. ed. atual. São Paulo: LTr, 1995. v. 1, p. 35.

Ante este quadro social, e considerando que a força de trabalho era necessária ao desenvolvimento do processo de industrialização, em sua fase inicial, os trabalhadores tiveram um espaço de negociação que lhes permitiu garantir, paulatinamente, condições mínimas de existência, em razão de uma múltipla conjunção de fatores favoráveis à classe operária, tais como: poder de pressão em razão da necessidade de mão de obra para a implantação dos parques fabris; organização em movimentos operários, utilizando as liberdades pessoais tão apregoadas pela doutrina liberal como seu fundamento; influência das doutrinas anticapitalistas que ganhavam corpo, à época, em claro antagonismo às teses do liberalismo econômico; exacerbação das desigualdades sociais que fomentavam a fome, a miséria e conseqüente a revolta dos trabalhadores.

Desde o início do século XIX, surgem, na Europa, as primeiras normas sociais de proteção ao trabalhador³⁰, formando o arcabouço de um Direito do Trabalho, pois tornava-se evidente a *necessidade de criação de mecanismos para evitar os abusos dos agentes econômicos, cujo mercado não conseguia controlar, vez que até para a manutenção do sistema capitalista era preciso que o Estado assumisse uma posição mais ativa no cenário econômico, para disciplinar e impor certos limites às forças presentes no mercado.*³¹

Convém frisar que estes direitos sociais de proteção ao trabalho não surgiram por acaso, ou por exclusiva permissividade quer do Estado não intervencionista, quer da classe proprietária dos meios de produção capitalista, mas foram fruto das

³⁰ Segadas Viana ao trabalhar os antecedentes históricos da formação do Direito do Trabalho, lista acontecimentos e legislações que foram importantes na regulamentação do trabalho, p. ex: em 1825, na Inglaterra o restabelecimento do direito de associação, proibido em 1799; revolução operária em Lyon, em 1830, na luta pelo salário mínimo; na França em 1848, a delimitação da jornada de trabalho em 10 horas na cidade de Paris, e em 11 horas no resto do país; na Inglaterra, em 1833, é criada inspeção nas oficinas e, em 1857, a lei que limitava a jornada diária de trabalho em 10 horas; na Suíça, em 1833 é fundada a primeira associação operária; na Noruega em 1849 são fundadas associações operárias, com o reconhecimento da liberdade de associação e reunião; em 1848 é publicado o “Manifesto Comunista”; na Alemanha, e 1861 é fundada a Associação Geral de Trabalhadores Alemães; na França em 1864 é reconhecido o direito de greve; nos Estados Unidos, em 1866 é realizado o Primeiro Congresso Operário em Nova Iorque; em Paris, em 1876, realiza-se o Primeiro Congresso Operário, sendo publicada em 1884 a legislação sindical e fundada a Federação sindical em 1886; ainda na França, em 1887 realiza-se a Conferência Internacional Operária, em 1889 no Congresso Internacional de Trabalhadores, delimita-se a jornada diária de trabalho em 8 horas e o dia 1º de maio é proclamado como dia comemorativo do trabalhador, sendo fundada a GT em 1895; na Inglaterra, em 1883 é fundada a *Fabian Society*, em 1890 é adotada a jornada de 8 horas na cidade de Liverpool e em 1897 é aprovada a lei de acidentes de trabalho; nos Estados Unidos, em 1876 é fundado o *Socialista Labor Party* e em 1881 é fundada a *American Federation of Labor*. Ibid., 1995, p. 44-53.

³¹ SARMENTO, Daniel, op. cit., 2004, p. 34.

lutas dos trabalhadores, refletindo um jogo de forças no seio da sociedade, e foram possíveis principalmente em razão da prévia positivação em textos constitucionais das normas garantidoras dos direitos e liberdades individuais, ou seja, com um mínimo de democracia e liberdade.

Neste contexto, percebe-se que paulatinamente é exigido do Estado um papel ativo, um crescente intervencionismo em prol dos desassistidos sociais, operando-se uma transformação do Estado Liberal em Estado Social, focado precipuamente na tarefa de assegurar materialmente as condições mínimas de mitigação das desigualdades sociais.

José Carlos Vieira de Andrade salienta que a *superação do liberalismo não foi, contudo, apenas uma obra política*, mas foi, também, reflexo da própria ruína da sociedade liberal cindida e conflituosa, onde

os indivíduos, que já nada podem sozinhos, limitados agora pelos grupos em que participam, confrontados e ameaçados pelos restantes, têm, também eles, de confiar no Estado e de através dele procurar reaver a sua liberdade concreta. Revoltados contra a ordem injusta que a abstenção do Estado liberal tinha consentido, os mais desfavorecidos organizam-se e pretendem o domínio do poder político ou, pelo menos, reivindicam dos poderes públicos uma intervenção efectiva para uma transformação radical das estruturas sociais.³²

Neste contexto, as lutas operárias enquanto fato histórico concreto, com consequências jurídicas consubstanciadas na positivação de normas de proteção ao trabalho, e a criação do Direito do Trabalho, de cunho eminentemente social, influenciaram todas as áreas do pensamento social, jurídico e econômico, contribuindo para o processo de transformação do Estado Liberal em Estado Social.

Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk, o impulso inicial dado para o aparecimento do Direito do trabalho foi obra do próprio operário, e não benevolência de filantropos, da classe patronal ou do Estado, enfatizando, ainda, que

a ação direta do proletariado no quadro de condições adversas que lhe criou a primeira Revolução Industrial foi, pois, o fator principal para a formação histórica do Direito do Trabalho,..., primeiro um Direito Coletivo impulsionado pela consciência de classe e, em seguida, um Direito Individual do Trabalho.³³

³² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.56.

³³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 3.

Fixada a importância das lutas operárias na positivação dos direitos sociais, passa-se a analisar o processo de constitucionalização dos direitos sociais, sob o influxo da mudança paradigmática de cunho social.

2.2 Do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social

O esgotamento do paradigma liberal já na primeira metade do século XIX era prenunciado, tanto que a Constituição francesa de 1848 reconhecia algumas exigências econômicas e sociais.

O ano de promulgação da Constituição francesa coincidiu com a divulgação do Manifesto Comunista de Marx e Engels³⁴, a revolta popular que eclodiu em Paris, que resultou na derrubada do governo monárquico e na reinstauração da república, em um momento tormentoso do quadro político da Europa ocidental, pelo que a Constituição então votada caracterizou-se por ser uma carta de compromisso entre os interesses liberais da classe burguesa e as reivindicações sociais dos trabalhadores, apontando para a conformação de um Estado Social, conforme pode ser depreendido do seu art. 13, a seguir transcrito:

art. 13. A Constituição garante aos cidadãos **a liberdade de trabalho e de indústria**. A sociedade favorece e encoraja o **desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados**; ela fornece **assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recurso e que não podem ser socorridos por suas famílias**. (Grifo nosso).³⁵

Pela primeira vez em uma Constituição, direitos sociais - *trabalho, educação e saúde* - eram “declarados”, imputando ao Estado a obrigação de prover assistência aos necessitados; educação primária profissional gratuita; sistema de previdência e o desenvolvimento do trabalho, com visível pretensão harmonizadora do ímpeto revolucionário, sem vinculação jurídica ao estabelecimento de políticas públicas que

³⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

³⁵ Partes do texto da Constituição francesa de 1848 podem ser conferidas com comentários de COMPARATO, Fábio Konder. **Constituição Francesa de 1848**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/fran1848.htm>>. Acesso em: 14 maio 2009.

implementassem efetivas condições de promoção do bem-estar social, ou seja, sem reais condições materiais de resolução da questão social.

Em especial tem-se, de forma original, em um texto constitucional, a imputação ao Estado de prover trabalho à massa de desempregados em obras públicas patrocinadas pelos impostos pagos por toda a sociedade, prevendo, portanto, uma política pública voltada para a diminuição do desemprego, da fome e da extrema desigualdade social que poderia levar à revolta da população, a uma verdadeira revolução social.

Neste sentido, Carlos Miguel Herrera trabalha com a tese de que os direitos sociais, diversamente dos direitos individuais, historicamente,

aparecem sempre como fruto de uma revolução inconclusa, não só no sentido de movimentos que não conseguem realizar seu programa original — o que poderia ser só uma constatação banal desde o ponto de vista histórico —, **mas na idéia de que esta deve ser terminada por e em um novo ordenamento jurídico (positivo)**. Isto explica, uma vez mais, por que os direitos «sociais» se apresentam menos como direitos naturais, imprescritíveis e transcendentais que sob a forma de políticas (estatais). Um exemplo claro desta modalidade nos dão os termos do célebre decreto de 25 de fevereiro de 1848 que impõe ao governo da II República francesa «garantir a existência do trabalhador através do trabalho, o Governo se compromete a garantir um trabalho a todos os cidadãos». Assim, desde o início, a idéia de «direitos sociais», e mais particularmente, esta referência direta ao social, expressa esse ponto de passagem consciente da insurreição à instituição através de sua positivação (constitucionalização).³⁶ (Grifo nosso).

Necessário ter em mente que o processo de concretização de direitos fundamentais é muito mais complexo que sua mera positivação em textos constitucionais, pois implicam em uma mudança social ligada a transformações tanto no arcabouço teórico quanto na prática político-jurídica. Para Norberto Bobbio, esta conexão se torna mais evidente no caso dos direitos sociais, pois

enquanto a relação entre mudança social e nascimento dos direitos de liberdade era menos evidente, podendo assim dar vida à hipótese de que a exigência de liberdades civis era fundada na existência de direitos naturais, pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente de qualquer consideração histórica, a relação entre o nascimento e o crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro, é inteiramente evidente. Prova disso é que as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade.³⁷

³⁶ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 28, p.127-130, 2006, p. 129.

³⁷ BOBBIO, Norberto, op. cit., 2004, p. 91.

E a sociedade de então estava em transformação. A *questão social*³⁸ era uma espécie de *questão de ordem*, consubstanciando-se no

processo de formação e desenvolvimento da classe operária e de seu ingresso no cenário político da sociedade, exigindo reconhecimento como classe por parte do empresariado e do Estado. (sendo) a manifestação, no cotidiano da vida social da contradição entre o proletariado e a burguesia, a qual passa a exigir outros tipos de intervenção, mais além da caridade e da repressão.³⁹

O mesmo autor alerta para o fato de que em matéria de direitos sociais, nas sociedades capitalistas marcadas pela desigualdade de classes, somente de *modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde)*, pois além das diferenças específicas que caracterizam os indivíduos em seus grupos sociais, tem-se que *a proteção dos direitos sociais requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos, de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social.*⁴⁰

Neste aspecto tem-se que o processo de constitucionalização dos direitos sociais refletiu a mudança paradigmática necessária para tentar resolver a questão social.

Segundo o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade, ocorreu um movimento de superação do isolamento do homem liberal num quadro jurídico-constitucional orientado para uma ordem que se pretende mais racional e sobretudo mais solidária e mais justa, no sentido de uma crescente objetivação dos direitos fundamentais sociais, pois

o homem que se constitui o ponto de partida e o titular dos direitos é agora o homem socialmente 'situado' e 'inserido', o membro da sociedade numa linguagem organicista, que vê seus direitos talhados a uma medida e num plano sociais. Já não é o homem abstracto e isolado de interesses primários, pré-sociais, que esgrime a sua autonomia como regra e condição de um contrato social: é um elemento de um conjunto, responsável e

³⁸ A utilização da expressão "questão social" para descrever as condições de vida miseráveis a que eram submetidas o grande contingente de trabalhadores na fase inicial do capitalismo surgiu na terceira década do século XIX segundo CASTEL, Robert, op. cit., 1998, p.30.

³⁹ IAMAMOTO, Marilda; CARVALHO, Raul de. **Relações sociais e serviço social o Brasil**: esboço de uma interpretação histórico-metodológica. 13. ed. São Paulo: Cortez- Celats, 2000, p.77.

⁴⁰ BOBBIO, Noberto, op. cit., 2004, p. 86-87.

condicionado, limitado à partida, carregado com o seu passado social e, nesse sentido um homem aposteriorístico.⁴¹

O surgimento do Estado Social, no entanto, somente se perfaz na virada do século XX, apesar da inscrição de direitos sociais na Constituição francesa de 1848, pois a plena afirmação desses novos direitos, enquanto direitos fundamentais que demandam prestações estatais para a garantia de condições do mínimo existencial, só veio a ocorrer no século XX, de forma mais precisa com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Não é demais lembrar que o período entre as duas grandes guerras mundiais, na primeira metade do século XX, foi marcado por uma profunda crise do capitalismo, que teve seu marco histórico simbolicamente configurado pela quebra da Bolsa de Nova Iorque, situação emblemática do colapso do liberalismo econômico, quando, então, a questão da constitucionalização dos direitos sociais ressurgiu de forma vigorosa, tendo como fundamento teórico as ideias de John Maynard Keynes, postulando a necessária intervenção do Estado na economia, negando, assim, o abstencionismo exigido pelo liberalismo econômico. Instaure-se, assim, o constitucionalismo social com a incorporação de normas de conteúdo econômico e social nos textos constitucionais.

A Constituição mexicana de 1917 foi a primeira que elevou os direitos sociais ao patamar de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos, enquanto fruto de movimento revolucionário resultante da associação de intelectuais de inspiração anarquista⁴² e do movimento sindical, contrários ao governo ditatorial de Porfírio Díaz.

Nela encontra-se a extensiva positivação dos direitos trabalhistas (art. 5º), inclusive dedicando um título específico para a normatização das relações de trabalho e a previdência social (Título VI, art. 123); do direito à educação (art. 3º),

⁴¹ ANDRADE, José Carlos Vieira, op. cit., 2006, p. 58-59.

⁴² Resumidamente, o anarquismo pode ser definido como um movimento que se fundamentava em princípios teóricos que pregavam o fim da propriedade privada e do Estado nos moldes do Estado Liberal, contestando qualquer tipo de autoridade que não fosse originada do consenso social, através de uma organização voluntária dos membros da comunidade. Seus principais teóricos foram Pierre Joseph Proudhon, francês, autor do livro *O que é a propriedade*, e Mikhail Aleksándrovich Bakunin, pensador russo, ativista de movimentos revolucionários e idealizador da Comuna de Paris. Para maior aprofundamento sobre o tema pertinente a leitura da obra de RUSSEL, Bertrand. **Caminhos para a liberdade: socialismo, anarquismo e sindicalismo**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

além do delineamento de um estado intervencionista nas atividades econômicas, de forma a proporcionar o desenvolvimento do emprego e bem-estar social (art. 25.), com a limitação da propriedade privada e estatização de bens e atividades essenciais ao desenvolvimento do país (art. 27).

Tem-se que a Carta constitucional mexicana de 1917 se caracterizou pelo compromisso com o resgate da dívida social de um país com sérios problemas jurídico-políticos, marcado pela pobreza e desigualdade de classes, instituindo um programa de atuação estatal em prol do bem-estar social.

Já a Constituição alemã de Weimar de 1919, que teve maior divulgação e influência no processo de constitucionalização dos direitos sociais, teve como palco uma Europa arrasada pela primeira grande guerra mundial, em colapso econômico, político e social, marcada por um cenário de desolação, insurreições das mais variadas espécies e desordens provocadas pela mais absoluta falta de autoridade.

Na verdade, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência na evolução das instituições políticas em todo o Ocidente por elaborar, de forma mais sistemática, as linhas mestras da democracia social, cujas balizas já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, institucionalizando um Estado Social que representava a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo Estado Liberal.

A criação de um direito operário uniforme (art. 157), a garantia do direito de coalizão para a defesa das condições de trabalho e da vida econômica (art. 159), a previsão da livre negociação coletiva entre empregados e empregadores (art. 165), além da previsão da atuação estatal intervindo no domínio econômico e a criação de um sistema de previdência social, são alguns dos direitos sociais que caracterizaram a tendência socializante da Constituição alemã, e que lhe conferiram juntamente com a Constituição mexicana um papel preponderante na difusão do arcabouço jurídico do Estado Social.

A generalização do constitucionalismo social com a edição de outras cartas políticas inspiradas nas Constituições mexicana e alemã reafirma no plano jurídico-

político o paradigma do Estado Social, na sua vertente democrática, que segundo Daniel Sarmiento não é outra coisa senão

uma tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais, possibilidade descartada tanto pelos teóricos do liberalismo ortodoxo como pelos marxistas. Apesar de lamentáveis desvios em que incorreu o Estado Social, com sua degenerescência para experiências totalitárias sobretudo na primeira metade do século XX, o fato é que boa parte do mundo desenvolvido, e durante um razoável período de tempo no século XX, esta solução compromissária entre o capitalismo e o socialismo foi possível e teve razoável sucesso.⁴³

A influência do constitucionalismo social se fez forte na primeira metade do século XX, não apenas nos países europeus, mas, também, no embrionário Estado Nacional brasileiro, com um progressivo e peculiar processo tardio de positivação dos direitos sociais nas Constituições nacionais, tema este que será trabalhado em seguida.

2.3 O processo de constitucionalização dos direitos sociais no Brasil

Enquanto algumas nações europeias, como a França, Inglaterra e Alemanha, já se encontravam em uma etapa de desenvolvimento do capitalismo industrial, com necessidade de expansão de mercados consumidores, outras nações, como a Espanha e Portugal, permaneceram, ainda, durante muito tempo com padrões socioeconômicos essencialmente mercantilistas, o que constituiu um dentre os múltiplos fatores distintivos do processo de colonização ibérico e anglo-saxão.

A América do Norte, por exemplo, teve uma colonização de assentamento fundada, principalmente, por dissidências políticas e religiosas, o que permitiu um movimento separatista radical, que buscava não apenas a acomodação de elites vinculadas à metrópole, mas, basicamente, a independência social e econômica das colônias inglesas, o que em parte justificou o avanço político-jurídico da nação norte-americana, enquanto a colonização portuguesa teve características bem diferenciadas, peculiares, que serviram como um dos determinantes da formação do Estado brasileiro.

Mesmo entre as colônias de origem ibérica, não se pode cogitar de identidade de propósitos e rumos, pois, na realidade, assim como os espaços físico-geográficos

⁴³ SARMENTO, Daniel, op. cit., 2004, p. 36-37.

não podem ser transplantados, o espaço histórico, as experiências sociais, a formação cultural e o desenvolvimento econômico de nações diversas, embora com aproximações históricas, não podem ser, também, transplantados.

Tem-se, então, que enquanto o processo de formação dos países oriundos do processo de colonização espanhol tendeu à formação de uma multiplicidade de Estados independentes do Reino espanhol, no caso da colonização lusa, houve um movimento de unificação, de formação de um estado unitário, no caso o Brasil.

Para Gilberto Freyre, o Brasil teve suas raízes históricas na nação portuguesa caracterizada por uma mescla de padrões étnicos e culturais tanto da Europa quanto da África, que oscilava em uma espécie de bicontinentalidade, com indefinição de padrões sociais, ou seja, uma sociedade caracterizada por um vaguear constante na busca de equilíbrio de antagonismos sociais, políticos e culturais, tendente, principalmente, à flexibilização, alijada do processo de industrialização desencadeado no restante do continente europeu e, por isso mesmo, caracterizada por sua condição econômica dependente e periférica. O mesmo autor sustenta que se formou

na América tropical uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índio- e mais tarde negro- na composição. Sociedade que se desenvolveria defendida menos pela consciência de raça, quase nenhuma do português cosmopolita e plástico, do que pelo exclusivismo religioso desdobrado em sistema de profilaxia social e política. Menos pela ação oficial do que pelo braço e pela espada do particular.⁴⁴

Necessário observar-se que no caso brasileiro, antes mesmo de uma tendência ao individualismo, ao estatismo, teve-se uma sociedade patriarcal, cujo domínio era exercido no seio da unidade familiar, que se tornava uma verdadeira unidade

⁴⁴ Interessante, ainda a análise efetuada pelo autor acerca das diferenças entre colonizadores portugueses e espanhóis, ao atribuir aos primeiros um realismo econômico e capacidade de mobilidade e miscibilidade, em razão da escassez capital-homem, que os fez, apesar da população reduzida, dominar espaços transcontinentais, capacidade esta não atribuída aos colonizadores espanhóis. Gilberto Freyre enfatiza, ainda, o fato de que o *colonizador português foi o primeiro dentre os colonizadores modernos a deslocar a base da colonização tropical da pura extração de riqueza mineral, vegetal ou animal - o ouro, a prata, a madeira, o âmbar, o marfim- para a criação local de riqueza. Ainda que riqueza - a criada por eles sob a pressão das circunstâncias americanas- à custa do trabalho escravo: tocada, portanto, daquela perversão de instinto econômico que cedo desviou o português da atividade de produzir valores para a de explorá-los, transportá-los ou adquiri-los.* FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. 21. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1981,p.4-17.

produtiva, o que se revelava no paternalismo que caracterizou durante séculos as relações produtivas, impedindo movimentos de reivindicação de direitos sociais.

Tem-se, portanto, que, para que se possa falar em direitos sociais trabalhistas no Brasil, há que, inicialmente, fazer uma análise do processo histórico de formação do Estado Nacional brasileiro, constituído a partir desta base econômica agrário-exportadora, centrada na monocultura implantada durante o período colonial, que evoluiu de um extrativismo exploratório com intuito exportador, para um modelo que utilizava basicamente o trabalho escravo para o seu desenvolvimento.

Assim, antes mesmo de se estudar, de forma específica, a constitucionalização dos direitos sociais trabalhistas, é preciso *ler atentamente*⁴⁵ a realidade histórica do Brasil em seus primórdios, ou seja, desde o período colonial, passando pelo impacto do processo de industrialização na sociedade brasileira.

2.3.1 A formação do Estado Nacional, o escravismo e a Constituição de 1824

“A formação de um Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo.”⁴⁶

Sérgio Buarque de Holanda trabalha a ideia de não haver entre o círculo familiar e o Estado uma real e efetiva gradação, mas antes uma descontinuidade e até mesmo uma oposição, chegando a afirmar que *só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado*.

No caso brasileiro, após a proclamação da independência, cortando os laços jurídicos e políticos, pelo menos formalmente, com o Estado português, houve o início de uma tentativa de organização jurídica do Estado brasileiro, enquanto estado unitário, sendo que esta tendência centralizadora da política do Estado imperial teve

⁴⁵ Ao enfatizarmos a questão do *ler atentamente*, chamamos atenção para o que Florestan Fernandes classificou como sendo a tradição dominante na historiografia brasileira, que tende a trabalhar com uma “*história oficial*” *singularmente desprendida de intenções interpretativas e, em particular, muito sujeita a converter os móveis declarados e as aspirações ideais conscientes dos agentes históricos em “realidade histórica” última, tão irredutível quanto verdadeira em si mesma*. FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006, p. 31.

⁴⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 141.

que levar em consideração uma estrutura colonial que se caracterizava pela predominância de relações de ordem privada.

A formação de uma ordem jurídica nacional realmente conflitava com os interesses particulares predominantes durante o período colonial, pelo que se fez necessária a formação de um pacto que superasse a antinomia existente entre os interesses das elites locais e o projeto político de um Estado unitário imperial centrado na figura de um monarca.⁴⁷

A construção desta nova ordem pública utilizou como uma de suas estratégias de implantação uma política sistemática de delimitação dos poderes políticos locais, através da diminuição das competências das autoridades municipais e a consequente transferência dos centros de decisão política para esferas regionais ligadas e subordinadas ao Governo Central.

Há que se ressaltar, no entanto, que a ordem econômica do período colonial de monocultura, baseada na utilização da mão de obra escrava, permaneceu sendo a infraestrutura do Estado Imperial, o que não retirava dos proprietários rurais seu poder de influir nos destinos da nação. Os senhores rurais eram na verdade importantes no cenário político, pelo que a problemática escravista deveria ser questão a ser trabalhada pela nova estrutura jurídica e política, pois não se cogitava até então, pelo menos a não ser de forma teórica, a imediata abolição da escravatura.

Florestan Fernandes, efetuando uma análise comparativa das classes sociais existentes no período pré-capitalista europeu e no período colonial brasileiro, aponta peculiaridades nacionais que, no entanto, não afastam definitivamente a caracterização de uma burguesia nacional, pois *assim como não tivemos um "feudalismo", também não tivemos o "burgo" característico do mundo medieval*, mas, apesar de *o senhor de engenho não poder ser associado ao "burguês" (nem a "aristocracia agrária" à "burguesia")*, típicas dos países europeus,

⁴⁷ O pacto firmado entre conservadores e liberais de diversas tendências, defensores da proposta federativa, foi montado de forma não somente harmonizar os interesses das elites locais, como também manter a unidade territorial do Brasil, evitando que a antiga colônia se fragmentasse em inúmeros estados independentes como ocorrera com os territórios da colonização espanhola. No presente trabalho, deixaremos de efetuar um estudo específico abordando a questão federativa, em razão da delimitação do tema objeto deste trabalho.

ele se singulariza historicamente, ao contrário, como um agente econômico especializado, cujas funções construtivas diziam respeito à organização de uma produção de tipo colonial, ou seja, uma produção estruturalmente heteronômica, destinada a gerar riquezas para a apropriação colonial. Uma das conseqüências dessa condição consistia em que ele próprio, malgrado seus privilégios sociais, entrava no circuito da apropriação colonial como parte dependente e sujeita a modalidades inexoráveis de expropriação controladas fiscalmente pela Coroa ou economicamente pelos grupos financeiros europeus, que dominavam o mercado internacional. O que ele realizava como excedente econômico, portanto, nada tinha a ver com o 'lucro' propriamente dito. Constituía a parte que lhe cabia no circuito global da apropriação colonial.⁴⁸

Além disso, não se tinha, à época, uma classe trabalhadora em razão da utilização da mão de obra escrava no desenvolvimento da atividade econômica agroexportadora, por via de conseqüência não havia preocupação imediata com a afirmação constitucional de direitos sociais trabalhistas. A respeito do papel exercido pelos senhores rurais, Sergio Buarque de Holanda afirma que

na Monarquia eram os fazendeiros escravocratas e eram os filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, quem monopolizava a política elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio⁴⁹.

A partir deste contexto social, político e econômico, a formação do Estado brasileiro exigiu mudanças nos centros decisórios e na estrutura jurídica do Estado em um processo de mudança de modelo, para que se passasse da condição de colônia, um quase estado de barbárie, para o *status* de Estado independente, monárquico, como a maioria dos países do continente europeu e, portanto, civilizados.

Neste sentido, Miriam Dolhnikoff afirma que a formação do Estado Nacional brasileiro “foi marcada pelo debate entre diferentes projetos que refletiam a diversidade de interesses e de concepções da elite dirigente.”⁵⁰

A tensão constante entre grupos de apoio à ideia federativa de um lado e grupos de defesa de um regime centralizado, herança do pensamento iluminista do despotismo esclarecido pombalino, no outro extremo, marcaria a política do período

⁴⁸ Ibid., 2005, p. 32-34.

⁴⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de, op. cit., 2005, p. 73.

⁵⁰ DOLHNIKOFF, Miriam. **O pacto imperial**: origens do federalismo no Brasil do século XIX. São Paulo: Globo, 2005, p. 23.

imperial. No entanto, embora com projetos políticos diferenciados, estes mesmos grupos, no tocante à questão escravista, mantinham interesses coincidentes.

Tanto os liberais de diversas tendências quanto os burocratas iluministas, participantes do debate político do período de implantação do Estado brasileiro, nutriam uma verdadeira aversão às questões democráticas, dentre elas o problema da escravidão, centrando seus esforços na defesa da instauração de uma monarquia constitucional e do controle político.

Enfatize-se, novamente, que este projeto de Estado se forma a partir da herança colonial de uma monocultura agroexportadora, sustentada no latifúndio rural e no trabalho da mão de obra escrava, em que se destacam como lideranças políticas, em geral, proprietários de terra, cujos interesses imediatos estavam na manutenção do regime escravista, garantidor da ordem econômica.⁵¹

Os grupos que lutavam, então, pelo monopólio político, liberais ou conservadores, eram provenientes da elite dirigente do período colonial, beneficiários todos do regime escravista vigente. Desta forma, a dissensão principal, e que movia todo o panorama político, estava na forma de repartição e controle dos centros de poder decisório neste novo Estado, não havendo divergência entre os grupos quanto à necessidade de manutenção dos fundamentos da sociedade escravista, apesar das ideias antiescravistas propagadas pelo ideário iluminista abraçado pela maioria da classe política do Estado brasileiro, formada nos centros universitários europeus.

Discutia-se, neste cenário, quem controlaria este novo Estado emergente e como o poder político seria exercido: se por meio de uma repartição de poderes, através do projeto federativo, de modo a acomodar os interesses das elites provinciais, ou se por intermédio da centralização de poderes, projeto de inspiração pombalina, propagador da necessidade de reformas civilizatórias.

Neste contexto, o debate abolicionista não ocupava um papel de destaque e, mesmo entre dissidentes políticos, havia certo consenso quanto à necessidade de

⁵¹ Para um maior aprofundamento sobre a história da formação do estado brasileiro, principalmente a visão social, política e econômica do Brasil colônia, cf. PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**: colônia. 23. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

permanência da base escravista do Estado imperial emergente, conforme pode ser observado do discurso de figuras antagônicas do cenário político de então.

Significativo exemplo encontra-se em artigo de Diogo Antonio Feijó, político defensor do projeto federativo, publicado no periódico *O Justiceiro*, com o sugestivo título “*Causas da tranqüilidade do Brasil*”, em que pugnava pela manutenção do regime escravocrata, como um mal necessário, posto que essencial à estabilidade política do país:

A escravatura, que realmente tantos males acarreta para a civilização e para a moral, criou no espírito dos brasileiros este caráter de independência e soberania, que o observador descobre no homem livre, seja qual for o seu estado, profissão ou fortuna.

.....

Estas duas causas, a de ser composta a nossa população de senhores e escravos, dos proletários serem e número limitado que não pode, servir de cego instrumento as ambiciosos, como acontece na Europa, são as que nos tem conservado em estado de tranqüilidade em que nos achamos.⁵²

Em lado oposto tem-se a figura de José Bonifácio de Andrada e Silva, atuante no processo de independência e na elaboração da Constituição do Império outorgada por D. Pedro I, defensor de um Estado Unitário, com poderes centralizados na autoridade monárquica, representante da corrente política mais conservadora, em oposição aos liberais que pregavam a limitação dos poderes do Imperador e autonomia maior às províncias do Estado Imperial.

Apesar de autêntico defensor dos interesses da aristocracia rural escravocrata, José Bonifácio, representante da burocracia ilustrada, manteve discurso favorável à abolição da escravidão de forma gradual, não admitindo, portanto, naquele momento de formação da nação brasileira, que a abolição da escravidão ocupasse o centro do debate político.

Emília Viotti da Costa afirma que o projeto do “Patriarca da Independência”, prevendo a emancipação gradual dos escravos, redigido em 1823, continha os *germes de boa parte do pensamento abolicionista que atuará no Brasil até a Abolição da escravatura em 1888*.⁵³

⁵² DOLHNIKOFF, Miriam, op. cit., 2005, p. 36.

⁵³ COSTA, Emília Viotti da. **Da senzala à colônia**. 4. ed. São Paulo: Fundação UNESP, 2001, p.398.

Importante observar que, na justificativa do seu projeto, José Bonifácio, um dos mais extremados defensores do Estado Imperial, centralizado no poder do imperador e de uma elite ilustrada, expressivo representante do ideário pombalino em terras brasileiras, empreende discurso inflamado na defesa da abolição do sistema escravista.

No entanto, apesar de reconhecer todas as mazelas morais, sociais, econômicas e políticas advindas do sistema escravista, afirma a impossibilidade de abolição repentina da escravidão, prevendo inúmeras medidas graduais de reforma do sistema servil, tais como a cessação do tráfico de escravos em um prazo de quatro a cinco anos; obrigação de amparo, pelo senhor, aos escravos forros, velhos e doentes; impossibilidade de separação de escravos de um mesmo núcleo familiar, em razão de venda de um dos membros da família; limitação dos excessos de castigos impostos aos escravos pelos seus senhores, somente podendo ser aplicadas surras ou penas cruéis em pelourinho público, com autorização do juiz policial, que deveria determinar a pena a ser aplicada.

Verifica-se, então, que no momento da formação do Estado brasileiro a permanência do regime escravista, pelo menos durante o primeiro período imperial, fazia parte de um consenso das elites políticas, não se constituindo em programa político imediato.

O Estado monárquico recém-instaurado tinha sua legitimidade identificada com a legalidade, pois a monarquia constitucional, apesar de seus traços fortes de absolutismo, simbolicamente era representada pela tríade da ordem, legalidade e civilidade, como condições de consolidação de uma identidade nacional.

A escravidão tinha existência não apenas de fato, mas também de direito, fundamentada de forma ideológica na constitucionalidade e legalidade do direito de propriedade dos senhores sobre seus escravos ou dos frutos desta propriedade privada, pelo que deveria o Estado garantir a fruição deste direito aos cidadãos do Império, embora a prática escravista repudiasse princípios morais e cristãos das pessoas civilizadas.

Eduardo Spiller Pena, em estudo focalizando a prática conservadora de consultores jurídicos do período imperial, afirma que apesar de manejarem um

discurso emancipacionista, *ao mesmo tempo em que, convidativos, chamaram a atenção para o “cancro” da escravidão, revelando seus pendores filosófico-morais à liberdade, procuraram impedir qualquer uso ou interpretação da lei que ferisse frontalmente os direitos reconhecidos de propriedade.*⁵⁴

Assim mesmo tempo, no entanto, caberia ao Estado assumir um papel de mediador nas relações entre os senhores e escravos sua propriedade escrava, de forma a limitar o poder dos proprietários, mitigando a soberania destes quanto ao poder de disposição de seus bens, transferindo ao Estado a autoridade de decidir sobre o direito à vida e integridade física dos cativos.

De forma contraditória, mas coerente com os propósitos construtores do Estado monárquico, tinha-se a ordem jurídica tratando o escravo como **res**, no âmbito da legislação civil, destituído de direitos, *coisa* passível de ser objeto de contratos de compra e venda, comodato, arras, penhor, anticrese, hipoteca, usufruto e usucapião, dentre outros institutos jurídicos de direito obrigacional ou real.

Concomitantemente, apesar de não poder praticar atos válidos no campo das relações jurídicas civis, este mesmo escravo passou a ser considerado pelo Código Criminal de 1830, como pessoa, capaz da prática de crimes cujas penas somente poderiam ser aplicadas pela Justiça Pública.

Ou seja, o mesmo ordenamento jurídico que retirava ao escravo a capacidade civil, de forma dúbia e em nome de um processo civilizatório de formação do Estado Nacional, atendendo à necessidade de delimitação e transferência do poder político da esfera privada para a esfera pública, atribuía ao objeto da relação escravista a condição de sujeito (passivo/ativo) na esfera criminal, inclusive naquelas hipóteses em que a coisa (escravo) voltava-se contra o seu senhor, lutando contra a sua condição coisificante e pela sua liberdade.

Maria Helena Pereira Toledo Machado fala das contradições inerentes a uma sociedade escravista, que se baseava na violência, *na subjugação de uma raça à outra, na coisificação do trabalhador*, apontando como exemplo o caso *do aparato jurídico escravocrata, que, se por um lado, admitia a nulidade jurídica do escravo,*

⁵⁴ PENA, Eduardo Spiller. **Pajens da Casa Imperial, juriconsultos, escravidão e a lei de 1871.** São Paulo: Unicamp, 2001, p. 32.

*por outro, recolocava-o enquanto agente social quando o tornava réu, responsável pelos seus atos.*⁵⁵

Com a implantação do Estado Nacional brasileiro, o antigo sistema judicial do período colonial e mesmo do breve período do Vice-Reinado, regulamentado e limitado pela legislação portuguesa, passou por um processo de transmutação em um verdadeiro Poder, atendendo à necessidade de renovação da estrutura social e política de então.

Neste diapasão, a Constituição de 1824⁵⁶ (Título 6º, Capítulo Único, artigos 151 a 164) estrutura o Judiciário como um poder independente, composto de Juízes e Jurados, com competência para atuar em questões cíveis e criminais, *nos casos e pelo modo, que os Códigos determinarem*, sendo garantida aos juízes a *perpetuidade (art. 153)*, ou seja, a prerrogativa da vitaliciedade, observando a tendência liberal de organização do Estado Nacional com fundamento no princípio da separação de poderes, mantendo, no entanto, o caráter absolutista do regime monárquico através da instituição do poder Moderador que se sobrepunha aos demais poderes estatais.

Da mesma forma, o art. 179 da Carta Imperial instituiu formalmente o regime da legalidade no Estado brasileiro, com o estabelecimento de garantias constitucionais aos *cidadãos brasileiros* para a fruição de seus direitos civis e políticos, inclusive, com a previsão de abolição das penas de açoites, tortura, marca de ferro quente, e todas outras penas mais cruéis (inciso XIX), além da determinação de organização *quanto antes* de um Código Civil e Criminal, *fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade (inciso XVIII)*, garantias estas que não se estendiam aos escravos em razão da *inexistente cidadania* deste grupo social.

Em relação à constitucionalização de direitos sociais, a Constituição imperial, apesar da sua formação híbrida com traços teóricos do liberalismo e do absolutismo, inseriu, timidamente, direitos sociais nos incisos XXXI, XXXII e XXXIII, do mencionado art. 179, prevendo a obrigação do Estado em garantir os socorros

⁵⁵ MACHADO, Maria Helena Toledo. **Crime e escravidão. Trabalho, luta e resistência nas lavouras paulistas - 1830 a 1888**. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 18.

⁵⁶ BRASIL. **Constituições Brasileiras: 1824**. 2. ed. Brasília-DF: Senado, 2001. v. 1.

públicos aos necessitados e o acesso dos cidadãos ao sistema educacional gratuito, tanto no nível primário quanto em outros graus, em colégios e universidades.⁵⁷

Para Luís Roberto Barroso, a história constitucional brasileira *se inicia sob o símbolo da outorga*, na medida em que *a ulterior submissão da Carta de 1824 à ratificação das províncias*, somente indica, de forma clara, a lacuna participativa e “*não permite se lhe aponha o selo da aprovação popular, por mais estreitos que sejam os critérios utilizados para identificá-la.*”⁵⁸

Interessante, ainda, se observar que o abolicionismo no Brasil foi, na realidade, fruto da necessidade de mudanças sociais exigidas por uma base econômica em processo de transformação capitalista, fundada, principalmente, na necessidade de formação de um mercado consumidor, adequando-se às exigências do processo de *globalização* do capital, assim o movimento se desenvolveu como *uma revolução social dos “brancos” e para os “brancos”* pelo que, segundo Florestan Fernandes,

combatia-se, assim, não a escravidão em si mesma, porém o que ela representava como anomalia, uma sociedade que extinguiu o estatuto colonial, pretendia organizar-se como nação e procurava, por todos os meios expandir internamente a economia de mercado.⁵⁹

Observe-se que, sem a universalização do trabalho assalariado e a expansão da ordem econômica competitiva, não seria possível organizar uma economia capitalista, de base monetária, pelo que era necessária a formação de um *espírito capitalista*.⁶⁰

Durante o período colonial, a organização econômica, política e jurídica gravitava em torno dos interesses da metrópole, não se desenvolvendo um mercado interno, havendo a canalização das rendas para o exterior, o que impedia o

⁵⁷ “Art. 179, da Constituição Imperial de 1824 - inciso XXXI - A Constituição garante os socorros públicos; inciso XXXII- A Instrução primária é gratuita a todos os Cidadãos; inciso XXXIII- Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.” Ibid., 2001. p. 35.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9

⁵⁹ FERNANDES, Florestan, op. cit., 2006, p. 36.

⁶⁰ Florestan Fernandes ressalta que a *emergência e a difusão de atitudes, avaliações e comportamentos típicos do “espírito capitalista” antecedem a formação do capitalismo*, enfatizando, no entanto que esta é uma relação dialética, na medida em que nas formações sociais, *as fases de desagregação e colapso de uma forma social são essenciais para o aparecimento e a constituição da forma social subsequente, tanto em termos estruturais quanto em termos dinâmicos*. Ibid., 2006, p. 39.

desenvolvimento da produção colonial fora do processo de reinversão do capital, constituindo-se como fator preponderante da estagnação econômica da colônia.

Assim, para o desenvolvimento de uma economia capitalista no Brasil, fazia-se necessária a consolidação de um Estado nacional que rompesse de vez com o estatuto colonial.

O discurso de civilidade e modernidade foi um dos meios de afirmação e legitimação do Estado brasileiro como centro de poder soberano em face dos poderes particulares da sociedade patriarcal colonial, dentro de um processo de delimitação, mas não extinção da força da elite política local, ou seja, a autoridade local não deveria ser extirpada, mas colocada em situação de dependência da autoridade pública, de forma a possibilitar o crescimento econômico interno, ainda, utilizando uma estrutura econômica agrária. De forma irreverente, mas com fina percepção, Tobias Barreto já afirmava que

o povo brasileiro não se constituiu, foi constituído. Vede bem a diferença. **Como atividade, como força, como espírito, ele não deu-se a si mesmo os órgãos e funções de sua vida social.** Tudo lhe foi outorgado, como a um autômato imenso que devesse bulir só por virtude de quem tivesse aquela mágica e suprema *chave de toda a organização política*. Metáfora tosca e fútil, que se converteu em princípio regulador dos destinos do Brasil.⁶¹ (Grifo nosso).

A independência da colônia brasileira trouxe ao cenário político a necessidade de construção de uma Nação, de um Estado Nacional, pois afinal o Brasil não era mais o feudo colonial português, tampouco seu apêndice de além-mar, enquanto Vice-Reino unido a Portugal e Algarves.

Assim como todo o movimento separatista da colônia brasileira se limitou à atuação de uma elite letrada e instruída, da mesma forma o processo de formação e consolidação do Estado brasileiro foi precipuamente conduzido por personagens pertencentes à classe dominante, provenientes, em quase sua totalidade, da elite proprietária de terras.

Por esta razão, também, no momento de conformação do Brasil independente, a questão da mudança do modelo econômico baseado no latifúndio monocultor, dependente da utilização da mão de obra escrava não dominou o debate político.

⁶¹ BARRETO, Tobias; ROCHA, Hildon (Org.). **A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros**. Petrópolis - RJ: Vozes, 1997, p. 201.

O modelo de estado projetado pelos representantes, tanto das tendências conservadoras quanto liberalizantes, defendia a instalação de uma monarquia constitucional, pelo menos em um primeiro momento, capaz de garantir através da figura do soberano a integridade territorial da ex-colônia, evitando-se desta forma a fragmentação que caracterizou o processo de independência das colônias espanholas.

Foi construída, então, uma organização política inspirada nos padrões de modernidade europeus, centrados na institucionalização do poder do Estado constitucional, como entidade soberana às vontades particulares, aos interesses particulares dos diversos atores sociais do período colonial.

Construir um Estado de concepção moderna, civilizado, equivaleria a romper com a estrutura de poder até então vigente na sociedade do período colonial, centrada na prevalência dos interesses privados dos proprietários rurais ligados aos interesses econômicos da metrópole portuguesa, poderio este construído durante cerca de trezentos anos com base no regime escravista.

Enfatiza-se que, nos domínios coloniais, afastados da política e dos padrões civilizatórios da metrópole portuguesa, o Brasil dos donos de terras e proprietários de escravos desenvolveu-se durante séculos, sem extremadas e significativas ingerências do estado português na forma como as relações escravistas se desenvolviam, interessando muito mais ao Reino lusitano que a colônia lhe garantissem benefícios econômicos, não importando, sobremaneira, a forma como as relações sociais, econômicas e políticas se desenvolviam na região colonial periférica.

O desafio, portanto, da formação do Estado brasileiro teve que passar, necessariamente, pela conciliação dos interesses das elites políticas rurais e sua possível adesão ao projeto de um Estado com poderes institucionalizados em uma ordem jurídica constitucional, de forma a operar a transferência do poder político da esfera privada para a esfera pública, sem que se cogitasse da concessão de direitos sociais trabalhistas, tendo em vista que a base econômica do Brasil imperial não contemplava a utilização de uma mão de obra assalariada, pela permanência do regime escravocrata.

Como conseqüência deste ajuste compromissário das elites políticas na formação do Estado Brasileiro, alijando da participação política a maioria da população, temos que o processo de constitucionalização nacional desponta com a marca do elitismo, não despertando na população o *sentimento de constituição*.⁶²

Neste contexto, o Brasil teve a sua primeira Constituição de cunho essencialmente oligárquico, que segundo Raymundo Faoro mantinha a supremacia da Monarquia, mitigada por órgãos de controle engendrados no seio da elite política que fazia parte da corte imperial, *in casu*, o Senado com membros vitalícios e o Conselho de Estado indicado pelo próprio soberano - e uma Câmara dos Deputados eleita através do voto censitário. Em síntese, uma constituição nominal, imunizada da participação popular.⁶³

Da mesma forma, a abolição jurídica do sistema escravista nos domínios nacionais, em 1888, se deu de forma verticalizada, ou seja, por determinação da conjuntura político-econômica dependente do mercado externo europeu, não se configurando como advinda de pressões operadas por movimentos de reivindicações de direitos humanos, apenas retratando a necessidade de transformação, requerida pelas relações de produção capitalistas.

Mesmo assim, Florestan Fernandes considera que a independência do Brasil da metrópole portuguesa constituiu-se, sob alguns aspectos, como a primeira grande revolução social ocorrida no país, apesar de ter-se operado de forma pacífica e sem a mobilização de massas populares, na medida em que representou a ruptura do sistema socioeconômico colonial, pois

um país que mal emergia do estatuto colonial, e que não podia pôr termo à ordem social herdada do sistema colonial, engendrava não só um Estado nacional bastante *moderno* mas, sobretudo, virtualmente apto à modernização ulterior de suas funções econômicas, sociais e culturais.⁶⁴

⁶² Verdu trabalha com a ideia de que numa sociedade em que o cidadão se sente co-autor do direito ou tem participação na elaboração das leis, ele expressa um sentimento de constituição que se traduz no sentir-se governado não apenas pelas vontades dos dirigentes, magistrados e legisladores, mas por um conjunto de princípios que são exigíveis perante o próprio poder público e por cuja manutenção cada cidadão é responsável, para que a constituição tenha efetividade, cf. VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Réus, 1985.

⁶³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 5. ed. Porto Alegre: Globo, 1979. v.1, p. 290-291.

⁶⁴ FERNANDES, Florestan, op. cit., 2006, p. 57.

Neste aspecto, Claudia Maria da Costa Gonçalves⁶⁵, analisando o significado que a Constituição imperial de 1824 teve para a sociedade brasileira, ante a discrepância existente entre o texto inspirado na Constituição francesa e a realidade de um país agrário, escravista e patriarcal, aponta o papel do constitucionalismo nacional em suas origens como um documento internacional de emancipação política, pois a liberdade decantada nos princípios liberais ali consagrados representava, na verdade, mais uma declaração da existência jurídica do país na comunidade internacional, do que a garantia efetiva dos direitos individuais dos cidadãos nacionais.

Entretanto, a propagação de ideias liberais no processo de formação do Estado nacional independente trouxe à lume antagonismos ideológicos existentes no interior da própria elite política brasileira, com polarização entre progressistas e conservadores, tendo como uma de suas consequências a abreviatura do governo aristocrático no Brasil.

Mister enfatizar que, embora pontuada por movimentos de insurreição⁶⁶, como a Revolução Farroupilha, a Cabanagem, a Balaiada, a Sabinada e a Revolução Praieira, teve-se, em 1889, uma transição do Estado imperial para o Estado republicano aparentemente pacífica, sem a participação da população, o que evidencia, ainda mais, o sentimento de despertencimento, de estranhamento, característico do povo brasileiro, de vez que o fim do período monárquico, na realidade, não representou a concretização de profundas transformações no cenário socioeconômico brasileiro, tampouco operou mudanças significativas nas condições de vida da grande maioria da população, desprovida de direitos sociais trabalhistas, refletindo toda a influência do ideário liberal de constitucionalização formal das relações sociais.

⁶⁵ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 88.

⁶⁶ Segundo Luis Roberto Barroso, op. cit., 2006, as revoltas separatistas ocorridas durante o período da constituição de 1824, sempre tiveram na historiografia oficial brasileira pouco destaque, mormente por terem sido sufocadas com rigor pelo governo monárquico, além do que para construção da imagem propagada de placidez, civilidade e abertura a novas ideias liberais, contribuía o militarismo da fase imperial, além do fato de que a grande maioria da população brasileira era composto de um grande contingente de trabalhadores escravos e de alguns poucos empregados livres que eram em sua quase totalidade analfabetos, o que impedia o embate ideológico e a livre circulação das ideias republicanas.

2.3.2 As Constituições brasileiras anteriores à Constituição de 1988

Parafraseando a expressão de Tobias Barreto, pode-se dizer que a *res publica* brasileira não se constituiu, foi constituída, pois o movimento que culminou com o fim do período monárquico foi mais um golpe de estado protagonizado pelos militares, do que um movimento de culminância do pensamento republicano no Brasil, mormente por ter, inclusive, tomado de assalto a maioria da população, não contando com a participação ampla da sociedade.

Para Paulo Bonavides e Paes de Andrade, no entanto, tem-se que admitir que a proclamação da república não pode ser considerada apenas como um capricho dos chefes militares, pois se

o 15 de novembro foi em sua exterioridade e ritual um golpe de Estado, mas por trás do golpe a revolução já estava feita. A dissolução do Império se achava decretada por todos os insucessos antecedentes; a inexequibilidade do terceiro Reinado se manifestava fora de toda a dúvida, até mesmo para os otimistas.⁶⁷

Neste contexto, a velha ordem social escravocrata senhorial se modificava, se acolmatava, aceitando novas situações político-jurídicas, fazendo concessões de forma a manter seu poder oligárquico, tendo sido a abolição formal do trabalho escravo um sintoma das mudanças no modo de produção, cuja modernização se fazia necessária para adequação a um nascente processo de industrialização.

Florestan Fernandes, analisando o momento econômico pré e pós republicano, que conformou o aparecimento do *Brasil moderno*, enfatiza que no país ocorreu uma espécie de ordem híbrida resultante de um processo de aglutinação e acomodação entre a rigidez da ordem interna escravocrata e senhorial e os interesses dinâmicos emergentes de um capitalismo em expansão, que, no entanto, não aboliu concretamente o trabalho escravo, já que

o trabalho livre não nasce, aqui, sob o signo de um mercado que divide e opõe, mas, ao mesmo tempo valoriza e classifica. **Surge como expressão das convenções e das regularidades imperantes na sufocante ordem social escravocrata e senhorial brasileira. Em vez de fomentar a competição e o conflito, ele nasce fadado a articular-se, estrutural e dinamicamente, ao clima de mandonismo, do paternalismo e do conformismo, imposto pela sociedade existente, como se o trabalho**

⁶⁷ PAES, Andrade; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 205.

livre fosse um desdobramento e uma prolongação do trabalho escravo.⁶⁸ (Grifo nosso).

Importante ressaltar as características básicas do trabalho livre no Brasil, em sua origem, pois explicam parcialmente a existência, hodiernamente, de trabalho análogo ao de escravo em pleno século XXI.

Por seu turno, o Estado brasileiro republicano constituiu-se, politicamente, inspirado no modelo norte-americano, trazendo modificações na forma de governo (monarquia→república); sistema de governos (parlamentarismo→presidencialismo) e forma de estado (unitário→federativo), modificações político-jurídicas que foram a tônica da Constituição republicana de 1891, que no tocante ao princípio da separação dos poderes extinguiu o Poder Moderador, ranço do absolutismo monárquico ainda existente, embora com atenuações próprias do momento político de instauração da monarquia constitucional nacional.

A fragilidade do movimento de instauração da república no Brasil se fez sentir pelo clima de instabilidade política do período que ficou conhecido na história oficial como “República Velha”⁶⁹, além da pouca repercussão e identificação nacional com a Constituição de 1891.

⁶⁸ FERNANDES, Florestan, op. cit., 2006, p.228.

⁶⁹ Com a proclamação da república foi, inicialmente formado um governo provisório composto por militares, tendo o Marechal-de-campo, Manuel Deodoro da Fonseca como chefe e como ministros de Estado figuras como Aristides Lobo, Campos Sales, Rui Barbosa, Quintino Bocaiúva, Benjamin Constant, figuras exponenciais do cenário político do período imperial. As primeiras medidas do governo provisório consistiram na transformação das então províncias em Estados federados, assumindo o governo estadual elementos militares, nomeados pelo governo provisório, na condição de Intendentes, sendo dissolvidas as Assembléias provinciais e as Câmaras municipais, e em 03.12.1889 foi constituída comissão especial encarregada da elaboração do projeto da Constituição que seria apresentado ao Congresso Constituinte eleito em 1890. O período conhecido como da “República Velha”, compreende o governo de transição capitaneado por Deodoro da Fonseca, que em razão de disputas internas renunciou em 1891, quando foi substituído pelo também militar Floriano Peixoto cujo período de governo se estendeu de 1891 a 1894, sendo marcado pela revolução federalista e pela revolta das forças armadas até o golpe de Estado de 1930. Em breve síntese dos governos deste período, temos o presidente Prudente de Moraes, ex-presidente do Congresso Constituinte de 1890, que governou durante o período de 1894 a 1898, e também teve seu governo agitado por problemas políticos, dentre os quais a revolta de Canudos, além de ter o presidente ficado um tempo afastado problemas de saúde. Seu sucessor, Campos Sales, também integrante do primeiro governo provisório, instituiu a chamada *política dos estados*, desvirtuada para a conhecida *política dos governadores*, possibilitando e reforçando a formação de oligarquias estaduais que influenciou sobremaneira os rumos políticos do nosso país. Os governos dos presidentes Rodrigues Alves (1902 a 1906), Afonso Pena (1906 a 1909) e Nilo Peçanha (1909 a 1910) buscaram a implantação de reformas administrativas objetivando a modernização dos centros urbanos e da máquina administrativa, sendo, no entanto marcados por crise políticas originadas de revoltas de caserna, levantes estes que marcaram, também o início do governo do Marechal Hermes da Fonseca (1910 a 1914). O governo de Venceslau Brás (1914 a 1918)

Luis Roberto Barroso, a respeito do período da primeira república, acentua duas características básicas do processo político do Brasil de então, que foram o *domínio das oligarquias e a fraude eleitoral institucionalizada*⁷⁰, ou seja, o coronelismo e o voto de cabresto.⁷¹

Tem-se, portanto, que a república brasileira, na realidade, não chegou a atingir um grau de amadurecimento político, por restar desprovida de partidos políticos nacionais dotados legitimidade, tendo em vista que os então existentes estavam atrelados a interesses oligárquicos, travestidos de mera roupagem democrática, omissos na questão da discussão dos direitos sociais trabalhistas.

Assim a Constituição de 1891, reafirmando o liberalismo clássico que inspirou a carta imperial, estendeu o rol dos direitos individuais, impondo ao Estado a limitação de poderes como forma de desarticulação do autoritarismo absolutista e dos privilégios da nobreza, entretanto, não apresentou avanços em matéria de direitos sociais trabalhistas, senão no tocante ao direito de associação, enquanto direito individual livre da interferência do Estado, quando o exercício deste direito ocorresse sem perturbação à ordem pública e sem armas, o que permitiu a organização dos movimentos operários em um momento ulterior.

Reforçando o liberalismo formal das primeiras constituições do Estado brasileiro, Claudia Maria da Costa Gonçalves salienta que tanto a Constituição

acarretou a primeira intervenção do Judiciário na questão da legitimidade e legalidade do processo eleitoral de um presidente no Brasil, além de ter sofrido o impacto econômico e financeiro da crise mundial desencadeada pela primeira grande guerra. Já durante o período de 1918 a 1919 tivemos o governo interino de Delfim Moreira, em razão do falecimento de presidente reeleito Rodrigues Alves, sendo convocadas novas eleições que culminaram com a eleição de Epitácio Pessoa (1919 a 1922), onde restou demonstrada a predominância da política dos governadores, com destaque para a força política dos grandes estados, como Minas Gerais e São Paulo, a política *café com leite*, que predominou durante o período dos presidentes Artur Bernardes (1922 a 1926) e Washington Luís (1926 a 1930). FAGUNDES, M. Seabra. **A legitimidade do poder político na experiência brasileira**. Recife: OAB-PE, 1982.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006, p. 14.

⁷¹ Interessante a análise da formação do trabalhador brasileiro efetuada por Adailza Sposati, Maria do Carmo Falcão e Sônia Maria Teixeira Fleury, em que é enfatizado o fato de que na cultura política nacional a transmutação de direitos em benesses é a tônica da relação governo e sociedade, na medida em que o apadrinhamento sempre esteve presente, reiterando uma subalternidade consentida, pois a cumplicidade entre o “agregado e o coronel” garantia a sobrevivência do “homem livre”. Assim, os coronéis que exerciam o controle repressivo no período monárquico são distribuidores de favores no período republicano, impondo uma lógica particularista que seguirá marcando os governos populistas que facilmente irão se implantar no Brasil. Para as autoras a prática clientelar persiste ao longo do tempo, expressando relações paternalistas reforçadas no sistema eleitoral do voto de cabresto, o voto pago. SPOSATI, Adailza; FALCÃO, Maria do Carmo; TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. **Os direitos (dos desassistidos) sociais**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

imperial de 1824 quanto a primeira Constituição da República de 1891 tiveram em comum o fato de serem ineficazes socialmente, *despertando, por isso mesmo, na sociedade, um despertencimento em relação aos textos constitucionais, ou seja, as Constituições eram percebidas como estatutos de domínio do governo, e não como garantias de liberdade.*⁷²

Os direitos sociais trabalhistas à época não faziam parte do ideário político-jurídico, pois como Florestan Fernandes acentua, no Brasil, *a expansão do trabalho livre se iniciará como um processo de incorporação ao mercado mundial, mediante a imigração estrangeira e a implantação de “núcleos de colonização”*⁷³, ou seja, a mão de obra dos escravos recém-libertos, apesar de nominalmente desvinculada da categorização como mercadoria, permaneceu ultraexplorada, presa à teia dos serviços braçais, domésticos, mantidos os padrões relacionais paternalistas do período colonial, alijada de direitos e desprovida de poder de mobilização social, político e econômico, tendo que competir no nascente mercado de trabalho urbano com o trabalhador imigrante e com os trabalhadores nacionais livres.

Importante enfatizar, ainda, a forte crise financeira vivenciada durante o período da “República Velha”, já prenunciada durante os últimos anos do governo imperial, conjuntura econômico-financeira que contribuiu para a instabilidade política do primeiro quartel do século XX.

Como reflexo da crise conjuntural pela qual passava o Brasil republicano, em 1926 ocorreu a primeira reforma constitucional que, segundo Luís Roberto Barroso, *teve como traço fundamental o ímpeto centralizador, impondo limitações à autonomia dos Estados, fortalecendo a União e ampliando os casos de intervenção federal.*⁷⁴

Novamente as soluções político-jurídicas são verticalizadas, como expressão de poder, de forma a estancar tentativas de organização e participação popular.

Entretanto, o momento econômico-financeiro que o país vivenciava agravava-se pela crise interna da cultura cafeeira, ligada intimamente à crise internacional

⁷² GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 91.

⁷³ FERNANDES, Florestan, op. cit., 2006, p. 228-229.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006, p.18.

desencadeada por uma fase de esgotamento do poderio econômico de países capitalistas europeus, exauridos, também, pelas consequências adversas advindas da primeira guerra mundial.

A crise política da década de 30, no Brasil, coincide com a aceleração do processo de industrialização, em parte desencadeado pela decadência do sistema político e econômico de base agrário-exportadora, em uma sociedade organizada, ainda, sobre estruturas remanescentes de um sistema social escravista, semifeudal.

Não havia, entretanto, até então no Brasil, uma economia capitalista industrial desenvolvida suficientemente para que os conflitos de classe, originários da antinomia capital-trabalho, eclodissem. Ademais, o processo de industrialização se fez de forma vertical, patrocinado pelo Estado, como alternativa viável para a satisfação dos interesses de uma oligarquia rural ainda predominante e uma burguesia industrial em formação.

A inexistente luta de uma classe operária, ainda em estágio de formação incipiente, aliada à permanência do poder político e econômico nas mãos de uma antiga oligarquia agrária, propiciaria a formação de um Estado que paira sobre grupos multifacetários e desprovidos de força hegemônica.

Para Fábio Guedes Gomes, a crise de legitimidade das classes no Brasil *forma um Estado bastante peculiar*, com autonomia relativa e forte sentido social. Para o autor, no Brasil, a luta política foi travada basicamente *interclasse*, envolvendo a oligarquia agrária e a burguesia ascendente, enquanto

as camadas mais populares, os trabalhadores fabris, funcionários públicos e a grande massa camponesa tinham pouco poder de influenciar politicamente esse processo e presenciavam, com certa fraqueza, essa transição que era feita pelo alto. Serviam de massa de manobra dos vários grupos de interesses que iam se estabelecendo na sociedade. A modernização seria, portanto, o reforço das estruturas de subordinação, sob novas formas diante de um quadro de mudanças na estrutura produtiva engendrado pelas pressões e limitações do comércio internacional. O Estado Novo, portanto, não passou de uma ditadura que imprimiu mudanças institucionais importantes, vislumbrando a transformação do país numa economia capitalista moderna.⁷⁵

⁷⁵ GOMES, Fábio Gudes, op. cit., 2007.

Desta forma, o próprio Estado, de forma paternalista, encarnava os anseios de uma inexistente classe operária, impedindo a formação de movimentos dissidentes ao processo de instauração do capitalismo industrial.

O processo de industrialização nacional se fez no seio do próprio Estado, razão por que já a Constituição de 1934, seguindo o exemplo da Constituição de Weimar, pode ser considerada como a primeira Constituição econômica do Brasil, segundo Gilberto Bercovici⁷⁶, na medida em que passou a incluir normas referentes à organização econômica e social do trabalho, permitindo à *União monopolizar determinado setor ou atividade, desde que agisse segundo o interesse público e autorizada por lei*, além de haver expressa menção no texto constitucional à necessidade de proteção da economia popular, enfatizando, ainda, que *todas as Constituições brasileiras posteriores passaram a incluir um capítulo sobre a Ordem Econômica e Social, em que se tratava da intervenção do Estado na economia e nos direitos trabalhistas*.

O mesmo autor destaca, no entanto, que a ambiência política de regulação constitucional da ordem econômica e social no Brasil, apesar de generalizações quanto ao seu caráter fascista e repressivo da classe trabalhadora, tem, no entanto, características diferenciadas, contraditórias, ambíguas, que não permitem seu enquadramento como um mero movimento unilateral a serviço dos interesses do capital, na medida em que a elaboração das leis trabalhistas sofre, também, influência do pensamento castilhisto *de montagem de uma política de eliminação do conflito de classes pela mediação do Estado, com o objetivo de integração dos trabalhadores à sociedade moderna*.⁷⁷

Assim, tem-se um ponto diferenciador do papel do Estado social brasileiro que diz respeito, principalmente, ao fato de que

as leis trabalhistas não foram elaboradas em benefício da burguesia industrial ascendente, embora pudessem atender aos seus interesses, mas para promover, com relativo controle do Estado, a organização e a estruturação da classe trabalhadora nos centros urbanos.⁷⁸

⁷⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17-18.

⁷⁷ Ibid., 2005, p.21.

⁷⁸ Ibid., 2005, p. 22.

Neste contexto, verifica-se uma diferenciação histórica na formação de um Estado Social no Brasil, que se distancia do padrão europeu do *welfare state*, construído em face do esgotamento do modelo liberal, em um momento de retração e reestruturação do capitalismo industrial de cunho liberal clássico.

Na verdade, no Brasil, o estado intervencionista se constrói de forma a propiciar a implantação rápida e não conflituosa das estruturas econômicas necessárias à industrialização, como atuação compromissária, mediadora do organismo estatal.

O processo de consolidação da industrialização coincide com um período de construção da noção de cidadania no Estado Nacional, recém-liberto do regime monárquico e do sistema social de cunho escravista, pelo que a afirmação da cidadania brasileira se fez mais pela afirmação de direitos trabalhistas que pela universalização de direitos políticos, típicos da revolução liberal.

Desta forma, não se pode falar verdadeiramente na existência de um Estado social fruto de lutas de classes antagônicas típicas do capitalismo, circunstância que propiciou a implementação de um ideário fortemente ligado à ideia do primado do trabalho e emprego, com a manutenção de normas reguladoras das atividades profissionais, gerando o estabelecimento de um Direito do Trabalho mínimo, fundado em princípios protecionistas, a partir de um espaço político que, involuntariamente, contribuiu para o fortalecimento de uma doutrina jurídica trabalhista que não coincide com as propostas neoliberais de desregulamentação da economia e das relações capital-trabalho.

Neste contexto, a Constituição de 1934 inaugura de forma mais consistente o constitucionalismo social, com ênfase nos direitos sociais trabalhistas, permitindo a organização profissional e sindical um direito trabalhista coletivo⁷⁹, criando a Justiça do Trabalho⁸⁰ para dirimir conflitos entre empregados e empregadores e listando

⁷⁹ Art. 120 da Constituição Federal de 1934: “Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.” BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 01 jul. 2009.

⁸⁰ “Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I. Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade

direitos individuais trabalhistas de forma minudente⁸¹, com ênfase na regulamentação das profissões, do trabalho rural e com limitação ao trabalho do imigrante, o que evidencia a atuação antecipatória do governo, de forma a evitar a formação de dissidências e embates com a massa trabalhadora em vias de organização, o que demonstra a continuidade do patriarcalismo e autoritarismo característicos do sistema colonialista nacional e da própria ambiência internacional, em que regimes totalitários se consolidavam na Europa.

Para Gilberto Bercovici, o constitucionalismo do período da República brasileira de 1930 a 1945, politicamente, refletiu a tensão existente entre tendências à centralização administrativa, característica das origens do Estado Nacional brasileiro e as propostas de adesão ao modelo federativo cooperativo, pelo que a Constituição

pelos dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.” BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 01 jul. 2009.

⁸¹ “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho. § 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos. § 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas. § 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas. § 5º - A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho. § 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos. § 7º - É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena. § 8º - Nos acidentes do trabalho em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios, a indenização será feita pela folha de pagamento, dentro de quinze dias depois da sentença, da qual não se admitirá recurso ex - officio.” BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 01 jul. 2009.

de 1934, neste ponto, foi a primeira a trabalhar *a repartição de competências concorrentes, dando ênfase à solidariedade entre a União e os entes federados*.⁸²

Destarte, o debate político que se desenvolvia entre liberais e os adeptos do autoritarismo, ocorria em um momento político interno de passagem *da política de notáveis à de massas, dos partidos representativos das oligarquias estaduais ou parcelas das classes dominantes para partidos fundados em interesses socioeconômicos*.⁸³

Neste contexto que também sofria influência do panorama político internacional de avanço de regimes autoritários, tanto na Alemanha quanto na Itália, a Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar de 1919, teve vida curta.

Natimorto, o texto constitucional foi substituído pelo texto constitucional outorgado em 1937⁸⁴ por Getúlio Vargas, interrompendo qualquer processo de

⁸² BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 40.

⁸³ Ibid., 2004, p.40.

⁸⁴ Os direitos sociais mantidos na Constituição Federal de 1937 estavam previstos no art. 136 e seguintes a seguir transcritos: "Art. 136 - O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa. Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam; b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho; c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa; d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; e) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada; f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garantir, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço; g) nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo; h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho; i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei; j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno; k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres; l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto; m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho; n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais. Art. 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato

concretização de um constitucionalismo social de cunho democrático, ante seu explícito caráter autoritário, fruto do golpe de Estado protagonizado por Getúlio Vargas, significando, primordialmente, uma ruptura no processo de tentativa de restabelecimento do predomínio da política dos governadores.

De cunho essencialmente autoritário, a Constituição do Estado Novo restabeleceu a forma de Estado unitário, com interventores indicados pelo Chefe do Executivo, instaurando-se um estado de emergência em que o princípio da separação de poderes permanecia apenas nominalmente, em razão da preponderância do Governo Central, tanto em questões executivas quanto legislativas, através da ampla possibilidade de utilização do decreto-lei, o que implicou no ostracismo político do parlamento.

Importante enfatizar-se que os direitos sociais trabalhistas consagrados na Constituição de 1934 foram mantidos pela Constituição *polaca*⁸⁵, como forma de controle dos movimentos operários, consagrando-se o trabalho enquanto dever social, ao mesmo tempo em que os movimentos paredistas eram proibidos, o que, obviamente, impedia a organização da classe trabalhadora e a luta por direitos trabalhistas, mormente pelo fato de que havia, então, a necessidade de autorização estatal para o reconhecimento de uma entidade sindical, ou seja, a liberdade sindical era completamente controlada, direcionada pelo Estado, assim como era a maior parte dos demais setores da sociedade.

Luis Roberto Barroso, entretanto, apesar de apontar muitas das mazelas políticas, consistentes, dentre outras, na utilização da violência institucionalizada como instrumento de combate ideológico, aponta realizações no campo econômico e social, tais como o *início da nacionalização formal da economia, bem como do*

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. Art. 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum. A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.”

⁸⁵ A Constituição de 1937 foi popularmente denominada de Constituição polaca em razão da sua fonte de inspiração ter sido a constituição polonesa de 1935, outorgada pelo chefe de estado polonês Josef Pilsudski.

*controle sobre certas áreas estratégicas de produção, como mineração, aço e petróleo, além da expansão do processo de industrialização, propiciado pelo fornecimento pelo Estado dos serviços de infraestrutura necessários.*⁸⁶

Para o constitucionalismo brasileiro, o período da ditadura Vargas não significou qualquer avanço político, tendo em vista que todas as ações governamentais, bem como a atividade legiferante do Estado, restaram concentradas na figura do Chefe do Executivo, de forma personalista e autoritária.

Observe-se, ainda, que o momento político posterior, marcado internacionalmente pelo final da segunda grande guerra mundial, com a sucumbência dos regimes totalitários envolvidos no conflito e a retomada dos rumos da expansão capitalista, sob a égide protetiva do Estado, fez com que a ditadura Vargas sofresse um esgotamento ante as pressões democratizantes externas e internas, provocando, novamente, a abertura política de forma verticalizada, que levou à convocação da Assembleia Constituinte, em 1945, após a deposição do presidente Vargas pela ação das forças armadas.

A Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 coincide com um momento invulgar no constitucionalismo social internacional, influenciado pelo processo de reconstrução política e econômica dos países envolvidos no segundo grande conflito mundial, e teve como fonte de inspiração a Constituição americana, no tocante à adoção do sistema federalista e a Constituição de Weimar, no que restava afeto à inclusão, principalmente, de direitos sociais trabalhistas⁸⁷, no entanto,

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 1006, p. 23.

⁸⁷ A Constituição de 1946, através do título V, Da ordem econômica e social, estabelecia que esta deveria ser organizada com base nos princípios da justiça social, buscando conciliar a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (art. 145), além de listar direitos sociais trabalhistas no seu art. 157 e seguintes a seguir transcritos: "Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, 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 obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar; V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei; VI - repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VII - férias anuais remuneradas; VIII - higiene e segurança do trabalho; IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente; X - direito da gestante a descanso antes e

não conseguiu consubstanciar-se como a expressão maior de um movimento de democratização do processo político brasileiro.

Como acentua Paulo Bonavides, a Constituição de 1946 não logrou fazer-se presente no dia-dia do povo, nem mesmo demonstrar que era instrumento de participação e mudança, de vez que a consciência autoritária

vinha comprometida com um processo histórico que passava pela proclamação da República e descia ao papel atribuído às Forças Armadas na Constituição de 1891, aos levantes tenentistas, à vitória das correntes de pensamento autoritárias, ao estado novo, à campanha da FEB na Itália.⁸⁸

O mesmo autor destaca ainda que, no Brasil, o *permanente namoro com o caudilhismo e o autoritarismo*, apesar da existência formal de textos constitucionais democráticos, com tendência social, marcou o fortalecimento do movimento golpista característico no Brasil, e *assim, fez-se a “revolução” de 1964, a pretexto de defender a democracia.*⁸⁹

Aliás, o discurso político autoritário e paternalista se fez presente em toda a história política brasileira, sofrendo o país com movimentos cíclicos de golpes protagonizados por militares, representando os interesses de uma elite política.

Não é demais ressaltar, mais uma vez, que o período de implantação e consolidação do sistema republicano no Brasil teve como ambiência socioeconômica todo um movimento de desenvolvimento do sistema capitalista que, em razão das peculiaridades do passado colonial, assumiu características periféricas e

depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;XI - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria;XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir; XIII - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; XV - assistência aos desempregados; XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho. Parágrafo único - Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios. Art. 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará. Art. 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.” BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

⁸⁸ PAES, Andrade; BONAVIDES, Paulo, op. cit., 1991, p. 410-411.

⁸⁹ Ibid., 1991, p. 411.

dependentes, vinculado aos interesses expansionistas de nações capitalistas tidas como centrais e hegemônicas, dentre elas, inicialmente, a Inglaterra e, a partir da segunda metade do século XX, os Estados Unidos.

Para Florestan Fernandes, o desenvolvimento capitalista brasileiro pode ser dividido em três fases distintas: primeiro em uma fase de eclosão do mercado capitalista especificamente moderno e que pode ser delimitado do momento da Abertura dos Portos até por volta de 1860; em um segundo momento, em uma fase de formação e expansão do capitalismo competitivo, que se caracterizaria pela consolidação da economia urbano-comercial, e que se estenderia propriamente do ano 1860 até por volta de 1950; e finalmente por uma terceira fase de irrupção do capitalismo monopolista, que se caracterizaria *pela reorganização do mercado e dos sistemas de produção, através das operações comerciais, financeiras e industriais da “grande corporação” (predominantemente estrangeira, mas também estatal ou mista)*, que se acentua e ganha corpo através do Golpe Militar de 1964.

As Constituições do período do governo militar, de 1967 e 1969⁹⁰, pois esta última, através da denominação de emenda constitucional, nada mais foi que uma

⁹⁰ Tanto a Constituição de 1967 quanto a sua alteração em 1969 através da Emenda Constitucional nº 01, mantiveram os mesmos direitos sociais trabalhistas inscritos no título que trata da Ordem Econômica e Social, conforme pode ser observado do art. 158, a seguir transcrito: “Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II - salário-família aos dependentes do trabalhador; III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; IV - salário de trabalho noturno superior ao diurno; V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos; VI - duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos; VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VIII - férias anuais remuneradas; IX - higiene e segurança do trabalho; X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres; XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário; XII - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais; XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente; XIV - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho; XVIII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos; XIX - colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei; XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º. § 1º - Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total. § 2º - A parte da União no custeio dos encargos a que se refere o nº XVI deste artigo será atendida mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuições de

nova Constituição, de cunho essencialmente autoritário, com hipertrofia do Poder Executivo e anulação total do Parlamento, representaram uma espécie de refluxo no processo de democratização iniciado após o fim do Estado Novo, com a edição da Constituição de 1946.

Cláudia Maria da Costa Gonçalves salienta que os direitos sociais trabalhistas, sob a perspectiva das constituições do período militar, inaugurado em 1964, *continuaram submetidos à lógica tutelar, paternalista e residual que, no vácuo da democracia, passaram a ser vistos como instrumentos de cooptação e, quando necessário, de legitimidade do regime militar.*⁹¹

Reforça-se, então, a ideia de que todo o processo de constitucionalização dos direitos sociais trabalhistas engendrou-se de forma ambígua, verticalizada, como uma tentativa de eliminação dos conflitos entre capital e trabalho, de forma a garantir o desenvolvimento e expansão do capitalismo, já em outras fases de desenvolvimento nos países capitalistas centrais.

Para Gilberto Bercovici, o ponto-chave para o entendimento da constitucionalização dos direitos sociais trabalhistas e a legalização destes direitos em nível infraconstitucional centra-se na estrita vinculação da noção de cidadania à aquisição e fruição de direitos pelo trabalhador livre assalariado, pois a cidadania dos trabalhadores no Brasil foi alcançada não pelos direitos políticos, mas pelos direitos sociais, restando a carteira de trabalho como *o instrumento jurídico que comprova o vínculo do indivíduo com a cidadania*, pelo que a legislação trabalhista teve (e tem) um importante papel de criação *de uma cultura “jurídica” ou “legal” dos trabalhadores*, na medida em que impôs ao Estado concessões e deveres jurídicos em relação à classe trabalhadora.⁹²

previdência arrecadadas, com caráter geral, na forma da lei. **Art. 159** - É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei. § 1º - Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas. § 2.º - É obrigatório o voto nas eleições sindicais.” BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 08 jun. 2009.

⁹¹ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 95.

⁹² BERCOVICI, Gilberto, op. cit., 2005, p. 21-23.

Ressalte-se, ainda, que o período do governo militar adotou uma política econômica de abertura da economia ao capital estrangeiro, favorecendo a instalação no país de conglomerados transnacionais, permitindo que a maioria das empresas nacionais fosse absorvida ou incorporada por grandes grupos nacionais ou internacionais, como forma de modernização do Estado, através da expansão de um modo de produção capitalista altamente competitivo, apesar da utilização de um discurso nacionalista e ufanista, que restringia liberdades civis e políticas, em nome de uma proposta desenvolvimentista, que teve como resultados práticos o aumento das desigualdades sociais.

As políticas públicas de cunho social de então permaneciam inteiramente vinculadas ao plano de desenvolvimento econômico, marcado pela planificação e dirigismo estatal, sem possibilidade de ampliação da participação popular.

Utilizando novamente o pensamento de Cláudia Maria da Costa Gonçalves, pode-se afirmar que as Constituições de 1934 a 1969, *no que tange ao enfrentamento das questões sociais, apresentaram normatividade suficiente*, no entanto, as *práticas políticas*, que eram *permeadas pelo distanciamento democrático (1937, 1967, 1969) ou pela instabilidade institucional (1946 e 1964)*⁹³, não permitiram a concretização e a efetividade democrática dos direitos sociais nelas inscritos.

Giovanni Alves⁹⁴, ao efetuar uma análise do desenvolvimento capitalista no Brasil, imputa à debilidade histórica da classe operária, em sua inserção político-sindical, a condição de superexploração do trabalho vivenciada até os dias atuais, pois o próprio “milagre brasileiro” do período militar teve como um de seus mecanismos de atuação uma política de contenção dos salários reais, penalizando os trabalhadores e contribuindo para o aprofundamento de uma política de desrespeito aos direitos sociais trabalhistas, dando início desde então, sob um novo rótulo, a um processo de contínua tentativa de flexibilização de direitos trabalhistas recém-juridicizados, tendência que, a partir dos anos 90, vem a se sedimentar com fundamento nas teses neoliberais. Entretanto, trata-se de perversa ironia pensar em flexibilizar direitos que na prática não são, na maioria das vezes, garantidos em relações de trabalho que são marcadas pela precariedade desde suas origens.

⁹³ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 116.

⁹⁴ ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 158-164.

2.4 Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988

O processo de constitucionalização dos direitos sociais na Constituição federal de 1988 diferiu sobremaneira dos textos constitucionais anteriores, em razão da ambiência política e da conjuntura socioeconômica do período de abertura política do regime militar, que se fez de forma gradual, através, inicialmente, de eleições indiretas, mesmo após uma ampla campanha de ativa participação popular pelo direito às eleições presidenciais diretas.

O projeto desenvolvimentista implantado pelos governos militares fora marcado pelo fracasso na solução verticalizada de problemas estruturais da sociedade brasileira, deixando como herança um endividamento externo alto e uma maior concentração de renda, com altos níveis de exclusão da maioria da população, tanto do consumo quanto da atividade política.

As duas últimas décadas de solução autoritária, mais uma vez, demonstraram a ineficácia social de um constitucionalismo social meramente formal, na medida em que excluía o viés democrático necessário à sua concretização, pois uma ordem social mais justa somente poderia ser alcançada se fossem ampliados democraticamente os espaços de participação popular, mormente no Estado brasileiro, que sempre teve uma história marcada pelo *déficit* de inclusão social.

Durante as décadas de 70 e 80, segundo Cláudia Maria da Costa Gonçalves, *a sociedade brasileira era permeada por uma gama infindável de demandas*, não apenas por liberdades individuais, como por melhores condições de vida, pelo que tiveram início outras formas de representação e movimentação da população, em razão, também, da inexistência de partidos políticos representativos de um movimento realmente de oposição ao regime militar. Desta forma as

manifestações populares, muitas das quais oriundas de organizações de bairro, das pastorais e das Comunidades Eclesiais de Base da Igreja Católica, visavam a construção democrática dos direitos sociais, objetivando, bem por isso, o resgate da dívida social brasileira para compor, assim o novo perfil da dignidade humana.⁹⁵

⁹⁵ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 117. Para uma análise mais profunda dos movimentos populares durante o período anterior à promulgação da Constituição de 1988 e que tiveram um importante papel no debate constitucional conferir o capítulo terceiro da obra da autora.

O processo de abertura política que se prolongou por cerca de doze anos foi marcado pela eclosão de movimentos reivindicatórios populares que passaram a ser veiculadas por múltiplas fontes, abrindo um espaço plural de tensões que se refletiu nos debates travados em torno dos trabalhos da Assembleia Constituinte, que não foi especialmente designada para tal fim, pois os parlamentares envolvidos nos debates constitucionais o fizeram como uma das tarefas da legislatura ordinária.⁹⁶

Paulo Bonavides⁹⁷, ao efetuar uma análise do processo de abertura política no Brasil *pós-ditadura militar*, corrobora o entendimento de que *esse processo não foi dádiva do Estado*, pois foi a *atuação da sociedade civil*, através de *inumeráveis organizações civis, entidades populares, órgãos de imprensa, estudantes, advogados, professores, trabalhadores e políticos de oposição*, que forçou o clima de distensão política, culminando nas campanhas da Constituinte e das Diretas-já.

Teve-se, portanto, durante os trabalhos da Constituinte um debate político muito mais amplo, com participação popular através da iniciativa na apresentação de proposições, do que em qualquer momento do constitucionalismo brasileiro, o que se traduziu em um maior grau de legitimidade e sentimento de constituição por parte do povo brasileiro.

Sobre a participação popular, o Presidente da Assembleia Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, em discurso quando da promulgação da Constituição de 1988, enfatizou o papel das 122 emendas populares apresentadas, das quais algumas com mais de um milhão de assinaturas, o que evidenciava a ampla mobilização que o processo de elaboração da nova carta política envolveu a sociedade brasileira.

Para Cláudia Maria da Costa Gonçalves, o papel dos movimentos populares na conformação da nova Constituição foi importante para a inserção detalhada de direitos sociais, *como forma de criação política e de reação aos severos problemas sociais por que passavam amplos segmentos da população brasileira*, ou seja,

⁹⁶ Para uma análise da ambiência político-econômica que envolveu o processo de elaboração da Constituição de 1988, tendo como um dos eixos centrais do movimento pela redemocratização do país e da campanha eleitoral de Tancredo Neves, a convocação de uma Assembléia Constituinte exclusiva, tese esta vencida pela opção de uma Assembléia Constituinte congressual, cf. SCAFF, Fernando Facury. A Constituição econômica brasileira em eu 15 anos. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, n. XVI, jul. 2003.

⁹⁷ PAES, Andrade; BONAVIDES, Paulo, op. cit., 1991, p. 452.

o déficit de justiça social e a ausência de ambiência democrática, esta última vivenciada especialmente com a instauração do regime militar de 1964, configuraram duas demandas populares básicas diante da Constituinte: direitos sociais e liberdades.⁹⁸

Neste contexto, os direitos sociais trabalhistas se mantiveram no texto constitucional de 1988⁹⁹, mas com a característica peculiar de direitos fundamentais,

⁹⁸ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 154-155.

⁹⁹ A Constituição Federal de 1988, no Capítulo II - Dos Direitos Sociais, nomina no art. 6º, de forma genérica, os direitos sociais e, no art. 7º, de forma específica, lista os direitos sociais trabalhistas individuais, como pode ser verificado a seguir: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social; I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social." BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2009.

inseridos numa normatividade diferenciada, em razão de sua objetivação, também, como resultado de conquistas e lutas sociais, fruto de todo um processo de redemocratização, que embora tenha sido conduzido pelo próprio Estado, foi forçado a ceder às pressões de um contingente populacional cada vez mais ciente dos graves problemas da sociedade brasileira, como o desemprego, a perversa desigualdade de distribuição da renda, o arrocho salarial, o alargamento dos bolsões de miséria, a favelização crescente dos centros urbanos.

Assim, o perfil da nova Constituição, enquanto produto das ações empreendidas nos espaços de contradição e confrontos, se fez mesclado de um conteúdo marcadamente social, refletindo a heterogeneidade e a complexidade da sociedade brasileira, com declarada inspiração na Constituição portuguesa de 1979, de cunho essencialmente dirigente, sem, no entanto, serem desconsideradas as ingerências atávicas da elite política e intelectual do passado constitucional brasileiro.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet aponta como características básicas da Constituição de 1988 o seu *caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático dirigente*, atribuindo ao procedimento analítico adotado a expressão de *uma certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional*, enquanto o pluralismo adviria da condição de documento compromissário entre facções de interesses divergentes e, por fim, o cunho programático e dirigente adviria *do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos*.¹⁰⁰

Mas, que dirigismo constitucional é jurídica e politicamente possível e em que medida este dirigismo está vinculado à ideia de manutenção das conquistas sociais?

Para que se possa trabalhar com a ideia de um princípio implícito de vedação ao retrocesso social, ter-se-á que, inicialmente, efetuar uma (re)leitura do conceito de constituição dirigente formulado por Canotilho, perpassando pela discussão da efetiva nota de fundamentalidade dos direitos sociais.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2006, p.77-78.

3 FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE UMA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE REVISITADA

A partir da análise histórica efetuada, é possível constatar que o processo de inserção dos direitos sociais nas Constituições brasileiras já remonta a várias décadas, sem que se possa de forma concreta observar uma radical modificação do quadro geral de desigualdades sociais que caracteriza a sociedade brasileira.

A euforia democrática da discussão e edição da Constituição de 1988, denominada pelo então presidente da Assembleia Constituinte como Constituição cidadã, sofreu um processo de arrefecimento, misto de desencanto e desesperança, ante a constatação de que não basta apenas a inserção de direitos sociais¹, enquanto direitos fundamentais, para que a realidade social passe por uma mudança profunda.

Observa-se, ainda, que o constitucionalismo brasileiro sofre de um problema crônico de mudanças ao sabor do momento político, gerando aquilo que Luís Roberto Barroso denomina como *compulsão normativa*², de vez que na breve história do Estado nacional (menos de dois séculos) nove cartas constitucionais foram editadas³, sem se mencionar as emendas constitucionais que imprimiram modificações substanciais aos textos constitucionais, desfigurando-os, muitas vezes,

¹ José Afonso da Silva agrupa os direitos sociais na Constituição de 1988 em cinco categorias: “direitos sociais relativos ao trabalhador, que se subdividem em direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho (art. 7º) e direitos coletivos dos trabalhadores (art. 8º a 11); direitos sociais relativos à seguridade, que abrangem direitos à saúde, à previdência e à assistência social; direitos sociais relativos à educação e à cultura; direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso; direitos sociais relativos ao meio ambiente.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 290.

² BARROSO, Luís, Roberto, op. cit., 2006, p. 47.

³ Necessário reforçarmos que incluímos a modificação efetuada à Constituição de 1967, por intermédio da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1968, como sendo um novo texto constitucional, do contrário teríamos, como a maioria dos doutrinadores assinala somente oito Constituições em nosso país.

ao longo do seu período de vigência, gerando um clima de insegurança jurídica que atinge o núcleo de um Estado de Direito.

Uma breve nota acerca do constitucionalismo merece destaque antes que se possa analisar a questão da fundamentalidade dos direitos sociais e do compromisso da Constituição de 1988 com uma normatividade centrada na conformação de um Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da dignidade humana, cujo núcleo referencial perpassa pelos princípios da igualdade, liberdade e solidariedade.

Para tanto, precisa-se lembrar que a ideia de Constituição do Estado é construção histórica, pelo que o processo de constitucionalização para os franceses revolucionários do século XVIII não teve o mesmo significado que o teve para os constitucionalistas americanos ou para os ingleses do período da Revolução Gloriosa.

Foi o constitucionalismo americano que introduziu a ideia de que somente uma Constituição escrita merece esta denominação, vinculando a positivação de regras fundamentais de organização política e definição da forma de exercício do poder, através de um poder constituinte de origem popular, estabelecendo, ainda, um poder de emenda à Constituição. Neste sentido Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz destaca que

a idéia de Constituição como lei suprema do país, herdada do contratualismo puritano, da experiência constitucional inglesa no tocante à liberdade e suas garantias e do sentimento de independência das colônias, que garantisse aos norte-americanos uma organização política estável, forneceu os fundamentos para o conceito, que se estabeleceu definitivamente a partir de 1776.⁴

Por seu turno, a experiência francesa teve caráter revolucionário, servindo a Constituição do Estado como marco para a ruptura com as concepções absolutistas de exercício do poder, quebra de paradigma, este necessário à afirmação da classe burguesa alicerçada em dois fundamentos ideológicos básicos: *a universalização*

⁴ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 55-56.

dos seus valores e a introdução da idéias de Estado Constitucional⁵, erigindo a lei por sua generalidade e abstração, como a principal expressão do direito.

Neste aspecto, cabe ressaltar a crítica de Edmund Burke⁶, que diferenciava sobremaneira o movimento revolucionário francês do britânico ocorrido em 1688, imputando, a este último, um sentido de continuidade e preservação do sistema político pré-existente, baseado na tradição e nos costumes típicos da sociedade inglesa.

Não é demais lembrar, ainda, a importância do pensamento de Hans Kelsen para a afirmação jurídica da supremacia constitucional, pedra angular de todo o constitucionalismo moderno, enfatizando a estrutura escalonada do ordenamento jurídico como um dos eixos centrais da sua Teoria Pura do Direito.⁷

Para J. J. Gomes Canotilho⁸, as constituições escritas são uma criação da época moderna, constituindo-se, originariamente, como uma ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e se fixam os limites do poder político.

O constitucionalismo moderno, portanto, eclodiu em meados do século XVIII com características próprias e com a ideologia de limitação do poder estatal, preservando os direitos e garantias fundamentais, concebida a Constituição como

⁵ Ibid., 2002, p. 66-67.

⁶ Edmund Burke, em oposição a Rousseau, é a expressão do contratualismo conservador, defendendo a ideia de mudança sem ruptura em nome da segurança jurídica. Para ele uma Constituição na verdade se consubstanciaria no pacto social firmado entre as partes constituintes de um Estado, pelo que a Revolução Inglesa teria sido feita para preservar as antigas leis e liberdades e a Constituição de governo historicamente construída através do regime monárquico. WEFFORT, Francisco. **Os clássicos da política**: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 10. ed. São Paulo: Ática, 2003. 2 v.

⁷ Hans Kelsen trabalhou basicamente com uma característica essencial e permanente ao conceito de Constituição, como fundamento do Estado, a base sobre a qual se construiria toda a ordem jurídica. A ideia da Constituição como norma fundamental de todo o sistema jurídico (a *Grundnorm*) levou à construção da teoria da formação escalonada do sistema jurídico que se configura em duas diferentes graduações: a primeira, de um sistema escalonado segundo o condicionamento jurídico através do qual, em se considerando a elaboração de normas jurídicas (regras de elaboração de direito) por normas jurídicas superiores (norma produtora do direito), aquelas se condicionam a estas em uma hierarquia normativa ou graduada; a segunda, de um sistema escalonado segundo a força derogatória que comporta uma divisão de normas jurídicas, sem adentrar em seu conteúdo, como norma constitucional, norma legal e norma regulamentar, através do qual, em uma escala hierárquica, a superior sobrepõe-se à inferior derogando-a naturalmente. Cf. KELSEN. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.61-62.

um documento escrito e rígido, com nota de centralidade, posto que norma suprema e fundamental do sistema jurídico-político de um Estado, hierarquicamente superior a todas as normas infraconstitucionais, das quais constituiria o fundamento de validade, somente podendo ser alterada por procedimentos especiais previstos em seu próprio texto.

Como decorrência da supremacia constitucional, restaria instituído um sistema de responsabilização jurídico-política do poder que a desrespeitasse, inclusive por meio do controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento.

O constitucionalismo moderno vem, portanto, romper as barreiras das garantias fundamentais limitadas pelos Estados Absolutistas, destruindo o paradigma de soberania e supremacia das forças estatais, imbuído de um ideal de justiça, de direito igualitário e acima de tudo de organização do poder político, limitando o poder de atuação do Estado e descentralizando os poderes executivo, legislativo e judiciário, passando a Constituição a ser o referencial de direito e justiça, com força capaz de limitar e vincular os órgãos do aparelho estatal.

Pertinente, no entanto, a reflexão de Canotilho ao trabalhar a ideia da necessidade de que o conceito de Constituição seja sempre buscado em referência a uma *situação constitucional concreta, historicamente existente em um determinado país*⁹, pelo que a Constituição de 1988 somente pode ser entendida na ambiência histórica de sua produção.

As mudanças históricas que levaram à incorporação aos textos constitucionais de normas de conteúdo social, em uma tendência a garantir condições materiais de desenvolvimento dos indivíduos no seu processo de inserção social, muito motivado pela crescente constatação da ineficácia das garantias de cunho estritamente formal e individualista, ante as concretas condições existenciais, deram origem ao constitucionalismo social em que não apenas direitos individuais passam a constar dos catálogos dos direitos fundamentais.

Necessário relembrar a lição de Ferdinand Lassale, ao trabalhar com o conceito de Constituição de um Estado como algo mais que uma simples lei, *a lei fundamental da nação*, constituindo-se em fundamento de validade de todas as

⁹ Ibid., 1993, p. 75.

outras leis, o que *traz implicitamente, a noção de necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo*, sendo, no entanto, real e efetiva quando *reflete os fatores reais e efetivos do poder*.¹⁰

Para Lassale, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam, razão pela qual uma Constituição não seria uma prerrogativa dos tempos modernos, o sendo a noção de Constituição escrita, que muitas das vezes serviria, apenas, para encobrir os fatores reais do poder, na medida em que não corresponderiam às constituições reais e efetivas, se constituindo apenas em um documento, uma mera folha de papel.¹¹

Contrapondo-se, em parte, a esta concepção que vincula a questão constitucional apenas às questões políticas, Konrad Hesse advoga a importância da Constituição enquanto documento jurídico, sustentando que existe um condicionamento recíproco *entre a Constituição jurídica e a realidade político-social*, pelo que incabível a ruptura entre a *realidade e a norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen)*.¹²

A ideia da Constituição como portadora de uma força normativa, com pretensão de eficácia, independente das concretas condições de sua realização, na verdade, é a tônica dos textos constitucionais sociais modernos, e, a partir desta concepção,

a Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.¹³

Assim, para Hesse, uma “Constituição real” e uma “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação, pelo que a Constituição jurídica tem seu próprio significado e adquire força normativa na medida em que logra realizar essa

¹⁰ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 10.

¹¹ Ibid., 2001, p.25-27.

¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

¹³ Ibid., 1991, p. 15.

pretensão de eficácia, observada sua vinculação a uma situação histórica concreta e seus condicionantes.¹⁴

Hesse afirma, ainda, que se uma Constituição jurídica não quiser permanecer “eternamente estéril, ela não deve procurar construir o estado de forma abstrata e teórica, pois a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva, convertendo-se, então, na ordem geral objetiva do complexo das relações da vida.¹⁵

A partir desta concepção, a Constituição deixa de ser concebida como um simples manifesto político formal, ideal¹⁶, para ser compreendida como uma norma jurídica fundamental, elaborada para exercer uma função dúplice de garantia dos direitos existentes e como diretriz para o futuro, ou seja, com noções de preservação e projeção aliadas, sempre no sentido da garantia de um desenvolvimento social.

É neste sentido que uma noção de Constituição dirigente, como a formulada por Canotilho, deve ser revista, entrelaçando-a com a questão da fundamentalidade dos direitos sociais.

3.1 Uma necessária releitura da concepção de Constituição dirigente

Atualmente, os debates acerca da aprovação ou rejeição da ideia de uma Constituição dirigente, na verdade, envolvem uma questão maior que perpassa a discussão acerca do papel que a Constituição desempenha na contemporaneidade, dividindo posições doutrinárias, tendo, de um lado, os chamados *procedimentalistas*, que defendem a concepção de Constituição apenas como instrumento de governo,

¹⁴ Ibid., 1991, p. 16.

¹⁵ Ibid., 1991, p. 18.

¹⁶ Carl Schmitt trabalha com o conceito ideal de Constituição como ligado aos primórdios do constitucionalismo, fundado nos postulados políticos de cunho liberal em que à Constituição caberia apenas consagrar um sistema de garantias da liberdade individual delimitando a relação Estado x cidadãos, além de prever a separação de poderes como garantia contra possíveis excessos dos poderes estatais, formalizando esta relação em um documento escrito, formal, racional, dotado de juridicidade, pelo que o constitucionalismo moderno teria sido, basicamente, produto da ideologia liberal. Schmitt critica Kelsen por equipar a Constituição à lei constitucional, considerando sua teoria liberal, pois para Schmitt o Estado é anterior à constituição, ou seja, a Constituição não é substância da unidade, mas mera forma, definida a *posteriori*. SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**: estudio acerca de las diversas especies y posibilidad de salvaguardia de la constitución. Barcelona: Labor, 1931.

definidor de competências, e de outro lado os *substancialistas*, que adotam a concepção de Constituição como instrumento jurídico de definição dos fins do Estado e da sociedade.¹⁷

No presente trabalho, perfilha-se ao posicionamento substancialista, também adotado por Canotilho¹⁸, que desenvolveu a noção de Constituição dirigente em sua tese de doutorado intitulada “*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*”, onde o autor trabalha fundamentalmente com o problema das relações entre a Constituição e a lei infraconstitucional, indicando como questão nuclear do estudo *o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais*.¹⁹

Deve-se, inicialmente, esclarecer que a teorização do dirigismo constitucional, não pode ser creditada exclusivamente a Canotilho, pois sua origem remonta ao pensamento do doutrinador alemão Peter Lerche que, inclusive, é recorrentemente citado pelo autor português em sua obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*.

Importante ressaltar que Lerche trabalha com a ideia de que as Constituições modernas se caracterizariam por incorporarem ao seu texto diretrizes, que se

¹⁷Dentre os procedimentalistas podemos citar doutrinadores como Habermas, Robert Alexy, Gadamer, Luhman, enquanto dentre os substancialistas temos autores como Cappelletti, Dworkin, Paulo Bonavides, Eros Grau, Fábio Konder Comparato, observando, entretanto, que mesmo dentre os indicados como essencialmente adeptos do procedimentalismo, encontramos posições doutrinárias divergentes.

¹⁸Embora muitos digam que Canotilho abandonou sua ideia originária de uma Constituição dirigente, em razão de nota em prefácio a uma das reedições de sua obra, em que afirmou que a *Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias*, tivemos no Brasil, em fevereiro de 2002, um seminário promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, intitulado “*Jornadas sobre a Constituição dirigente em Canotilho*”, e que contou com a presença de juristas como Agostinho Ramalho Marques Neto, Antônio José Avelãs Nunes, Clemerson Merlin Cléve, Eros Roberto Grau, Gilberto Bercovici, Lenio Luiz Streck, Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Menelick de Carvalho Neto, quando nessa ocasião o próprio Canotilho, através de vídeo conferência, reafirmou sua crença no dirigismo constitucional, de cunho reflexivo e não revolucionário, devendo a Constituição efetivamente estabelecer as premissas fundantes das políticas públicas em um Estado e em uma sociedade que se pretende de Direito, democrático e social. Os debates que foram efetuados durante a jornada jurídica foram objeto de publicação, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁹CANOTILHO. J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 11.

configurariam como imposições ao legislador, estabelecidas com o propósito de evitar excessos do poder legiferante.

Segundo Gilberto Bercovici, a diferença da concepção de Constituição dirigente, defendida por Lerche, para a consagrada concepção de Canotilho, se prende ao fato de que *Lerche está preocupado em definir quais normas vinculam o legislador e chega à conclusão de que as diretrizes permanentes (a “Constituição Dirigente”) possibilitaria, a discricionariedade material do legislador*, enquanto para Canotilho não apenas uma parte da Constituição é chamada de dirigente, mas toda ela, com todas as conseqüências que esta concepção trará à Teoria da Constituição, sendo que ambos os autores teriam em comum a *desconfiança do legislador*, buscando de alguma forma *vincular positiva ou negativamente, o legislador à Constituição*.²⁰

Importante trabalhar a ideia do dirigismo constitucional, de forma a tentar responder às seguintes questões: o que realmente pode ser compreendido no conceito de Constituição dirigente? Até que ponto a noção de Constituição dirigente pode, ainda, ser uma construção teórica necessária na atualidade, principalmente no contexto histórico nacional?

Não é demais ressaltar, como questão prefacial, que o processo de constitucionalização dos direitos sociais alterou de forma substancial os contornos do Estado, impondo-lhe um papel ativo de intervenção na esfera econômica, passando a atuar como agente promotor do bem-estar social, passando os textos constitucionais a definirem tarefas públicas, voltadas à consecução de uma igualdade substancial no seio da sociedade, conformando um Estado Social, na medida em que passa a assegurar o desenvolvimento do indivíduo, por meio de uma intervenção social, cultural e econômica.

²⁰ BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: MORAES FILHO, José Filomeno de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.114-117. O autor se posiciona com restrições à concepção de Constituição dirigente como necessária, efetuando críticas que são manejadas pelos adeptos da postura procedimentalista, que não é adotada neste trabalho, tendo em vista que o contexto histórico da sociedade brasileira, marcado pela prevalência de uma elite política que alija a grande maioria da população da participação política, e pela profunda exclusão social da imensa maioria dos cidadãos, não permite que se pense uma Constituição em que o jogo político se encontre desprovido de balizas constitucionais que levem ao desenvolvimento de um Estado de Justiça Social.

O Estado, na sua concepção social, então, não se limitaria mais a assegurar uma liberdade formal, mas procuraria estabelecer uma igualdade material, igualdade de oportunidades, justificando a intervenção estatal, sobressaindo neste caso a atuação do Poder Executivo, progredindo para um Estado Democrático de Direito com dois fundamentos centrais: **a garantia irrestrita fundamentais, dos direitos incluídos neste rol os direitos sociais, e a defesa da democracia.**

Nesta esteira, tem-se a noção de Constituição dirigente formulada por Canotilho, segundo a qual o texto constitucional se caracteriza pelo seu conteúdo programático, que atribui ao Estado a realização de fins e a consecução de tarefas necessárias à conformação de um Estado de Justiça Social, além de prever a estrutura e organização dos poderes estatais, enfatizando, ainda, a definição dos direitos fundamentais, como essenciais à conformação de um Estado Democrático de Direito.

Respondendo a uma das críticas procedimentalistas²¹, pode-se dizer que a ideia de Constituição dirigente, efetivamente, resgata o político à noção meramente jurídica conferida aos textos constitucionais dos Estados de configuração liberal, na medida em que define a Constituição *como “estatuto jurídico do político”*, tornando-se o texto constitucional *premissa da política*²², sem, no entanto, ser uma camisa de força que retire dos atores políticos o poder decisório e o trabalho compromissário

²¹ As principais críticas levadas a efeito pelos procedimentalistas à Constituição dirigente centram-se nos seguintes pontos: excessiva centralidade da questão da planificação, como se possível fosse à Constituição por si mesma ser instrumento de mudança social; politização do Judiciário com afronta ao princípio da separação dos poderes; institucionalização de valores em lugar de instrumentalizar o processo democrático, impedindo manifestações pluralistas, características das sociedades contemporâneas; ênfase excessiva na estatização e intervenção no domínio econômico, além de uma desconsideração da complexidade da dinâmica social. João Fernando Vieira da Silva adverte que *“a perspectiva procedimentalista não deve ser completamente descartada, até porque denuncia eventuais excessos e vicissitudes de uma visão substancialista menos apegada às dificuldades concretas na busca de efetivação dos anseios constitucionais. Contudo, o procedimentalismo também tem seus perigos, a maioria deles até mais graves. Será que as bandeiras procedimentalistas tais como liberdade de participação, a não violência e a força do melhor argumento sempre serão preservadas? Será que a exagerada plasticidade dos procedimentos não permitiria a inclusão de lógicas egoísticas e manipulações de vontade distantes do bem comum? Quem domina os conteúdos a serem aferidos no discurso estritamente procedimental? Os afetados pela via procedimental sempre estarão satisfeitos com os resultados alcançados? As escolhas feitas tão somente pela via procedimental refletirão sempre a vontade dos atingidos pelo procedimento? Finalmente, ainda que os procedimentos sejam democráticos, sérios, bem intencionados e despidos de coerção, será que sempre a vontade da maioria está escoreita? E os interesses de minorias hipossuficientes? E se as escolhas procedimentais aparentemente democráticas violarem cláusulas pétreas?”* SILVA, João Fernando Vieira da. **O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., 2004, p. 79; p.390-392.

com os ideais de Justiça Social, servindo os limites constitucionais como balizas a nortear as opções destes mesmos atores políticos.

Neste sentido, a proposta da Constituição dirigente visa a conferir legitimidade à atuação política, estabelecendo seu fundamento constitucional, passando, assim, como destaca Gilberto Bercovici, *a questão das imposições constitucionais* a ser um problema de cumprimento da Constituição e não *mera discussão sobre a oportunidade da execução dos dispositivos constitucionais*.²³

Para Canotilho, todas as Constituições, de uma forma ou de outra, *pretendem conformar o político*, razão pela qual não há razão para a dicotomização entre o político e o jurídico, tendo em vista que esta separação não reflete a realidade, servindo apenas para afastar o Direito do mundo real, onde atuam as forças efetivas de poder, criando uma Teoria Formal da Constituição, à semelhança da proposta kelseniana, enquanto o fundamento teórico de uma Constituição dirigente integra a corrente teórica da Constituição em sentido material.²⁴

O dirigismo constitucional trabalha, portanto, com a ideia de necessidade de inserção, no complexo normativo-constitucional, de fins socio-economicos, de directivas materiais, isto é, de um bloco programático-dirigente, sob a assertiva de que o

problema central de uma constituição não é hoje o de simples alternativa-constituição como garantia do existente ou como projecto futuro - mas o de estabelecer uma *verdadeira ordem material*, na qual a *dimensão*

²³ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Revista Lua Nova**, São Paulo: CEDEC, n. 61, 2004, p. 09.

²⁴ A teoria material da Constituição trabalha com a ideia de que a Constituição é também um instrumento de transformação e mudança social, além de conter as normas que regulam a estruturas do Estado em seus aspectos fundamentais, introduzindo além de direitos que limitam a atuação do poder político, direitos sociais, tendo sido Ferdinand Lassale o precursor desta teorização ao trabalhar com a ideia de que todo Estado possui uma constituição que é a soma dos fatores reais de poder que se transformam em fatores jurídicos quando são inscritos em um texto constitucional. Da mesma forma Carl Schmit e Smend trabalham com o conceito de Constituição material ressaltando a importância da realidade sociopolítica na construção do jurídico-constitucional. Herman Heller, também, tem um papel preponderante no debate da teoria da material da Constituição, ao enfatizar a função social do Estado, colocando a Constituição como eixo jurídico que permite a compreensão do todo social que se consubstancia juridicamente no Estado, enquanto o constitucionalismo formalista tem caráter neutro e apolítico, atribuindo à Constituição um sentido normativo-legalista de organização do poder e exteriorização formal de direitos. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, e CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., 1992.

*programática forneça linhas de direção à política, embora não a possa nem deva definir.*²⁵(Grifo nosso).

Em sua teorização, Canotilho expressa o entendimento de que as normas programáticas não são simples programas, declarações morais, sentenças políticas, mas normas dotadas de valor jurídico constitucional idêntico às outras normas constitucionais, servindo como diretivas materiais, com efeito vinculante extensivo aos órgãos concretizadores, tendo, ainda, efeito vinculante da atividade legislativa, na medida em que traduzem uma imposição constitucional com fixação de limites positivos e negativos.

Assim, para a doutrina da Constituição dirigente, a compreensão do que sejam as imposições constitucionais pressupõe a superação da *doutrina das normas programáticas, concebidas como proclamações políticas, juridicamente desprovidas de qualquer vinculatividade*, através da assunção definitiva de que as imposições constitucionais, na verdade, são

ordens de actuação positiva dirigidas sobretudo ao legislador, no sentido de este emitir várias leis de 'execução', simultâneas ou sucessivas, e necessárias: (1) à conformação jurídica de situações de facto; (2) à regulamentação de questões específicas; (3) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; (4) à adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental.²⁶

Da mesma forma, Canotilho ressalta que a concretização das imposições constitucionais é, no plano jurídico, um processo e não um acto, é uma seqüência de actualização e não um "estampido" isolado, e por isso mesmo exige uma atuação dos poderes do Estado no sentido de observância dos limites juridicamente fixados pelo texto constitucional, enquanto no plano político se consubstancia em uma luta democrática cotidianamente renovada no sentido de realização dos fins e tarefas constitucionais.

Em razão das imposições constitucionais que se dirigem e vinculam a atividade legiferante em um Estado Democrático de Direito, a lei

*não é um acto livre da constituição, mas uma actividade positiva e negativamente determinada pela lei fundamental. Isto significa que uma teoria de limites ou uma teoria da autorização são insuficientes para explicar a heteronomia vinculativa, positiva e negativa, das normas constitucionais.*²⁷

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., 2004, p. 175 e 478.

²⁶ Ibid., 2004, p. 480.

²⁷ Ibid., 2004, p. 479.

A força vinculante da Constituição, neste caso, conforma a atividade do legislador que não pode deixar de atuar nas hipóteses em que o texto constitucional lhe atribui a atividade legiferante, bem como ao fazê-lo não pode desjuridicizar aquelas matérias que compõem o bloco de constitucionalidade, dentre elas os direitos fundamentais e o princípio democrático.

Segundo Canotilho, a força vinculante da Constituição dirigente introduz uma importante viragem nas relações materiais entre a lei e a Constituição: a lei move-se dentro do âmbito dos direitos fundamentais e considera-se como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais²⁸, não mais preponderando a ideia de que os direitos fundamentais estariam circunscritos ao previsto em lei, pelo que se poderia falar em uma espécie de giro conceitual, passando a temática dos direitos fundamentais a ser o centro conformador da atividade legiferante.

A partir destes traços característicos, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente²⁹, compromissária com os ideais de justiça social e construção permanente de um Estado Democrático de Direito, centrada na garantia e defesa dos direitos fundamentais, que estabelece fins e tarefas estatais e se faz necessária, dir-se-ia que imprescindível, em razão da própria história da sociedade brasileira, marcada pela desigualdade social, pelo ranço do patriarcalismo, por um déficit democrático de séculos de colonização e autoritarismo.

Pode-se, ainda, sustentar que a característica distintiva de uma Constituição dirigente é o fato do seu texto objetivar a mudança social, ultrapassando a mera noção de constituição como instrumento de governo, tendo em vista a enunciação de fins, metas, programas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, da mesma forma que não se restringe a ser apenas um “*estatuto jurídico do político*”, mas se configura como um plano global normativo que se dirige, se destina, ao

²⁸ Ibid., 2004, p. 483.

²⁹ Como já analisado, o momento histórico de elaboração da Constituição de 1988, inserida no processo de democratização porque passava o país, após um longo período de governo ostensivamente autoritário, caracterizou-se pelo compromisso entre grupos antagônicos, sem qualquer cunho revolucionário de transformação da base de produção capitalista, diferindo, portanto, do momento histórico de produção da concepção de Constituição dirigente em Portugal, onde a carta constitucional de 1976 tinha nítido caráter revolucionário tendendo à transformação ao socialismo.

Estado e à própria sociedade, o que no Brasil é essencial em razão do histórico atribulado de superexploração de uma grande massa da população brasileira.

Ademais, a ideia de uma Constituição dirigente está intimamente ligada ao conceito de Estado Democrático de Direito por se consubstanciar como instrumento garantidor da conformação dos poderes constituídos, com a finalidade precípua de implementar as promessas de uma igualdade material na busca de uma Justiça social, paradigma este escolhido pelos constituintes de 1988, como pode ser observado do *caput* do artigo primeiro do texto constitucional.

Cláudia Maria da Costa Gonçalves³⁰ caracteriza um Estado Democrático de Direito como sendo um Estado estruturado no interior de uma Constituição que redefine o pacto político, reiterando a primazia de homens e mulheres no cotidiano histórico, pelo que os direitos fundamentais ganham proeminência, a partir da noção juspolítica da dignidade humana, visando, portanto, a garantir os direitos fundamentais, contemplando as liberdades individuais, assim como os direitos sociais e políticos enquanto conquistas da sociedade, e não como favores do Estado.

Para a autora, outro traço marcante de um Estado Democrático de Direito seria o pluralismo, enquanto possibilidade das manifestações das diferenças e a atualidade dos direitos fundamentais sociais, que impede que a Constituição seja instrumento legal a serviço de poucos.

De uma forma mais sintética, então, pode-se trabalhar com a concepção de um Estado Democrático de Direito que pressupõe, além da garantia da participação popular, a garantia dos direitos fundamentais, em um sentido de progressividade na afirmação destes direitos, que representam, em suma, uma conquista da própria sociedade, pelo que de forma lógica pode-se concluir que movimentos de retrocesso em matéria social estariam vedados no âmbito do dirigismo constitucional.

A centralidade que os direitos fundamentais assumem em uma Constituição dirigente, necessária à construção (reconstrução) permanente de um Estado Democrático de Direito, leva a uma análise mais detida acerca da nota de

³⁰ GONÇALVES, Claudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 188-189.

fundamentalidade dos direitos sociais, com ênfase, no presente trabalho, nos direitos sociais trabalhistas.

3.2 Fundamentalidade dos direitos sociais

Ingo Wolfgang Sarlet, ao trabalhar a evolução histórica dos direitos fundamentais e sua imbricação com a história do constitucionalismo moderno, enfatiza que

somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas 'gerações' (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo geral em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (estado social e democrático (material) de Direito).³¹

Relembre-se que a inserção de direitos sociais atendeu à própria lógica do capitalismo, em um momento de crise provocada pelo desenvolvimento exacerbado do processo de industrialização, com privilégio aos ganhos do capital, descumprindo as promessas de desenvolvimento social propagadas pelo ideário liberal.

A constatação de que a mera consagração constitucional de direitos formais de igualdade e liberdade era insuficiente levou a elevação dos direitos sociais ao patamar de direitos fundamentais, com inserção nos textos constitucionais não apenas como meras declarações desprovidas de qualquer grau de efetividade.

Segundo Jorge Miranda, a designação direitos sociais, utilizada englobando os direitos econômicos, sociais e culturais, ficou generalizada por sua conexão com a "*questão social*"³², conformando-se um Estado Social de Direito centrado na busca de

uma liberdade igual para todos, construída através da correcção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade; sujeita às balizas materiais e procedimentais da Constituição; e suscetível, em sistema pluralista, das modulações que derivem da vontade popular expressa pelo voto.³³

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2006, p. 44.

³² Relembremos que a *questão social* suscita o debate acerca da relação capital e trabalho, tendo como postulados básicos a ideia de que o capital não pode existir sem o trabalho, devendo haver, no entanto, uma primazia do trabalho sobre o capital, pelo que deveria o capital colocar-se em função do trabalho, a fim de que fossem asseguradas aos homens uma nível de vida digno, observada a proporcionalidade entre o trabalho e a sua contraprestação.

³³ MIRANDA, Jorge, op. cit., 2000, p.104.

Para o autor, os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, de promoção, na medida em que se parte

da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade- umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionamentos exógenos (econômicos, sociais, geográficos, etc.) – e da vontade de as vencer para estabelecer para uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política.³⁴

Neste aspecto, os direitos sociais abrangem não apenas direitos de cunho positivo, consubstanciados em uma prestação pelo Poder Público, mas, também, encampam as liberdades sociais, que exigem do Estado uma abstenção e atuação, como garante, tais como o livre exercício do direito de greve, a liberdade de associação e sindicalização, além de direitos subjetivos trabalhistas individuais, como o direito ao salário mínimo, ao repouso semanal remunerado, limitação da carga horária, pagamento adicional para o trabalho despendido em condições que coloquem em risco a saúde do trabalhador, dentre outros.

Tem-se, então, que a fundamentalidade dos direitos sociais não reside apenas na sua inscrição no rol dos direitos fundamentais de um texto constitucional, pois a característica distintiva da fundamentalidade de direitos reside nas consequências jurídicas que advêm do reconhecimento pelo Estado desta sua condição especialíssima, posto que estes têm uma blindagem constitucional como cláusula pétrea que lhes garante a imutabilidade, bem como a sua aplicabilidade imediata.

A nota de fundamentalidade dos direitos sociais pode ser vislumbrada em sua dimensão formal e material, sendo que a *fundamentalidade formal* se constituiria na sua inscrição nos textos constitucionais, ou seja, na norma fundamental da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, sujeitos a um procedimento especial de revisão (no caso da Constituição brasileira os direitos fundamentais foram elevados à condição de cláusula pétrea, gravados pela imutabilidade, segundo o art. 60, parágrafo 4º, incisos II e IV), constituindo-se, então, como limites materiais ao procedimento de emenda constitucional, além de se configurarem como normas diretamente vinculadoras dos poderes públicos, fixando-se como parâmetros de atuação e controle para os órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais, enquanto a *fundamentalidade material* se constituiria na sua condição de elementos

³⁴ Ibid., 2000, p. 104.

constitutivos da estrutura básica do Estado e da sociedade, capaz de fornecer o suporte a uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos fundamentais.³⁵

Neste aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que os direitos sociais trabalhistas, na Constituição de 1988, se colocam para além de uma nota de fundamentalidade formal, tendo em vista que

a regra do art. 7º, cujos incisos especificam os direitos fundamentais dos trabalhadores, prevê, expressamente, em seu “caput” (São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição) a abertura a outros direitos similares, inclusive sem restrição à origem.³⁶

Assim, os direitos sociais, dentre estes os direitos sociais trabalhistas, restam distinguidos não apenas como direitos fundamentais em seu sentido formal, mas agregam ao seu sentido a fundamentalidade material decorrente, também, de sua implícita vinculação à dignidade humana enquanto valor que informa e vincula toda a estrutura e atividade dos poderes estatais.³⁷

Nesta esteira de raciocínio, José Carlos Vieira de Andrade adverte que os direitos sociais fundamentais dispõem de um conteúdo nuclear, ao qual se há-de reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência imediata à idéia de dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais.³⁸

³⁵ Para um estudo mais aprofundado da questão das duas dimensões da fundamentalidade dos direitos sociais cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., 1993; SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2006; ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., 2001; MARTINEZ - PUJALTE, Antonio Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1997.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2006, p. 365.

³⁷ Paulo Gilberto Covo Leivas reduz a jusfundamentalidade dos direitos sociais à sua dimensão formal de inscrição no texto constitucional, apresentando uma definição de direitos fundamentais sociais restritiva por não incluir na nota de fundamentalidade a eficácia destes direitos nas relações entre particulares, conforme pode ser observado da seguinte passagem: “*direitos fundamentais sociais, (eles) são em sentido material, direitos a ações positivas fáticas que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado, por força de disposição constitucional.*” LEIVAS, Paulo Gilberto Covo; *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p 89.

³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., 2005, p. 371.

3.2.1 *Dignidade humana: valor fundante dos direitos sociais trabalhistas*

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade humana.³⁹

Depara-se, então, com a questão tormentosa de conceituar o que seja dignidade humana, desafio que Sarlet, sem querer apresentar uma formulação unívoca e consensual, tenta superar ao entendê-la como qualidade

intrínseca e distintiva em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comum com os demais seres humanos.⁴⁰

A Constituição de 1988, de forma consentânea com os novos rumos do Constitucionalismo, em face de uma realidade marcada pelo pluralismo, multiplicidade e complexidade das relações que se desenvolvem nas sociedades contemporâneas, consagrou a dignidade da pessoa humana como valor fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais, funcionando simultaneamente como elemento que confere unidade e legitimidade à ordem jurídica constituída.

Destarte, todos os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico somente podem ter sua leitura efetuada a partir da consideração da pessoa humana como fim primeiro e último da atuação estatal, restando o ente político como instrumento de garantia e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Daniel Sarmento, comentando o caráter inovador da atual Constituição brasileira, ao elencar um amplo rol de direitos fundamentais, elevando-os à condição de cláusula pétrea, afirma que

o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF), e que costura e

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2006, p.43.

⁴⁰ Id. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60.

unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, 'representa o epicentro axiológico da ordem constitucional', irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil.⁴¹

O mesmo autor ressalta, também, que o princípio da dignidade humana não apenas delimita a atuação do Estado como serve de vetor para a formulação de políticas públicas que propiciem o desenvolvimento do ser humano, por intermédio da implementação de ações que objetivem o atendimento das condições mínimas de uma vida digna.

A partir desta premissa, cabe ressaltar que políticas públicas de fomento ao emprego, acesso aos serviços de saúde, à moradia e à educação, por exemplo, não se constituem como ações estatais filantrópicas, faculdades de agir, mas deveres comissivos que são impostos ao poder público pela necessidade de proporcionar condições dignas de vida a todos os cidadãos.

Por outro lado, a inscrição da dignidade humana como princípio basilar do ordenamento constitucional imputa ao Estado o dever de impedir que ações de terceiros atentem contra a dignidade da pessoa humana, constitucionalizando relações privadas que, no paradigma do Estado liberal clássico, restavam imunes à intervenção do poder público.

Neste diapasão, obriga-se a releitura dos direitos sociais trabalhistas com ênfase no respeito à dignidade do trabalhador, cuja história de exclusão e expropriação é uma constante no processo de desenvolvimento do valor trabalho.

Essencial ter-se em mente que filosoficamente é muito difícil uma definição apriorística do que seja a pessoa humana, bem como do que seja dignidade humana. Entretanto, podem-se ter algumas aproximações conceituais utilizando o pensamento de Hannah Arendt para quem o homem se distingue dos demais seres vivos por ser o único capaz de comunicar a si próprio, além de diferenciar-se sob dois aspectos, quais sejam, o da pluralidade e singularidade, na medida em que apesar de iguais, enquanto seres humanos, os homens são diferentes entre si, enquanto indivíduos singulares. Para a autora *é através de sua singularidade que o*

⁴¹ SARMENTO, Daniel, op. cit., 2006, p. 85-86.

*homem retém a sua individualidade e, através de sua participação no gênero humano, ele pode comunicar aos demais esta singularidade.*⁴²

Como ser único e plural, o homem destaca-se por ter a dignidade como qualidade que lhe é inerente, tanto que a qualificação de *ser digno* unicamente é aplicável aos seres humanos, como uma categoria de valor kantiana, não podendo o homem ser tratado como uma coisa, um objeto, um bem material.

Fábio Konder Comparato destaca que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de o homem, diferentemente das coisas, ser considerado e tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio para a consecução de um mero resultado, mas, também no fato de que somente o ser humano, por sua vontade racional, vive em condições de autonomia, sendo capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio cria.⁴³

Assim, tem-se que o conceito jurídico da dignidade humana, ou seja, o seu núcleo referencial, se expressa através dos *princípios da igualdade, da liberdade, da integridade física e moral e da solidariedade*.

Para Maria Celina Bodin Moraes, a dignidade humana tem como um dos seus fundamentos jurídicos o princípio da igualdade que consiste no *direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais*.⁴⁴

Entretanto, deve-se enfatizar que o princípio da igualdade opera em dois planos distintos: enquanto igualdade formal frente ao legislador na edição de normas que não devem estabelecer tratamento diferenciado a pessoas que estejam em idênticas situações de vida e, enquanto igualdade material, substancial, que se consubstancia na necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade, inclusive respeitando o direito dos seres humanos à diferença, em razão da diversidade cultural existente nas sociedades contemporâneas.

⁴² ARENDT, Hannah, *op. cit.*, 1987, p. 171.

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, 1999, p. 20.

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Reviver, 2003, p. 86.

Não é demais lembrar que no ordenamento constitucional brasileiro o princípio da igualdade vem expresso no *caput* do art. 5º, como direito à isonomia, prevendo-se a todos os cidadãos tratamento igualitário, vedadas as práticas discriminatórias abusivas e arbitrárias.

Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza que “as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º, *caput*, da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc.”, asseverando, no entanto, que algumas espécies de diferenciações são consideradas

compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida ou residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.⁴⁵

A partir desta perspectiva, o princípio da igualdade cumpre finalidade tríplice na medida em que serve como limitação ao legislador, ao poder público e aos particulares, de modo que nesta última limitação enquadram-se as relações de trabalho, sendo que em um Estado estruturado economicamente, a partir de um modo de produção capitalista, os conflitos capital-trabalho são uma constante, pelo que as mais comuns violações ao princípio da igualdade ocorrem no âmbito das relações trabalhistas, quando o empregador ou tomador de serviços trata de forma desigual seus empregados ou contratados, sem qualquer justificativa lógica, plausível para o *discrímen* praticado, além do que a própria história do desenvolvimento das relações de trabalho, como já enfatizado, revela o tratamento degradante dos trabalhadores, inicialmente através da exploração do trabalho escravo, trabalho servil e, posteriormente, o trabalho assalariado, no período de implantação e expansão do capitalismo. Segadas Vianna enfatiza que, na história da implantação do Estado liberal,

o trabalhador, na sua dignidade fundamental de pessoa humana, não interessava ou não preocupava os chefes industriais daquele período. Era a duração do trabalho levada além do máximo da resistência normal do indivíduo. Os salários, que não tinham como hoje a barreira dos mínimos

⁴⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 15-17.

vitais, baixavam até onde a concorrência do mercado de braços permitia que eles se aviltassem.⁴⁶

Ressalte-se, uma vez mais, que os direitos sociais trabalhistas foram forjados a partir de uma situação real de exacerbada exploração do trabalhador, ferido em sua condição de ser humano digno, pelo que Daniel Sarmiento salienta que

se o Direito Civil, com absoluta desconsideração dos fatos reais, presumia a igualdade entre as partes contratantes- patrão e empregado- e, por isso, na sua crônica cegueira, confiava na autonomia da vontade, não intervindo, senão excepcionalmente, nas relações laborais, o Direito do Trabalho vai evoluir para o reconhecimento do brutal desequilíbrio entre estas partes, para assim assumir a tarefa de proteção do empregado diante do empregador, ampliando as normas cogentes e restringindo a liberdade contratual.⁴⁷

Enquanto núcleo referencial da dignidade, o direito à integridade física e psíquica, segundo Maria Celina Bodin Moraes, tradicionalmente era entendido apenas como “*o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis.*”⁴⁸ Ou seja, havia o privilégio da proteção da integridade física desde a concepção até a morte, inclusive com a tutela do nascituro e do cadáver, constituindo a agressão ao corpo humano uma ofensa ao direito à vida.

Na Constituição de 1988, a tutela da integridade física pode ser encontrada em diversos dispositivos⁴⁹, no entanto, cabível uma ressalva acerca das condições de trabalho que uma significativa parcela da população brasileira ainda vivencia nos dias atuais, principalmente no que se refere ao trabalho em condições análogas à de escravo, pois no Brasil, as condições de trabalho foram desde suas origens marcadas pela relação escravocrata, evoluindo para um *servilismo* assalariado que continua sendo a tônica das relações trabalhistas, pelo que a normatização do respeito à integridade física do trabalhador no texto constitucional se faz exigência premente.

⁴⁶ VIANA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 15. ed. atual. São Paulo: LTr, 1995. v.1, p. 34.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel, op. cit., 2006, p. 70.

⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin, op. cit., 2003, p. 93-94.

⁴⁹ O direito à integridade física apresenta-se no caput do art. 5º que garante a inviolabilidade do direito à vida; o inciso III do mesmo artigo: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento degradante; o inciso XLIII: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura,...]; o inciso XLVII: que prevê que não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.”

Entretanto, não apenas a integridade física do trabalhador deve ser garantida, mas também a integridade psíquica, que o constituinte rotulou como integridade moral, de amplo espectro. Destarte, o direito a uma vida digna inclui que não seja o ser humano lesionado tanto física quanto moralmente, garantindo-se-lhe direitos da personalidade, como o nome, a imagem, a honra, a privacidade, o corpo, a identidade pessoal, a saúde.⁵⁰

Neste aspecto, o trabalhador enquanto sujeito de uma relação de emprego ou de trabalho, *lato sensu*, desfruta simultaneamente o gozo de diversos direitos fundamentais, dentre eles o de ter sua integridade psicofísica preservada e respeitada pelo tomador dos seus serviços, razão pela qual não há justificativa para a invasão da intimidade e da vida privada do trabalhador, tampouco cabível sua exposição a constrangimentos, quer sob a forma de assédio sexual ou moral, quer com a sua submissão a condições de trabalho que lesionem sua saúde.

Da mesma forma, o direito à liberdade, como integrante do núcleo referencial da dignidade humana, teve uma evolução histórica concomitante ao próprio desenvolvimento da teoria clássica do liberalismo, como antes referido, inicialmente tomado no sentido de uma liberdade individual do cidadão proprietário, como sinônimo de autonomia nas relações privadas mantidas entre iguais, com fulcro em valores basicamente patrimoniais, já que, segundo Maria Celina Bodin Moraes, sob o prisma liberal

a liberdade era 'absoluta'; as restrições a ela tinham unicamente o condão de proteger as demais liberdades (dos particulares). A autonomia dos privados se contrapunha à ordem pública e/ou interesses da coletividade, os quais somente em pouquíssimos setores, considerados estratégicos, podiam prevalecer sobre os interesses privados.⁵¹

Na atualidade, entretanto, a concepção de uma liberdade ilimitada, individual, atendendo apenas ao interesse de um sujeito, é mitigada pelo entendimento da necessidade de atendimento ao interesse social, na medida em que a ordem jurídica impõe limites à autonomia individual, limites estes que estão contidos em cláusulas gerais de garantia da ordem pública, do dever de lealdade e boa-fé nas relações

⁵⁰ Neste diapasão o inciso V, do art. 5º que estabelece direitos e garantias fundamentais assegura ao lesionado, tanto na sua integridade física quanto moral, a correspondente indenização, mormente pela garantia de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem prevista no inciso X do mesmo dispositivo.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin, op. cit., 2003, p.104.

contratuais, que segundo o pensamento de Pietro Perlingieri⁵², conformam a solidariedade que deve reger as relações em sociedade, pelo que o direito de liberdade deve sempre ser contraposto a uma necessária convivência social harmoniosa e solidária, que não implique em situações existenciais que importem em afronta à dignidade humana.

Observe-se que, nas relações trabalhistas, o trabalhador não deveria diferir em nada de outro ser humano, pelo que o direito a um desenvolvimento pleno da sua pessoa, através, também, do respeito à sua liberdade, deve ser garantido pela ordem jurídica constitucional.

Arion Sayão Romita, ao estudar o tema dos direitos fundamentais dos trabalhadores, registra uma questão paradoxal na doutrina justralhista:

nos estudos sobre relações de trabalho, quase não se vê referência aos direitos humanos, embora o trabalhador seja antes e tudo uma pessoa que não abdica dessa qualidade quando se coloca à disposição do empregador pela celebração do contrato de trabalho. **Por força da subordinação que caracteriza a relação de emprego, ele aceita restrições a certos direitos, porém, não aos direitos fundamentais, que são direitos humanos: liberdade e direitos econômicos e sociais.** (Grifo nosso).⁵³

O mesmo autor prossegue afirmando que a atividade profissional faz parte da esfera da vida pública, pois implica em relações com outras pessoas, tais como colegas de serviço, chefes, clientes, pelo que o trabalhador sofre certas limitações impostas pelo próprio contrato de trabalho/prestação de serviços e pela convivência no ambiente profissional.

Entretanto, estas restrições devem esbarrar na garantia de que os direitos sociais trabalhistas sejam respeitados, mormente levando em consideração as discrepâncias de condições socioeconômicas existentes entre as partes envolvidas na relação capital-trabalho, sabendo-se de antemão que o trabalhador figura no polo mais fragilizado desta relação, configurando-se seu contrato de trabalho, na maioria, senão na totalidade das vezes, como um autêntico contrato de adesão em que as condições não são pactuadas de forma consensual, mormente em casos ainda existentes de trabalho em condições análogas à de escravo, ainda ocorrentes como resquício da própria história da formação do Estado brasileiro.

⁵² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução do direito civil constitucional. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121-122.

⁵³ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 194.

Neste aspecto, Flávia Piovesan afirma que o “trabalho escravo surge como a negação absoluta da dignidade humana, da autonomia e da liberdade, ao converter pessoas em coisas e objetos.”⁵⁴

Por fim, ainda trabalhando com o núcleo referencial da dignidade humana, tem-se o direito-dever de solidariedade social que se apresenta, de certa forma, contraposto ao direito da liberdade, de cunho mais individual, na medida em que o homem passa a ser percebido como integrante de grupos sociais, participante de uma tessitura de relações mantidas com outros seres humanos que não podem deixar de ser levadas em consideração.

A Constituição de 1988, ao estabelecer como objetivo do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso III), direciona todas as ações públicas e privadas para a promoção de uma justiça distributiva, com fundamento no respeito à pessoa humana, a fim de que em sociedade as pessoas se desenvolvam de forma livre e solidária na busca da eliminação da exclusão e marginalização social.

Arion Sayão Romita chama a atenção para o fato de que, em geral, o termo solidariedade quase não é utilizado juridicamente, à exceção da noção de obrigação solidária oriunda do direito civil, havendo uma tendência a se entender a solidariedade como um conceito ideológico desprovido de juridicidade. Para o autor, no entanto, na ordem constitucional é possível trabalhar com a ideia de um princípio da solidariedade

que induz a responsabilidade comunitária na vinculação entre os indivíduos, forçando a tomada de consciência das obrigações recíprocas assumidas pelos componentes do grupo, considerados como tais e não como indivíduos isolados.⁵⁵

Assim, os direitos de liberdade e de igualdade poderiam ser entendidos como aqueles direitos que se dirigem ao trabalhador considerado individualmente, enquanto o direito-dever de solidariedade diria respeito aos vínculos que unem os trabalhadores enquanto participantes da comunidade.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos direitos humanos. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Org.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo: LTr, 2006, p. 164.

⁵⁵ ROMITA, Arion Sayão, op. cit., 2005, p. 323.

No âmbito das relações trabalhistas, o papel da solidariedade se configura como fundamental, na medida em que os interesses profissionais tendem a agregar os indivíduos que, em geral, trabalham nos mesmos locais, partilham de iguais preocupações sociais e econômicas, desfrutam de padrões de vida assemelhados. Tanto isto é verdade que existe um ramo do Direito do Trabalho, o Direito Coletivo do Trabalho, que trata basicamente dos direitos de solidariedade, fundado em três questões fulcrais, que são a associação sindical, a negociação coletiva e o exercício do direito de greve como resistência da classe trabalhadora, direitos estes que se expressam e exercem em sua dimensão coletiva e não meramente individual.

Dentre os direitos de solidariedade fundamentais referentes à relação de trabalho, tem-se o direito à sindicalização; o direito à negociação coletiva de condições de trabalho; o direito de greve; o direito de representação dos trabalhadores e dos sindicatos na empresa; o direito à proteção contra a dispensa arbitrária; o direito ao repouso; o direito à saúde e segurança no trabalho e o direito ao meio ambiente de trabalho saudável.

Não é demais ressaltar que os direitos de solidariedade que regem as relações humanas e, em especial, as relações de trabalho são normas cogentes que asseguram aos trabalhadores direitos indisponíveis, em razão do caráter social e do interesse público de que se revestem, por indispensáveis à preservação da dignidade humana, restando o valor trabalho que é dotado de fundamentalidade.

3.2.2 *A fundamentalidade do valor trabalho*

O homem se humaniza na proporção em que atua no mundo, conforme valores que são erigidos pessoal e socialmente, em um determinado tempo e espaço, revelando toda a historicidade humana.

Segundo André Lallande, o valor pode ser entendido sob dois prismas: subjetivamente significando a característica das coisas de serem *“mais ou menos estimadas ou desejadas por um sujeito ou, mais comumente, por um grupo de sujeitos determinados*, e objetivamente significando *a característica das coisas que*

*consiste em merecerem mais ou menos estima.*⁵⁶ Assim, não se pode pensar em questões axiológicas sem pensar um sujeito que valora, da mesma forma que não há que cogitar de um valor que não tenha como ponto de referência e confluência fundamental o ser humano.

O trabalho enquanto valor pode ser apreendido de diversas formas, tanto do ponto de vista subjetivo quanto objetivo, pelo que pode ser valorado como digno/indigno; lícito/ilícito; formal/informal, e outras qualificações, dependendo o sentido do valor trabalho tanto do sujeito trabalhador quanto do momento histórico vivenciado.⁵⁷

O trabalho enquanto valor, por ser uma construção histórica de importância vital para o próprio desenvolvimento da personalidade do ser humano, posto que se constitui como a principal forma de construção da sua identidade individual e social, tem ao longo do tempo uma gradação axiológica diversificada, pelo que impossível se pensar o trabalho com a mesma valoração dada por Locke, Adam Smith, Hegel ou Marx.

A fim de se captar o valor trabalho como fator dignificante do ser humano na atualidade, necessário retomar, de forma sucinta, a abordagem da evolução histórica do trabalho no pensamento político de pensadores, tais como Locke, nos liberais clássicos, no pensamento de Hegel, no pensamento marxista e na concepção contemporânea de Bataglia.

Locke, enquanto um dos teóricos fundamentais à construção da teoria clássica do Estado Liberal de Direito, considerava os direitos à vida, à liberdade e à propriedade como naturais ao ser humano, anteriores à criação do estado civil, constituindo-se o trabalho como um meio de obtenção, manutenção e delimitação da propriedade.

Deve-se compreender o pensamento lockiano como consentâneo a um momento histórico em que se lançavam as bases de uma sociedade capitalista fundada na propriedade privada dos meios de produção e na propriedade da força

⁵⁶ LALLANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. Tradução de Fátima Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torres e Maria Gorete de Souza. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.888-1889.

⁵⁷ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 111.

de trabalho por cada indivíduo, pelo que o trabalho era visto como valor que não se separava do seu conteúdo patrimonial, umbilicalmente ligado que estava ao direito de propriedade, em seu sentido individualista, característico do período de afirmação da doutrina liberal.

Adam Smith, como já ressaltado, um dos primeiros representantes do liberalismo clássico a trabalhar de forma estruturada a ideia de não intervenção estatal na economia, sustentando a existência de um funcionamento natural dos modos de produção, através de uma *mão invisível* reguladora do mercado, reconhecia no sistema capitalista uma estratificação social baseada na própria divisão da propriedade dos bens e meios de produção.

Para este teórico, a diferença de classes se fazia em razão da propriedade da terra e do capital, reconhecendo o trabalho humano como fonte de riqueza, com valor de uso e troca, ou seja, concedendo-lhe um conteúdo essencialmente patrimonial, como uma verdadeira mercadoria a ser utilizada pelo trabalhador.

Observa-se nestes dois pensadores a redução do trabalho a um preço, o que segundo Kant representa um valor exterior aplicável apenas a coisas e não a pessoas, pois firmavam posição no sentido de considerar o trabalho como um valor determinante para a própria existência do sistema de produção capitalista, sem, no entanto, conferir-lhe um conteúdo ético, um significado dignificante.

Em Hegel, o trabalho passa a ser entendido como uma atividade racional do espírito, pelo qual o homem livre domina o mundo e o transforma segundo seus interesses, assegurando sentido de existência para os bens por ele produzidos.⁵⁸ Inicia-se, assim, uma concepção do valor trabalho como intrinsecamente ligado à natureza humana, na medida em que a atividade laborativa permite ao homem ter consciência de si mesmo, do mundo e das relações que empreende em sociedade.

Entretanto, apesar da introdução no pensamento filosófico de um conteúdo racional, extrapatrimonial ao valor trabalho, Hegel revela o aspecto negativo, o desvalor que pode ser atribuído ao trabalho, na medida em que as relações de servidão e escravidão mantidas alienam o homem da sua própria condição humana, da sua liberdade física e espiritual.

⁵⁸ DELGADO, Gabriela Neves, op. cit., 2006, p. 123.

Segundo Felice Bataglia, Hegel apreende na dialética do senhor e do escravo a contradição inerente ao trabalho humano, na medida em que ao desempenhar uma atividade laborativa o homem trabalhador aliena-se de si mesmo, escraviza-se e é dominado pelo senhor, pelo que o trabalho, ao mesmo tempo em que pode ser fator de libertação e dignificação do ser humano, pode ser instrumento da sua própria alienação e dominação.⁵⁹

Neste sentido, a superação do desvalor conferido ao trabalho enquanto fator de dominação somente é superado em Hegel através do trabalho livre, em que o homem seja senhor de suas próprias obras, tomando consciência de si mesmo através da atividade produtiva.

Na visão marxista, o trabalho humano faz parte da própria estrutura da sociedade, sendo socialmente necessário como meio de manutenção da subsistência dos indivíduos, pelo que o valor trabalho, por ser definido socialmente, no seio de uma formação socioeconômica capitalista, leva à valoração do trabalho como uma mercadoria relacionada com as necessidades da sociedade assim estruturada.

O materialismo histórico marxista enfatiza, como preponderante para a definição do valor trabalho, a infraestrutura de fundamento essencialmente econômico, que determinaria toda a superestrutura constituída das ideologias políticas, concepções religiosas, códigos morais e estéticos, sistema jurídico, educacional e de comunicação. Logo a valoração do trabalho perpassaria, necessariamente, pela dinâmica da produção econômica.

Não é demais enfatizar que, para a teoria marxista, o trabalho é essencial para a própria identificação social do trabalhador, pois tanto a ação individual quanto coletiva dos indivíduos tem limites definidos na forma como a economia se estrutura, pelo que a identidade do indivíduo se forma através da sua relação com o mundo do trabalho. Segundo Gabriela Neves Delgado,

⁵⁹ BATAGLIA, Felice. **Filosofia do trabalho**. Tradução de Luiz Washington Vita e Antonio D'Elia. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 246.

a partir do momento em que o homem se identifica como um trabalhador de determinado segmento (linhas de montagem, ou de produção, por exemplo), cria vínculo com seus semelhantes, incorpora à sua vida privada valores absorvidos do cotidiano do trabalho, espelha seu modo de ser ao executar as funções e recebe do espaço social tanto resultados materiais (para a sua sobrevivência enquanto espécie) como espirituais (na produção de sua identidade social).⁶⁰

Por esta razão, tanto o trabalho pode se constituir em fator de promoção do desenvolvimento da personalidade do trabalhador, na medida em que seus direitos essenciais como ser humano são respeitados, e sua dignidade enquanto ser humano é preservada, ou então, pode se constituir em fator de alienação, como aponta a teoria marxista, em razão da opressão a que é submetido o trabalhador, tratado e entendido como objeto, expropriado do produto do seu labor, sendo o trabalho então apenas entendido como meio de manutenção da subsistência do indivíduo e não como atividade vital para a construção da sua dignidade.

Pode-se destacar no pensamento contemporâneo as ideias de Felice Bataglia acerca do valor trabalho, nas quais a questão econômica não é tão acentuada, sendo enfatizado o aspecto filosófico, de cunho ético do trabalho para o ser humano, sob o fundamento de que *todo trabalho, para ser ético, deve ser condizente com a moral e os limites impostos pela dignidade da pessoa*.⁶¹

Para este autor, o trabalho é atividade consciente do homem que se faz pessoa e que, numa escolha espontânea de meios e de fins, procede livremente⁶², constituindo-se, portanto, não apenas como um direito, mas como um dever universal de conteúdo moralizante. É através do trabalho que o homem satisfaz não apenas seus impulsos instintivos de satisfação de suas necessidades básicas, mas age de forma consciente para um determinado fim, que não pode ser desprovido de ética.

Sustentando o sentido ético social do trabalho para o ser humano, Bataglia explica que através deste o homem reconhece a si e aos outros associados, dá sentido, numa relação que é forma transcendental, ao mesmo tempo de convivência

⁶⁰ DELGADO, Gabriela Neves, op. cit., 2006, p. 134.

⁶¹ BATAGLIA, Felice, op. cit., 1958, p. 23.

⁶² Ibid., 1958, p. 24.

e colaboração⁶³, constituindo o valor trabalho como essencial para a formação plena do ser humano.

Desta forma, qualquer espécie de atividade laborativa que afronte a dignidade humana não pode ser considerada como um valor, mas como o seu contrário, um desvalor, tanto individual quanto social.

3.3 *Direitos sociais trabalhistas enquanto patamar mínimo da dignidade do trabalhador*

Partindo do entendimento de que a dignidade humana constitui-se enquanto eixo axiológico do trabalho humano, tem-se estabelecido, inicialmente, que qualquer espécie de trabalho que coisifique o homem, o instrumentalize, descaracterizando sua condição de pessoa, resta vedado pelo ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito que se erige com base no respeito à dignidade da pessoa e ao valor social do trabalho.

Sendo o trabalho um direito fundamental, somente o trabalho exercido em condições dignas pode ser considerado como capaz de construir a identidade social do trabalhador, promovendo o desenvolvimento da sua personalidade, razão pela qual, existem alguns direitos que são de indisponibilidade absoluta, por se constituírem em um patamar mínimo necessário para a preservação da dignidade do trabalhador.

Os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta estão estabelecidos em *três grandes eixos jurídicos* que, segundo Maurício Godinho Delgado, são os seguintes:

- direitos trabalhistas de amplitude universal constantes de tratados e convenções internacionais ratificadas pelo nosso país;
- direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal;
- direitos trabalhistas constantes de normas infraconstitucionais, tais como a Consolidação das Leis Trabalhistas e leis esparsas que tratam sobre saúde e segurança no trabalho, proteção contra acidentes de trabalho, dentre outras.⁶⁴

Tem-se, então, que a Constituição normatiza somente aquele patamar mínimo, abaixo do qual a dignidade do trabalhador seria aviltada, não significando, portanto,

⁶³ Ibid., 1958, p. 297.

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., 2005, p. 1.321.

nenhum *plus*, vantagem, benesse. Ocorre que incluídos neste patamar mínimo de proteção encontram-se, também, os direitos da personalidade do trabalhador, pelo que a proteção jurídica do trabalhador não se encontra restrita à legislação trabalhista propriamente dita, em qualquer dos três eixos jurídicos citados, mas esparsa em toda a Constituição Federal quando confere tutela geral e específica à personalidade, e infraconstitucionalmente no Código Civil e leis esparsas que garantem direitos da personalidade.

No mundo do trabalho, mormente em países como o Brasil, com uma base econômica capitalista periférica, ocorrem comumente situações em que a pessoa do trabalhador tem seus direitos violados, tais como no caso em que na fase pré-contratual é submetido a entrevistas vexatórias em que sua intimidade e privacidade são invadidas, ou então o trabalhador é ridicularizado em razão de seus hábitos pessoais, preferências religiosas, políticas e sexuais.

Da mesma forma, no curso da relação de trabalho, o trabalhador pode sofrer assédio moral que viola direitos da sua personalidade e que pode se caracterizar em diferentes situações, sendo as mais frequentes: a repreensão do trabalhador aos “berros” e com insultos na frente dos demais colegas e clientes da empresa; ameaças verbais despropositadas e infundadas efetuadas por superiores; isolamento do trabalhador na empresa, sendo este desprezado e ignorado tanto nas suas manifestações quanto pelo trabalho realizado; sujeição do empregado ao ridículo através de piadas, apelidos ou atribuição de tarefas incompatíveis com a dignidade da pessoa e não inerentes à atividade profissional; perseguição por parte de outros colegas; não atribuição de tarefas ao trabalhador de forma a forçá-lo a sair do emprego e a diminuí-lo perante os colegas de profissão e perante a comunidade.

Outra hipótese de lesão a direitos da personalidade consiste na prática do assédio sexual, tipificado atualmente como crime no Código Penal, por meio da introdução do art. 216-A, através da Lei n. 10.224/2001, que se configura em “constranger alguém com intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.” As características deste delito são o constrangimento ilícito, com a finalidade específica de obter favorecimento ou

vantagem sexual, sendo empreendido através do abuso da condição de superior hierárquico do trabalhador.

Não menos rara é a discriminação em razão de raça, sexo, orientação sexual, aparência física, credo religioso, deficiências físicas e psíquicas. No tocante à condição de saúde dos portadores do vírus HIV, a dispensa imotivada destes fere em especial o princípio da dignidade humana, na medida em que viola o direito à igualdade de tratamento com os demais trabalhadores, por se tratar de uma clara hipótese de discriminação desarrazoada, além de ferir os princípios da solidariedade social que informam o ordenamento jurídico como um todo.

Da mesma forma, a submissão de trabalhadoras a revistas íntimas, caracterizadas pelo excesso do poder fiscalizatório, constituem-se em ofensa a direitos da personalidade, tais como a intimidade e privacidade da pessoa do trabalhador, ferindo-o em sua dignidade.

Outra forma de afronta aos direitos do trabalhador configura-se na elaboração e divulgação pelo empregador/tomador de serviços de listas negras de trabalhadores em razão do ajuizamento anterior de reclamações trabalhistas, participação em movimentos paredistas, ou qualquer outra informação depreciativa da imagem, honra e intimidade do trabalhador.

Todas estas hipóteses mencionadas constituem-se situações em que a dignidade do trabalhador é ferida de forma frontal, e que se consubstanciam em situações que negam ao ser humano condições mínimas de uma existência digna.

Cabe enfatizar que, quando se analisam estas situações, há a consciência de que se trata de um contingente populacional ínfimo da sociedade brasileira que possui um trabalho e que não vive em situação de miséria absoluta, pelo que tratar de direitos sociais trabalhistas mínimos, em alguns momentos, poderia parecer uma utopia quando se depara com uma esmagadora maioria da população que se encontra transitando na zona cinzenta do subemprego, como força de trabalho precarizada, ou quando se defronta com a multidão (in)visível dos desempregados e desassistidos sociais.

Entretanto, em razão desta consciência, ressalta-se a importância de se trabalhar a ideia de um dirigismo constitucional que imponha ao Estado e à sociedade diretrizes para a consecução de um Estado de Justiça Social, que impeça retrocessos das conquistas sociais, principalmente conquistas trabalhistas.

A partir destas reflexões, passar-se-á a efetuar uma análise doutrinária da concepção de básico existencial e da inserção de direitos sociais trabalhistas no conjunto de direitos que propiciam ao cidadão a fruição de uma vida saudável e com dignidade.

3.4 Os direitos sociais trabalhistas e sua inserção em uma concepção do básico social

Neste trabalho adotar-se-á a expressão básico social ou existencial, em lugar de mínimo social ou existencial, no sentido de que o básico social vai além do patamar mínimo que garante apenas a mera sobrevivência do ser humano, constituindo-se o básico social como condição de bem-estar dos indivíduos em sua vida na sociedade.

A expressão mínimo social ou existencial, em geral, é utilizada, em sentido restritivo, como garantia pelo Estado de algumas prestações compensatórias, muitas das vezes ligada à ideia de caridade e *benesses* patrocinadas pelo Poder Público e não enquanto verdadeiros direitos fundamentais.

Observe-se que a adoção da expressão básico social não se faz na esteira do pensamento liberal e neoliberal que não ficou indiferente a esta questão, definindo patamares mínimos socialmente como aqueles que não ultrapassassem os contornos da sobrevivência física.

Necessário frisar-se que a ideia de uma constituição dirigente está intimamente ligada à construção de uma concepção do básico social que deve ser garantido pelo Estado, sendo que esta concepção pode ser buscada nas teorias desenvolvidas por

autores como John Rawls, Friedrich Hayek, enquanto mínimos sociais, e em Doyal e Gough, sem pretensões de esgotar outras teorizações.⁶⁵

John Rawls, ao trabalhar a ideia de que a sociedade, muito embora possa ser compreendida enquanto um empreendimento cooperativo, caracteriza-se por ser marcada pelos conflitos de interesses, sustenta a necessidade do estabelecimento de uma concepção pública de Justiça, fundada em princípios que influenciem a estrutura básica da sociedade, e que “fundamentem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.”⁶⁶

Observe-se que, para Rawls, uma sociedade bem organizada se caracteriza por advogar os mesmos princípios básicos de Justiça, que são aceitos por todos, ao mesmo tempo em que as pessoas sabem que os outros aceitam estes princípios, além de ter instituições básicas que geralmente satisfazem, e se tem consciência de que satisfazem, estes mesmos princípios de Justiça, sendo estes princípios as primeiras escolhas da sociedade, que influenciam sua estrutura básica.

Neste aspecto, Rawls faz uma releitura do contrato social rousseauriano, ao trabalhar com a ideia de um contrato originário baseado no consenso social, uma espécie de “estado de natureza” hipotético, fundado na ideia de Justiça enquanto equidade, que neutralizaria o “fato do pluralismo”⁶⁷ para, posteriormente, enfatizar a diversidade de interesses nas sociedades modernas, a partir da noção de “consenso sobreposto”, que se consubstanciaria na pluralidade de pessoas que endossam uma determinada concepção política de Justiça.

Para o autor, ainda, os princípios de Justiça que garantiriam o consenso originário seriam a igualdade de fruição de um sistema de liberdades básicas (*princípio da liberdade*) e a admissão das desigualdades de riqueza e autoridade,

⁶⁵ Neste sentido vale destacar, ainda, a contribuições teórica de Robert Alexy, que trabalha com mínimos existenciais enquanto direitos fundamentais sociais. Para Alexy os direitos fundamentais sociais - direitos à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação - são, na verdade direitos a prestação em sentido estrito, do indivíduo em relação ao Estado, a algo que ele teria se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Cabe ressaltar que para Alexy os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 499.

⁶⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Forense, 1997, p.05.

⁶⁷ Id. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 309.

somente na medida em que estas resultassem em benefícios compensatórios aos menos favorecidos socialmente (*princípio da diferença*), o que, de fato, o qualifica como um teórico do liberalismo.

Neste sentido, então, em razão do reconhecimento das desigualdades econômicas e sociais, imputa ao Estado a função de garantir igualdade de oportunidades substanciais a todos os integrantes do grupo social, garantindo um mínimo existencial que viabilize a própria fruição das liberdades básicas de cada cidadão.

Segundo Rawls, o mínimo existencial deve estar assegurado constitucionalmente, como um conjunto de condições materiais a que tem direito cada cidadão e sem o qual o próprio exercício das liberdades básicas se torna inviável, cabendo ao Estado, para tanto,

assegurar oportunidade iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público.... **igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho.... por meio da fiscalização de empresas e associações privadas e pela prevenção do estabelecimento de medidas monopolizantes e de barreiras que dificultem o acesso às posições mais procuradas.... através de um salário-família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego [...]**⁶⁸

A partir destas reflexões, pode-se incluir a teorização de John Rawls, apesar de sua concepção do Estado de tendência precipuamente liberal, como um dos contributos para a construção de uma concepção de mínimo existencial, garantido constitucionalmente, em que direitos trabalhistas, *lato sensu*, são reconhecidos enquanto integrantes de um mínimo social.

Em Friedrich Hayek, teórico dos postulados neoliberais, a concepção de um mínimo existencial está intimamente ligada à garantia de uma renda mínima a todos os que não possuam meios de garantir sua subsistência de forma livre, dentro das regras do mercado, desde que tais prestações não ultrapassem os limites da mera sobrevivência física dos beneficiários.

Mesmo sendo um teórico do neoliberalismo econômico, Hayek defende a ideia de um mínimo existencial, de forma residual, que não se caracteriza como um

⁶⁸ RAWLS, John, op. cit., 1997, p. 80.

conjunto de direitos fundamentais sociais a que teriam direito todos os cidadãos de um Estado, sustentando que a preservação de um mínimo existencial aos indivíduos garantiria a manutenção do mecanismo do livre mercado.

Em outra vertente, a partir da formulação de uma teoria das necessidades, Doyal e Gough⁶⁹ constroem uma concepção de básico existencial a partir da ideia de necessidades básicas vinculadas à prevenção de graves prejuízos ao ser humano, sendo elas a saúde e a autonomia, e de necessidades intermediárias, como *alimentação nutritiva e água potável; habitação adequada; ambiente de trabalho desprovido de riscos; ambiente físico saudável e livre de risco; cuidados com a saúde; proteção à infância; segurança econômica; segurança física; educação apropriada; segurança no planejamento familiar, na gestação e no parto.*⁷⁰

Para os autores, as condições prévias de qualquer ação humana individual ou coletiva, em qualquer lugar do mundo, são o gozo de boa saúde física e a possibilidade de atuar com autonomia, pois estas se constituem como as necessidades humanas mais elementares.

Neste diapasão, Cláudia Maria da Costa Gonçalves aponta que a saúde física liga-se fundamentalmente à dimensão biológica, por conseguinte, à preservação da vida, enquanto a questão da autonomia seria a capacidade humana de escolher e valorar objetivos e crenças, vivenciando-os sem constrangimentos ou opressões desarrazoados.

Estas necessidades básicas possibilitariam ao homem o viver, e não apenas o sobreviver, na medida em que seriam pressupostos para a obtenção da satisfação das necessidades intermediárias, formando um todo que não se conforma na ideia de mínimo social comumente propagado pelo ideário liberal e neoliberal, pois os contornos do básico não são delimitados pela mera saúde física e autonomia, mas, também, pela satisfação das necessidades intermediárias que a fruição destas duas pré-condições propiciariam. Importante ressaltar a inserção do direito à segurança

⁶⁹ DOYAL, Len; GOUCH, Ian. **A theory of human need**. New York: Guilford Press, 1991, p. 50 e 155-159.

⁷⁰ Para maior aprofundamento acerca do pensamento de Doyal e Gouch, recomendamos a leitura de PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000, bem como o item 4.2. *Mínimos e básicos sociais*, do capítulo 4. *Políticas sociais na Constituição Federal de 1988*, de GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 174-186.

econômica e ao ambiente de trabalho desprovido de riscos no rol de necessidades que concretizam a existência digna de um ser humano, tendo em vista que tais necessidades se configuram como direitos sociais trabalhistas constitucionalmente garantidos na Constituição brasileira.

Segundo Doyal e Gough, os seres humanos têm a necessidade de planejar suas condições materiais de vida, de forma a poder atuar com autonomia, que é uma necessidade básica. Assim a garantia de uma relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária, o seguro-desemprego, nos casos de demissão involuntária, o fundo de garantia por tempo de serviço, a irredutibilidade do salário, as licenças paternidade e maternidade, a aposentadoria, a garantia do salário mínimo, por exemplo, são direitos sociais trabalhistas que integram o conteúdo do básico existencial para uma vida digna do indivíduo.

Da mesma forma, o trabalho em condições ambientais que não coloquem risco à saúde e integridade física do indivíduo, a utilização de equipamentos que anulem ou reduzam os riscos e acidente e doenças de trabalho, além do trabalho em jornadas não excessivas que não prejudiquem a saúde do trabalhador são direitos sociais trabalhistas que também se configuram direitos ao básico existencial e que se encontram todos garantidos na Constituição brasileira de 1988. Para Cláudia Maria da Costa Gonçalves, “o paradigma das necessidades humanas básicas democratiza e alarga o próprio conceito de autonomia, retirando-lhe o véu do individualismo liberal, que por muitos anos foi sua característica.”⁷¹

A partir, portanto, da concepção de básico existencial defendida por Doyal e Gough, pode-se dizer que as necessidades humanas básicas excedem o mínimo social de construção doutrinária de cunho liberal, constituindo-se em direitos que objetivam o princípio da dignidade humana, englobando tanto as liberdades individuais quanto os direitos sociais, dentre estes os direitos trabalhistas de longa e penosa juridicização e constitucionalização, fruto das lutas sociais historicamente desenvolvidas, e que por isso mesmo não podem, de forma desarrazoada e sem compensações equivalentes, ficar sujeitos a retrocessos sociais.

⁷¹ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 186.

4 DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Partindo da premissa de que países, como o Brasil, que apresentam um histórico *déficit* de participação popular, profundamente marcado pela desigualdade social, onde as lutas e conquistas sociais se fizeram mais como concessões da elite política para a manutenção do poder, de forma autoritária ou cooptativa, do que propriamente como fruto da organização das classes trabalhadoras e da sociedade como um todo, tem-se que o dirigismo constitucional se faz necessário, para não se dizer imprescindível, na medida em que *a pretensão de efetivação permanente e progressiva de um projeto de justiça social, característica da Constituição dirigente, importa na preservação do que já houver sido efetivado*¹, em matéria de direitos sociais.

Vale relembrar que, segundo Canotilho, o Estado de Direito (que por ele não é entendido como o modelo da doutrina liberal) é um Estado constitucional, que pressupõe uma *ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos*, dotada de supremacia, que a partir do princípio da constitucionalidade veicula a

força normativa da constituição contra a dissolução político jurídica eventualmente resultante; (1) da pretensão de prevalência de 'fundamentos políticos', de 'superiores interesses da nação', da 'soberania da nação' sobre a normatividade jurídico-constitucional; (2) da pretensão de, através do apelo ao 'direito!' Ou à 'idéia de direito' querer desviar a constituição da sua função normativa e substituir-lhe uma *superlegalidade* ou *legalidade de duplo grau*, ancorada em 'valores' ou princípios transcendentais.²

Assim, um Estado Democrático de Direito restaria fundado no respeito e na garantia da efetivação dos direitos fundamentais que reconduzem à ideia do homem enquanto *cidadão, administrado e trabalhador*, ressaltando-se a importância dos

¹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 83.

² CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1993, p. 362. Devemos observar que para o princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição são deduzidos de vários elementos caracterizadores do Estado de direito.

direitos sociais, em especial, na hipótese deste estudo, dos direitos sociais trabalhistas. Para Lenio Luiz Streck, o Estado Democrático de Direito, como uma construção teórica mais elaborada do constitucionalismo contemporâneo, emerge

como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito (liberal) e, de outro do *Welfare State*. Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da **já tradicional questão social**, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*.³ (Grifo nosso).

Neste sentido, a preocupação com a concretização dos direitos fundamentais em países em que as promessas do Estado Social não foram cumpridas, onde os indicadores sociais denunciam a condição de extremada negligência e exclusão social, faz-se importante, a partir da adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, fundamentado no dirigismo constitucional que impõe ao Estado a função de garantidor da segurança jurídica necessária para que retrocessos sociais não se reproduzam ciclicamente.

A situação de perpetuação da questão social em países submetidos à lógica neoliberal do mercado exige a imposição ao Estado do papel de promotor da dignidade humana, por intermédio do desempenho da função de garantidor e materializador dos direitos fundamentais, mantendo direitos sociais já realizados e promovendo a concretização de situações jurídicas que a Constituição indica como padrões a serem efetivados, de forma a garantir um mínimo de segurança social.

Enfatize-se a necessidade de se abandonar a ótica liberal individualista, típica de uma equivocada leitura dos paradigmas da modernidade, partindo da concepção de um Estado Democrático de Direito, como instância necessária à garantia da segurança jurídica necessária à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Neste aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet⁴, ao trabalhar o princípio da proibição de retrocesso em matéria social, faz uma correlação com o direito fundamental à

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56-57.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Para o autor o direito à segurança pode ser encarado como uma espécie de cláusula geral que

segurança jurídica, e de forma mais específica ao direito à segurança social, garantidores de uma vida com dignidade, na esteira do pensamento de Canotilho⁵, que indica a segurança jurídica, em suas mais diversificadas manifestações, como um subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

Para o autor, a Constituição Federal de 1988 elegeu a segurança jurídica como valor fundamental, em sua parte preambular, além de incluí-la no rol de direitos fundamentais no *caput* do art. 5º, juntamente com os direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade, tratando, ainda, da segurança social ao listar direitos sociais, enquanto direitos dotados de fundamentalidade, salientando que a dignidade da pessoa humana

não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.⁶

Flávia Piovesan sustenta que o verdadeiro sentido da segurança jurídica reside na sua condição de instrumento de proteção dos direitos sociais, tendo em vista que “o movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais”, afirmando, ainda, que os direitos sociais, por serem direitos constitucionais fundamentais, “são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos de garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.”⁷

Observe-se que a necessidade de segurança social restou indicada por Doyal e Gouch como integrante do básico social, traduzindo-se em todas aquelas condições sociais que, caso implementadas, possibilitariam a participação

abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, apenas para referir as mais conhecidas.

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., 1993, p. 371. O autor destaca, ainda, o *subprincípio* da proteção de confiança, que se encontra umbilicalmente ligado ao *subprincípio* da segurança jurídica, podendo ser formulados da seguinte maneira: *o cidadão deve confiar em que os seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas.*

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2004, p. 304.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 75.

substancialmente igualitária dos indivíduos na sociedade, tendo em vista que os direitos sociais, por visarem a alcançar o desenvolvimento das potencialidades do ser humano, projetam seus efeitos no futuro, constituindo-se, portanto, como autênticos direitos de promoção da liberdade e autonomia do ser humano.

Estabelecida a correlação existente entre a segurança jurídica, *lato sensu*, e proibição de retrocessos em matéria social, com base no paradigma de um Estado Democrático de Direito, trabalhar-se-á com a natureza normativa desta vedação, também conhecida doutrinariamente como princípio do não retorno da concretização⁸ ou efeito cliquet.⁹

4.1 Proibição da proibição do retrocesso social: princípio ou regra?

A influência da teorização de Ronald Dworkin e Robert Alexy sedimentou na doutrina constitucional a tese da normatividade dos princípios e, sem se pretender esgotar o tema, mormente por não ser este o tema central deste trabalho, pode-se considerar, sob a ótica de Dworkin, que princípio, em sentido lato, é *todo conjunto de estândares que não são regras*; enquanto princípio, em sentido estrito

é um estândar que tem de ser observado, não porque favoreça ou assegure uma realização econômica, política e social que se considere desejável, senão porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.¹⁰

Em relação às regras, este mesmo autor trabalha com a tese da aplicabilidade de forma disjuntiva, ou seja, ou a regra é válida, devendo, portanto, ser aceita a consequência jurídica que prevê, ou então a regra é inválida, e não é aplicada a uma determinada situação jurídica¹¹, trabalhando, ainda, a ideia de que os princípios

⁸ Jorge Miranda trabalha com a proibição de retrocesso social, sob a designação de **não retorno da concretização**. MIRANDA, Jorge, op. cit., 2000. t. IV, p. 397-400.

⁹ A expressão "efeito cliquet" é usualmente utilizada por alpinistas e identifica um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, ou seja, subir. No mundo jurídico a origem do uso desta expressão é encontrada na doutrina francesa, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de "*effet cliquet*") se aplica, inclusive, em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação total de uma lei que proteja as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 22.

¹¹ O modelo teórico de Dworkin, que trabalha a ideia de princípios e regras como espécies diferenciadas de normas, caracterizando-se as regras pela sua aplicabilidade à base do *tudo ou nada*, tem sérias objeções a partir de Hart que indica hipóteses em que as regras quando em

operariam de forma diversa das regras, pois de seus enunciados não seria possível estabelecer as consequências jurídicas da sua inobservância, pelo que teriam os princípios uma dimensão de peso ou importância, ausente nas regras.¹²

Por seu turno, Robert Alexy sustenta que as disposições de direitos fundamentais caracterizam-se por seu conteúdo vago, como é o caso do direito à igualdade, à liberdade, pelo que demandam uma espécie normativa diferenciada que lhes garanta o reconhecimento de sua normatividade e justiciabilidade. O autor reconhece a normatividade tanto dos princípios quanto das regras em razão de ambas serem categorias do *dever ser*, podendo ser expressas através de expressões deônticas básicas, como o *mandado*, a *permissão* e a *proibição*.¹³

Assim, segundo a teorização de Alexy, os princípios seriam mandados de otimização, consubstanciando-se em normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo ser cumpridas em diferentes graus, enquanto as regras seriam normas que poderiam ser cumpridas ou não, de forma disjuntiva, ao estilo defendido por Dworkin, trabalhando, ainda, de igual modo, a solução dos conflitos de regras e colisão de princípios, a partir da dimensão validade e peso, respectivamente.

Ana Paula Barcellos¹⁴, sustentando a tese da normatividade dos princípios, salienta que os princípios caracterizam-se por se constituírem exigência de justiça, equidade ou moralidade; por terem validade decorrente de seu próprio conteúdo; por serem tidos como objetivos e permanentes; por terem função explicativa e justificativa das regras, conferindo unidade e ordenação ao Direito; por serem enunciados mais abstratos, aplicando-se a um número indeterminado de situações; por exigirem maior atividade argumentativa para que seja precisado seu sentido e para que seja encontrada a solução que propõem para o caso concreto; e,

conflito com princípios não são aplicáveis. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

¹² A questão da dimensão de peso dos princípios explicaria o fato de que havendo colisão de princípios, aquele que no caso concreto preponderasse seria aplicável, sendo o princípio conflitante afastado na decisão, mas permanecendo intacta sua existência no ordenamento jurídico, ao lado do princípio que fora aplicado. No caso das regras, em uma hipótese de conflito uma delas teria que ser considerada inválida, não remanescendo no ordenamento jurídico. DWORKIN, Ronald, op. cit., 1977.

¹³ Para um estudo mais detalhado da teoria dos direitos fundamentais do autor, cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2008.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40-57.

finalmente, pelo fato de, em razão da maior carga valorativa, pela condição de um fundamento ético ou decisão política relevante, tenderem a indicar uma determinada direção a seguir.

Por outro lado, as regras se caracterizariam por seu conteúdo variado e algumas vezes até amoral; por buscarem sua condição de validade em outras regras ou princípios; por veicularem conteúdos contingentes e relativizados, variando conforme o tempo e o lugar; por suas hipóteses de aplicação serem facilmente identificáveis, através da atividade meramente subsuntiva; por serem aplicáveis através da fórmula *all or nothing*, de forma direta e automática para a produção de seus efeitos.

Em posição parcialmente divergente, principalmente no tocante ao critério de resolução dos conflitos normativos, Humberto Ávila, doutrinador nacional, considera que a diferenciação essencial entre princípios e regras reside na condição dos primeiros como

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.¹⁵

Os princípios seriam, portanto, normas sobrejacentes que confeririam suporte axiológico às regras, caracterizadas por seu cunho *imediatamente descritivo, retrospectivo e com pretensão de decidibilidade e abrangência*.¹⁶

Para o autor, a dissociação conceitual entre princípios e normas não residiria apenas no fato de os princípios *possuírem* uma dimensão de peso, exigindo uma ponderação quando da sua aplicação, pois *a dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica*, pelo que não é algo que esteja incorporado a um tipo específico de norma, de vez que a atribuição de maior ou menor importância constitui-se, na verdade, como *resultado de juízo valorativo do aplicador*, quando da decisão de um caso concreto.

Da mesma forma sustenta que descabe caracterizar as regras pela sua condição de aplicabilidade *no todo* e os princípios só na *medida máxima*, tendo em

¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78-79.

¹⁶ *Ibid.*, 2008, p.78-79.

vista que *ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente*, diferenciando-se pelo fato de que os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, pois que somente estabelecem fins normativos relevantes, enquanto as regras já teriam o comportamento prescrito previamente inscrito na estrutura linguística da norma.¹⁷

Segundo Canotilho, os critérios para distinção entre regras e princípios, no âmbito do conceito genérico de norma, são os seguintes: *grau de abstração* (os princípios seriam normas com um grau de abstração relativamente elevado, enquanto as normas possuiriam um grau de abstração relativamente reduzido); *grau de determinabilidade* na aplicação ao caso concreto, porquanto os princípios, por terem um conteúdo vago e indeterminado, necessitariam de mediações concretizadoras, enquanto as regras seriam susceptíveis de aplicação direta; *grau de fundamentalidade no sistema de fontes de direito* (os princípios seriam normas com um papel fundamental no ordenamento jurídico); *proximidade da ideia de direito* (os princípios estariam ligados à ideia de direito e justiça); *natureza normogénética* (os princípios seriam fundamentos de regras, constituindo-se sua *ratio* jurídica).¹⁸

A partir destas argumentações teóricas, pode-se enquadrar a proibição do retrocesso social como um princípio, espécie normativa que confere unidade e organicidade a uma ordem jurídica, fundada no respeito à dignidade da pessoa humana e que se propõe a servir como diretriz à construção de uma sociedade mais justa e equânime, preocupada com a resolução da *questão social*, na medida em que seu conteúdo essencial estabelece que direitos fundamentais sociais, já conformados pelo legislador constitucional ou infraconstitucional, não são passíveis de reversão sem a criação de outros direitos socialmente equivalentes ou compensatórios que mantenham as conquistas sociais já concretizadas ou que elevem o patamar de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Neste diapasão, o legislador infraconstitucional tem sua atividade legiferante vinculada, não podendo desjuridicizar direitos já implementados, sem a oferta de

¹⁷ Ibid., 2008, p. 59-63. O autor enfatiza, ainda, com fundamento nas lições de *Aulis Aarnio*, que os princípios não seriam mandados de otimização, tendo em vista que esta característica diz respeito ao uso de um princípio, cujo conteúdo deve ser otimizado no procedimento de ponderação.

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., 1993, p. 166-167.

mecanismos de recomposição do direito social objeto de retrocessão, representando o princípio da proibição do retrocesso social um verdadeiro limite jurídico ao legislador que se encontra submetido aos direitos sociais adquiridos.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da proibição do retrocesso social resta implícito no sistema constitucional, decorrente, basicamente, dos seguintes princípios:

- a - do princípio do estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção de confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;
- b - do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) - de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c - do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais.¹⁹

Tem-se, portanto, que a proibição do retrocesso social configura-se como um **princípio constitucional implícito**, inerente ao Estado Democrático de Direito, mormente por ter o constituinte elevado os direitos sociais na Constituição de 1988 à condição de direitos fundamentais dotados de eficácia, e com expressa previsão de sua aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º, pelo que *uma vez concretizadas em sede legislativa as normas definidoras de direitos fundamentais sociais, tais direitos passam a exibir não somente o status positivus próprio dos direitos prestacionais, como o status negativus característico dos direitos de defesa.*²⁰

Para Luis Roberto Barroso, a vedação ao retrocesso (que ele identifica como sendo uma cláusula geral e não um princípio²¹) constitui-se, na realidade, como

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2006, p. 449. O autor lista, ainda, outros argumentos favoráveis ao reconhecimento da existência implícita no sistema jurídico-constitucional brasileiro de um princípio de proibição do retrocesso em matéria social.

²⁰ Ibid., 2006, p. 379.

²¹ Luis Roberto Barroso imputa ao princípio da proibição do retrocesso social a condição de cláusula geral de proteção dos direitos fundamentais. As cláusulas gerais seriam normas com diretrizes indeterminadas, que não trazem expressamente uma solução jurídica (conseqüência), constituindo em normas inteiramente abertas, ou seja, é um texto normativo que não estabelece "a priori" o significado do termo (pressuposto), tampouco as conseqüências jurídicas da norma (consequente), tendo por finalidade estabelecer uma pauta de valores a ser preenchida historicamente de acordo com as contingências históricas. Fredie Didier Jr. cita como exemplo de cláusula geral a norma que garante o devido

uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionas (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio de legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação ao retrocesso propõe, é que se possa exigir do Judiciário a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.²²

A assunção da natureza jurídica do princípio da proibição do retrocesso social como um princípio constitucional implícito, garantidor dos direitos fundamentais, tanto em seu viés negativo (garantismo negativo), em face dos excessos do Estado, ou em seu viés positivo (garantismo positivo)²³, como dever de atuação estatal para proteção de um direito fundamental social, está intimamente ligada à noção de existência de um outro princípio constitucional, também implícito, que proíbe que o Estado forneça proteção deficiente ao sistema de direitos fundamentais.

Cabe ressaltar que a ideia de um princípio de proibição da proteção deficiente, que se consubstanciaria na vedação ao Estado de atentar contra os Direitos Fundamentais já implementados, implicando em um *fazer* (atuar para a máxima efetividade dos direitos sociais, através da adoção de políticas públicas e da implementação legislativa infraconstitucional necessária) e um *não fazer* (consistente na obrigação do Estado de abster-se de atuar de forma atentatória aos Direitos Fundamentais Sociais já implementados, quer através de atos administrativos ou de legislação que esvazie o conteúdo essencial destes mesmos direitos), encontra acolhida na teorização de Canotilho e Vital Moreira²⁴, reforçando, portanto, o conteúdo do princípio da proibição do retrocesso social.

processo legal, existente desde os tempos da Carta Magna do rei João sem Terra. DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (Org.). **Constituição e processo**. Salvador: JusPodium, 2007.

²² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 379.

²³ Importante a lição de Luigi Ferrajoli, para quem *Los derechos fundamentales, se configuran como otros tantos vínculos substanciales impuestos a La democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar; vínculos negativos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer*. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Trotta, 1999, p. 24.

²⁴ Os autores trabalham com a ideia de que os direitos fundamentais sociais possuem, além da sua característica componentemente positiva, também uma componente positiva, que se traduz num direito á abstenção do Estado (ou de terceiros). Assim por exemplo, o direito ao trabalho não consiste apenas na obrigação do estado de criar ou de contribuir para criar postos de trabalho, antes implica também a obrigação de o estado se abster de impedir ou limitar o acesso dos

Importante, ainda, ter-se em mente que o conteúdo do princípio da proibição do retrocesso social não se esgota em institutos jurídicos como o *direito adquirido*, o *ato jurídico perfeito* e a *coisa julgada*, inscritos enquanto direitos fundamentais no inciso XXXVI, art. 5º, da Constituição Federal de 1988, criações originárias da ordem jurídica legitimadora do Estado de Direito, sob o paradigma da doutrina liberal.

O conteúdo do princípio da proibição do retrocesso social deve buscar seus fundamentos originários no paradigma do Estado Democrático de Direito, que tem a dignidade da pessoa humana como vetor axiológico protetivo e delimitativo dos direitos fundamentais sociais. Assim, utilizando o pensamento de Mário de Conto, pode-se afirmar que

a atribuição de sentido ao Princípio da Proibição de Retrocesso Social perpassa pela pré-compreensão de uma teoria da Constituição dirigente e compromissária, adequada ao modelo constitucional brasileiro e pela necessidade de atribuir máxima efetividade aos Princípios Constitucionais, sem a qual o ordenamento constitucional passa a ser um mero protocolo de intenções, um mero ideário, sem o compromisso com a efetivação dos Direitos Fundamentais e o cumprimento das promessas da modernidade.²⁵

A assunção da existência no ordenamento jurídico constitucional de um princípio da proibição do retrocesso social traz implicações na forma como são entendidas e desenvolvidas as funções pelo Estado, mormente no modelo brasileiro de uma Constituição dirigente, rompendo com uma visão estática do modelo liberal de separação dos poderes, introduzindo a noção do funcionamento estatal, não em sua conotação negativa de divisão, limite ou controle do poder, mas de atuação positiva que objetiva a materialização dos preceitos constitucionais.

4.2 O princípio da proibição do retrocesso social e as funções estatais

Historicamente, a separação dos poderes conformou-se como um dos princípios basilares de um Estado de Direito, configurando-se como um instrumento organizacional eficiente para combater e evitar os abusos de poder, advindos da concentração de poderes nas mãos dos governantes, transmitindo uma ideia de equilíbrio e delimitação do exercício do poder de Estado.

cidadãos ao trabalho (liberdade de acesso ao trabalho. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

²⁵ CONTO, Mario de. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 94.

Para Canotilho, o princípio da separação dos poderes comporta duas dimensões distintas, mas complementares, podendo ser entendido como *divisão de poderes*, forma de controle e limitação do poder, sendo esta sua *dimensão negativa*, ou em uma *dimensão positiva*, como *separação de poderes* que permite a constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado, de modo a possibilitar a concretização de decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas. Assim, para o autor,

o princípio da divisão dos poderes como forma e meio de limite do poder (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação de poder, na qualidade de princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.²⁶

A separação dos poderes, portanto, constitui-se em meio para a realização das tarefas constitucionais, não podendo servir como óbice à efetivação dos direitos fundamentais, dentre estes os direitos sociais, em um Estado que se estrutura a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, pelo que o princípio da proibição do retrocesso social vincula todos os poderes estatais, indistintamente, com peculiaridades que se adaptam às especificidades de cada uma destas funções.

As repercussões do princípio da proibição do retrocesso social, no âmbito do Poder Executivo, importam na quebra da clássica noção da Administração Pública veiculada pela visão liberal individualista de estrita legalidade formal, que se expressa através da aceitação das tradicionais dicotomizações das relações jurídicas no âmbito administrativo, tais como Estado *versus* Sociedade, Público *versus* Privado, de cunho essencialmente autoritário, verticalizado.

A mutação paradigmática implica, também, num giro conceitual do princípio da legalidade que passa a ser entendido de forma substancialista, como instrumento para a consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito, ou seja, como condição de possibilidade de uma atuação da Administração Pública voltada para a transformação social, de forma a garantir valores fundamentais constitucionais, tais

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., 1993, p. 365.

como a dignidade da pessoa humana, o exercício da cidadania e os valores sociais do trabalho, através de ações que objetivem a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais.

Neste diapasão, as funções da Administração Pública, interpretadas com fundamento no princípio da proibição do retrocesso social, impõem ao Estado uma atuação positiva, intervencionista no sentido de garantir a materialização dos direitos sociais, principalmente através da implementação de políticas públicas que objetivem a concretização dos direitos sociais.

Na esfera do Poder Legislativo, as implicações do princípio da proibição do retrocesso social se fazem sentir na vinculação da atividade legiferante aos direitos fundamentais sociais, apesar da característica autonomia desta função estatal, incumbida da elaboração das regras jurídicas que disciplinam as relações dos particulares e do próprio Estado.

A liberdade de conformação legislativa, a partir do paradigma de um Estado Democrático de Direito instituído por uma Constituição dirigente, resta de certo modo restringida, ante a vinculação do legislador aos valores e princípios constitucionais, mantendo, no entanto, a autonomia que lhe é inerente, tendo em vista a permanência de uma *margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação” (Ausgestaltungspielraum)*, pois em um sistema político pluralista e democrático *a apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos governos e parlamentos.*²⁷

Para o mesmo autor, é necessário assumir que a natureza principiológica da proibição do retrocesso não lhe garante a condição de norma geral de caráter absoluto, de vez que a

a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas, também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.²⁸

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2006, p. 365.

²⁸ Ibid., 2006, p. 453.

Tem-se, então, que a vinculação do legislador às diretrizes constitucionais que impõem a garantia da manutenção e progressivo incremento das conquistas sociais não afronta a autonomia legislativa; antes serve como baliza conformadora das opções políticas, de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais e o respeito à dignidade humana.

Por fim, no âmbito do Poder Judiciário, as implicações do princípio da proibição do retrocesso social, em razão também do princípio da inafastabilidade da jurisdição, se fazem sentir de forma acentuada, redimensionando o papel da atividade jurisdicional, rompendo com a visão liberal-individualista veiculadora da impossibilidade de controle judicial dos atos administrativos e legislativos, que imputa ao Judiciário o papel apenas de guardião da lei, sem qualquer vinculação direta com os preceitos constitucionais.

Abramovich e Courtis²⁹ visualizam o princípio do devido processo legal como uma das formas de justiciabilidade indireta dos direitos fundamentais sociais, na medida em que a exigibilidade indireta seria válida quando ausentes, ou incabíveis no ordenamento jurídico, mecanismos de justiciabilidade direta desses direitos (ações específicas, declaração de omissão estatal, imposição de obrigação de fazer), os quais seriam amparados quando aproveitados mecanismos de tutela dos direitos de liberdade. Exemplo disso seriam a garantia de acesso à justiça, a exigência de recursos processuais efetivos para a tutela dos direitos sociais e as garantias processuais, pelo que a proteção dos direitos sociais operaria mediante a justiciabilidade daqueles direitos procedimentais.

Lenio Luiz Streck, por seu turno, analisando o processo de redimensionamento da doutrina clássica da separação dos poderes, sustenta que nos países de desenvolvimento tardio, como o Brasil, historicamente marcados pela ineficácia dos poderes estatais na realização dos direitos constitucionalmente assegurados, o Judiciário surge

²⁹ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 168 e 179-180.

como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à Justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.³⁰

A atuação jurisdicional com um papel ativo de concretização dos direitos fundamentais sociais é ainda objeto de resistência doutrinária, a partir de uma interpretação inconsistente do princípio da separação dos poderes, que não admite a intervenção do Poder Judiciário na esfera que seria reservada a outro *Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional*.³¹

Entretanto, a partir do paradigma de um Estado Democrático de Direito, o Judiciário assume um papel intervencionista no controle dos atos comissivos ou omissivos dos demais poderes, que importem em retrocesso social, através de uma *intervenção substancialista*³², de modo a buscar a concretização dos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Neste sentido, sustenta-se a possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais, ou seja, direitos sociais podem ser reivindicados diretamente da normatividade constitucional, nas hipóteses em que se normatizam como regras constitucionais, originando direitos subjetivos individuais, ou até mesmo em relação a direitos sociais prestacionais, desde que se possa aferir da norma constitucional o conteúdo do direito reivindicado e a conduta exigível.

Da mesma forma o Judiciário, apesar de não poder formular ou executar políticas públicas, pode exercer o controle das mesmas a partir da normatividade constitucional dirigente, verificando judicialmente a adequação das políticas públicas aos princípios e fins constitucionais.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sócio-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 172.

³¹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 98.

³² Lenio Luis Streck denomina o papel do Judiciário no sentido de garantir a concretização dos fins constitucionais, como *intervenção substancialista*, sustentando que a jurisdição constitucional passa a ser uma espécie de condição de possibilidade da materialização de um Estado Democrático de Direito. STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2003.

Neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade esclarece que os direitos sociais a prestações, na verdade, não são meras normas proclamatórias de direitos, possuindo força jurídica vinculativa dos poderes públicos, na medida em que se constituem em

normas impositivas de legislação, ou seja, contêm directivas para o legislador, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeiro lugar, indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos.³³

Para o autor, a força jurídica dos direitos sociais prestacionais restaria manifesta na imposição legislativa concreta das medidas necessárias para tornar exeqüíveis os preceitos constitucionais, incluindo, por vezes, a garantia pública de um sistema de prestações e serviços³⁴, pelo que a omissão do legislador permitiria a justiciabilidade destes direitos, no mínimo com o escopo de obter o reconhecimento de uma inconstitucionalidade por omissão, oportunizando, assim, o controle judicial, tendo em vista que o efeito típico das normas constitucionais de direitos sociais prestacionais decorre da sua condição de imposição ao Poder competente do dever de legislar.

Reforçando a tese da justiciabilidade até mesmo daqueles direitos sociais de cunho prestacional, Cláudia Maria da Costa Gonçalves sustenta que a eficácia jurídica dos direitos sociais está intimamente relacionada com o princípio da proibição do retrocesso social, na medida em que uma vez implementadas políticas públicas concernentes aos direitos sociais, tais políticas podem ser alteradas, mas não desconstituídas, deixando sem proteção satisfatória o direito adredemente garantido.³⁵

Pode-se dizer, então, que o princípio do retrocesso social impõe ao Poder Judiciário um padrão de atuação diferenciado daquele que costumeiramente lhe era atribuído no paradigma do Estado Liberal. Apesar de o Judiciário não poder se

³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., 2000, p. 373.

³⁴ Ibid., 2000, p. 379. Para o autor, a força jurídica dos direitos sociais prestacionais, também se caracteriza pela sua condição de fator de interpretação normativa; de fundamento constitucional de restrição ou de limitação de outros direitos fundamentais, em regra, de direitos, liberdades e garantias, designadamente quando a Constituição estabeleça deveres especiais de proteção, além de advir da força irradiante destes direitos sociais prestacionais que impedem que leis operem mudanças que diminuam o grau de realização dos direitos sociais.

³⁵ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 236.

substituir à atividade dos demais Poderes, imputa-se à atividade jurisdicional uma vinculação direta aos princípios e fins constitucionais de um Estado Democrático de Direito, garantindo a concretização de direitos sociais (tanto aqueles definidos na normatividade constitucional enquanto direitos subjetivos individuais, quanto os direitos sociais prestacionais), na medida da sua possibilidade de ação.

Observe-se, no entanto, que o controle judicial constitucional se perfaz de forma limitada, posto que somente incidente sobre o núcleo essencial dos direitos sociais, tendo em vista que nem todos os direitos sociais se circunscrevem no conceito de necessidades humanas básicas.

Neste sentido, importante a ideia de vedação ao retrocesso social como um postulado decorrente do que Potyara Pereira entende por encadeamento para frente da política social.³⁶

4.3 Os direitos sociais trabalhistas e a posição reforçada do princípio da proibição do retrocesso social

Dentre os direitos fundamentais sociais que estão sujeitos à lógica jurídico-constitucional que proíbe o retrocesso, os direitos sociais trabalhistas, em razão da sua histórica função civilizatória, merecem uma análise especial, por se constituírem em fatores de integração (ou de exclusão) do homem do meio social, não sendo demais lembrar que o início do processo de constitucionalização dos direitos sociais se deu como resultado, imediato e mediato, das lutas operárias por melhores condições de desenvolvimento da atividade laborativa.

Os direitos sociais trabalhistas, como já analisado no capítulo segundo, surgiram como fruto das lutas entre o capital e o trabalho, conquistas estas que repercutiram no conjunto social, desempenhando funções que, segundo Maurício Godinho Delgado³⁷, visaram à melhoria nas condições de pactuação da força de trabalho, e ao mesmo tempo tiveram um cunho civilizatório e democratizante, veiculando ideias de progresso social e modernidade.

³⁶ PEREIRA, Potyara A. P., op. cit., 2006, p. 29.

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., 2005, p. 58-62.

Assim, os direitos sociais trabalhistas constitucionalmente garantidos constituem uma rede de proteção social reforçada, historicamente construída, necessária a um Estado de estrutura econômica capitalista, configurando-se como um patamar mínimo civilizatório que humaniza as relações de produção, como forma de atenuação da ação predatória e espoliatória das forças do mercado.

Neste aspecto, o princípio da proibição do retrocesso social, como meio de garantir a valorização do trabalho humano pela implementação de condições de vida dignas à pessoa humana, tem, na seara dos direitos sociais trabalhistas, inserção mais explícita e reforçada na normatividade constitucional.

Ana Cristina Costa Meireles³⁸ extrai o princípio da proibição do retrocesso social diretamente da dicção do art. 7º da Constituição Federal de 1998, que, em seu *caput*, estabelece como direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus incisos, “*além de outros que visem à melhoria da sua condição social*”, o que implica a impossibilidade de admissão de normas constitucionais derivadas (emendas) ou normas infraconstitucionais que tendam a suprimir, diminuir ou neutralizar direitos trabalhistas já alcançados e que impeçam a fruição pelo trabalhador de condições de vida mais dignas, o que significa uma veiculação expressa, no texto constitucional, da vedação do retrocesso em matéria atinente aos direitos sociais trabalhistas.

Da mesma forma, verifica-se a explicitação do princípio da proibição do retrocesso social na nova redação dada ao art. 114 da Constituição Federal de 1988, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que, ao tratar do estabelecimento de normas coletivas de trabalho, prevê, na parte final do seu parágrafo segundo, que o Poder Judiciário, quando instado a solucionar conflito coletivo de trabalho, deverá decidir “*respeitadas as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*.”³⁹

³⁸ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 48-49.

³⁹ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - as ações que envolvam exercício do direito de greve; III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI-

Neste dispositivo constitucional, que estabelece a competência material dos órgãos da Justiça do Trabalho, tem-se, explicitamente, a obrigatoriedade de manutenção de direitos trabalhistas já assegurados e implementados, consignando o constituinte derivado a necessária vinculação ao princípio da proibição do retrocesso social, na medida em que o Judiciário, no exercício da sua função normativa, não pode suprimir direitos anteriormente garantidos.

Em sentido convergente, os princípios que informam a autonomia coletiva na formulação de normas trabalhistas também têm sua vinculação ao princípio da proibição do retrocesso social, na medida em que a pactuação de normas coletivas de trabalho estão adstritas ao patamar mínimo civilizatório garantido constitucionalmente, somente sendo permitidas restrições nas hipóteses específicas da irreduzibilidade salarial (art. 7º, inciso VI) e da duração da jornada de trabalho (art. 7º, incisos XIII e XIV), por expressamente prevista tal possibilidade de restrição em sede constitucional, observado, entretanto, o inarredável direito de proteção à saúde do trabalhador.

Maurício Godinho Delgado denomina este princípio limitativo da autonomia coletiva trabalhista de *princípio da adequação setorial negociada*, que tem sua origem no fato de que as

normas autônomas juscoletivas para incidirem sobre uma determinada comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados: [...] a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de **direitos superior ao padrão oriundo da legislação heterônoma aplicável**; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).⁴⁰ (Grifo nosso).

as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII- as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII- a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX- outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. § 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, **respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.** § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito." (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2009. (Grifo nosso).

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 58.

Para o autor, mesmo admitindo-se a autonomia sindical prevista constitucionalmente, a pactuação coletiva *não prevalece se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta*⁴¹, pois estes direitos sociais trabalhistas constituem o núcleo essencial de um padrão civilizatório mínimo garantido aos trabalhadores, *sob pena de afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho* (arts. 1º, II e 170, caput, CF/88).

Tem-se, portanto, que mesmo em sede de direitos coletivos trabalhistas pactuados autonomamente, com a intervenção necessária dos entes representativos da classe dos trabalhadores, o princípio da proibição do retrocesso social impõe limites à atividade negocial dos atores da relação de trabalho, impedindo o esvaziamento de conquistas sociais arduamente alcançadas.

Pode-se, ainda, inferir a vinculação dos direitos sociais trabalhistas ao princípio da proibição do retrocesso social, denominada por Vitor Abramovich e Christian Courtis⁴² de *proibição da regressividade*, a partir da normatividade internacional, que demanda uma implementação progressiva de um sistema de proteção social pelos Estados.

Para estes autores, no entanto, o princípio da vedação ao retrocesso social, presente em vários documentos internacionais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, significa, na verdade, uma limitação à atuação jurisdicional, e não uma abertura para seu ativismo, pois a “obrigação de não regressividade constitui justamente um dos parâmetros de juízo das medidas adotadas pelo Estado em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais que resulta diretamente aplicável pelo Poder Judiciário.”⁴³

Neste aspecto, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ratificado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, com promulgação veiculada pelo Decreto nº 592, de 6 de dezembro de 1991), em seu artigo 2º, item 1, estabelece que

⁴¹ O autor indica, de forma ilustrativa, como direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta, a remuneração do salário mínimo, as normas de saúde e segurança no ambiente de trabalho, e a anotação da CTPS, esta última tendo em vista os consequentes direitos da seguridade social que garante aos trabalhadores. *Ibid.*, 2001, p.59.

⁴² ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *op. cit.*, 2004, p. 92-94.

⁴³ *Ibid.*, 2004, p. 95.

cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.⁴⁴

Cabe ressaltar que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia-Geral da ONU em 1966, consolida, no âmbito internacional, uma série de direitos sociais, dentre eles: “o direito ao trabalho, à liberdade de associação sindical, à previdência social, à alimentação, à moradia, ao mais elevado nível de saúde física e mental, à educação, à participação na vida cultural e no progresso científico.”

Analisando-se a referida norma de direito internacional, tem-se que a mesma possui *status de norma constitucional de direito fundamental*, por força do disposto no parágrafo 3º, art. 5º, da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a seguir transcrito:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Em virtude da força normativa constitucional conferida a esta norma de direito internacional integrada ao ordenamento jurídico pátrio, infere-se a obrigação estatal de implementação progressiva de direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena de controle judicial em caso de descumprimento desta obrigação. Ainda segundo Vitor Abramovich e Christian Courtis, por força desta norma de direito internacional,

a obrigação mínima assumida pelo Estado é a obrigação de não regressividade, isto é, a proibição de adotar políticas e medidas, e, por fim, de sancionar normas jurídicas, que piorem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais de que gozava a população no momento em que foi adotado o tratado internacional do trabalho respectivo ou em cada melhora ‘progressiva’, dado que o Estado se obriga a melhorar a situação desses direitos, simultaneamente, assume a proibição de reduzir os níveis de proteção dos direitos vigentes, ou, em seu caso, de derrogar os direitos já existentes. A obrigação assumida pelo Estado é ampliativa, de modo que a derrogação ou redução dos direitos vigentes contradiz claramente o compromisso internacional assumido.⁴⁵

⁴⁴PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2009.

⁴⁵ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, op. cit., 2004, p. 93.

Assim, as alegações de impossibilidade de aplicação do princípio da proibição do retrocesso social nas relações de trabalho, por ausência de densificação principiológica no âmbito constitucional, resta superada ante a demonstração da efetiva inclusão constitucional deste princípio, no que tange aos direitos sociais trabalhistas de forma reforçada, resultante, principalmente, de um trabalho jurisprudencial de afirmação da dignidade da pessoa humana, a partir do paradigma de um Estado Democrático de Direito, centrado no valor social do trabalho.

4.4 O princípio da proibição de retrocesso social na jurisprudência trabalhista

O surgimento no âmbito jurídico do princípio da proibição do retrocesso social decorre, precipuamente, do entendimento de que os direitos fundamentais sociais devem ser considerados como frutos da evolução social, e por esta razão não se poderia cogitar a possibilidade de recuo na concretização destes direitos.

A sedimentação do princípio constitui-se, ainda, um trabalho doutrinário e jurisprudencial em fase de maturação, que se encontra em estágio mais desenvolvido na jurisprudência de países como Alemanha, Itália e Portugal, sendo que neste último, devido, principalmente, à influência do pensamento de Canotilho, no que tange ao reconhecimento da sindicabilidade judicial dos direitos sociais judicial para manutenção de seu nível de concretização.

Felipe Derbli⁴⁶, assim como Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁷, aponta como uma das primeiras manifestações jurisprudenciais construtivas do conteúdo do princípio do retrocesso social decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão envolvendo conflitos relacionados ao direito de propriedade, ampliativas do conceito restritivo de propriedade privada desprovido da sua necessária contingência social, estabelecendo que a supressão de direitos subjetivos de natureza patrimonial resta inconstitucional sem a contrapartida compensatória.

Em Portugal, na esteira do pensamento alemão, o desenvolvimento jurisprudencial do princípio da proibição do retrocesso social ganhou contornos mais precisos, sendo emblemática a decisão do Tribunal Constitucional Português,

⁴⁶ DERBLI, Felipe, op. cit., 2007, p. 139-144.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2004, p. 443-444.

proferida em 1984, no acórdão nº 39/84, declarando a inconstitucionalidade de norma infraconstitucional que revogara parcialmente lei de instituição do serviço de saúde daquele país, tendo como relator o Conselheiro Vital Moreira, sob o fundamento de que a instituição do serviço nacional de saúde se constituía em meio para a realização do direito fundamental de proteção à saúde, que não poderia sofrer retrocessos na sua implementação e realização.

A fundamentação da decisão sedimentou a tese da existência no espaço jurídico de conformação de um Estado Democrático de Direito do princípio da proibição do retrocesso social, conforme pode ser depreendido da seguinte passagem da referida decisão:

[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a ser obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.⁴⁸

Ao trabalhar os direitos sociais, o relator, na esteira do pensamento de Canotilho, conclui pela irreversibilidade da concretização dos direitos sociais, o que possibilita o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social.

Elucidativa, ainda, outra passagem da decisão portuguesa, na parte conclusiva da sua fundamentação, ao afirmar que

após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revogá-los. Esta conclusão decorre naturalmente da concepção constitucional do direito à saúde como verdadeiro e próprio direito fundamental e do Serviço Nacional de Saúde como garantia institucional da realização desse direito. **E contra ela nenhum argumento de peso milita.**⁴⁹ (Grifo nosso).

⁴⁸ENCICLOPÉDIA PORTUGUESA ON LINE DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/portugal/jurisprudencia/tc_39_84.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2009.

⁴⁹ Ibid.

A influência da jurisprudência portuguesa se fez (e se faz sentir) no desenvolvimento jurisprudencial de um conteúdo jurídico do princípio da proibição do retrocesso social na jurisprudência brasileira.

A decisão proferida na ADI nº 2.065-DF, em ação promovida pelo Partido Democrático Trabalhista, na qual arguia a constitucionalidade de Medida Provisória que extinguiu o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, o voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence, pode ser considerada como uma das primeiras construções jurisprudenciais, em sede de jurisdição constitucional nacional, do princípio da proibição do retrocesso social, ao admitir a inconstitucionalidade de lei que simplesmente revogava lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional que estabelece direito fundamental social, reconhecendo, portanto, uma vedação genérica ao retrocesso social.

Em passagem significativa do seu voto, o ministro Sepúlveda Pertence afirma que no sistema constitucional brasileiro, se o poder legiferante

editou lei integrativa necessária à plenitude de eficácia, pode subsequente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa de preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; **mas não pode retroceder- sem violar a Constituição ao momento anterior de paralisação** de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.⁵⁰ (Grifo nosso).

Posteriormente, outras decisões do Supremo Tribunal Federal também deram ênfase ao princípio da proibição do retrocesso social, dentre as quais se podem citar as ADIs nº 1.946- DF, 3.105-DF e 3.128-DF, o MS nº 24.875-DF e, mais recentemente, a ADI nº 3.104-DF.⁵¹

No âmbito dos direitos sociais trabalhistas, as decisões proferidas pelos órgãos da Justiça do Trabalho estão a cada dia mais alinhando-se à tese de necessária observância do princípio implícito da proibição do retrocesso social, sendo o tema

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.065 - DF. Relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 04 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

⁵¹ Os acórdãos integrais destas ações podem ser acessadas em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 maio 2009.

objeto de debates crescentes tendo, inclusive, havido a formulação de teses envolvendo os direitos fundamentais e as relações de trabalho, quando da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela ANAMATRA - Associação Nacional de Magistrados do Trabalhistas, o TST- Tribunal Superior do Trabalho e a ENAMAT- Escola Nacional da Magistratura Trabalhista, realizada em novembro de 2007, com a fixação de posicionamentos que apontam a afirmação do princípio da proibição do retrocesso social em relação aos direitos sociais trabalhistas.

Como exemplo de algumas das teses que contemplaram a necessidade de observância, no âmbito do judiciário trabalhista, da manutenção do valor constitucional da dignidade humana e da vedação do retrocesso social, têm-se as seguintes ementas aprovadas na referida jornada de estudo, as quais servem como baliza para a atuação da magistratura trabalhista, demonstrando o engajamento deste ramo específico do Poder Judiciário na defesa dos princípios e fins constitucionais:

EMENTA: 'DESREGULAMENTAÇÃO X FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. **Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, conhecidos como direitos mínimos previstos no Art.7º. da CF/88, sob pela de afronta aos princípios fundamentais do respeito a Dignidade Humana do Trabalhador, do valor social do trabalho e da vedação ao trabalho degradante.** (Art. 1º. da CF/88 e Art. 3º.da CF/88). Impossibilidade de Flexibilização de Direitos mínimos previstos no Art. 7º.da CF/88, exceto os expressamente previstos e limitados a forma de negociação, bem como dos direitos relativos a saúde e segurança do trabalho e ao meio ambiente saudável ao trabalhador, sob pena de precarização dos direitos do trabalhador.⁵² (Grifo nosso).

⁵²MORAIS, Laura Ramos. **Proposta de ementa.** Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/propostas/com1_proposta2.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2009. A justificativa apresentada pela proponente foi a seguinte: "EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: LEI X CONTRATAÇÃO: A POLÊMICA ENTRE OS ESPAÇOS DE NORMATIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO No Brasil, a Constituição de 1988, foi dada destaque ao trabalho, sobretudo relacionado aos seguintes valores e princípios: dignidade da pessoa humana, justiça social e valor social do trabalho. O valor da pessoa humana é traduzido pela Constituição Federal de 1988 pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, tido como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. A Carta Magna apresenta novos paradigmas no que concerne ao direito fundamental ao trabalho digno, criando possibilidades normativas de efetivação do Estado Democrático de Direito, norteador de toda ordem constitucional brasileira. Portanto, e considerando o trabalho como Direito Fundamental, a regulamentação jurídica é um instrumento necessário para que a dignidade do ser trabalhador esteja respeitada no marco do Estado Democrático do Direito. Fato é que tanto a flexibilização como a desregulamentação representam mecanismos de desestabilização do valor trabalho digno, em favor da predominância do princípio da autonomia privada. Por esta razão é que se impõe a necessidade de que, pelo menos, os direitos alçados à qualidade de indisponibilidade absoluta (e que sejam relacionados os direitos revestidos de indisponibilidade, entre esses, os assegurados constitucionalmente no art. 7º. e via legislação infraconstitucional (meio ambiente do

EMENTA: 'DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR – EFICÁCIA CONSTITUCIONAL ASSEGURADA – **POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO** – NULIDADE DAS MEDIDAS INFRINGENTES ENTRE AS QUAIS A RESTRIÇÃO DO DIREITO AO SALÁRIO-FAMÍLIA (EC 20/98). A CF positivou em seu art. 7º, *caput*, o princípio do não-retrocesso, invalidando quaisquer inovações que, sem a concessão de benesses alternativas, subtraíam ou restrinjam direitos trabalhistas assegurados em nosso ordenamento, tal qual se deu com a restrição do direito ao salário-família decorrente da EC 20/98, inconstitucional no particular'.⁵³(Grifo nosso).

Merece nota a fundamentação da proposta apresentada na jornada justralhista, expendida pelo seu autor, o magistrado Izidoro Oliveira Paniago:

A Constituição estabelece no *caput* de seu art. 7º, serem direitos mínimos dos trabalhadores aqueles relacionados em seus incisos '**além de outros que assegurem a melhoria de sua condição social**'. O texto magno vincula, face à sua supremacia, a todos inclusive ao legislador derivado, situação em que, também ele, deve observar ao editar inovações legislativas (Emendas Constitucionais, Leis etc.) o comando constitucional que o obriga, em sede de direito do trabalho, à edição de inovações que '[...] assegurem a melhoria [...]' da condição social dos trabalhadores. A razão fundamental, aliás, pela qual o Constitucionalismo Social positivou a inserção das garantias dos trabalhadores nas Constituições foi justamente assegurar-lhes eficácia e segurança, mormente pela edição de princípios, cuja eficácia normativa já não se questiona (exegese CF, art. 5º, §2º). Destarte, em nossa Constituição, além de constituírem os direitos individuais dos trabalhadores cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º), inequivocamente foi consagrado o **princípio do não-retrocesso (CF, art. 7º, caput), suficiente para a vinculação material do legislador derivado quanto à edição de inovações que importem melhoria da condição social dos trabalhadores materializando os preceitos contidos no art. 1º, III e IV e 7º, caput, da CF**. Dito de outro modo, na esteira da lição de J.J. Gomes Canotilho: 'o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas [...] que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial [...]'. O próprio STF, versando sobre a limitação ao teto previdenciário do salário-maternidade, expurgou-a ao entendimento de que constituiu retrocesso social inaceitável (ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 16/05/03). Semelhantemente, há que se reconhecer que tal se deu com a EC 20/98 quanto ao salário-família. Até a edição dela o sistema normativo vigente assegura tal direito à generalidade dos trabalhadores (CF, art. 7º, XII, redação original). A EC, sem qualquer benesse alternativa, simplesmente aniquilou tal direito para boa parte dos trabalhadores,

trabalho), não podem ser transacionados nem por negociação sindical coletiva, por se constituírem em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho.(Art. 1º, III e 170, caput, CF/88). Ao poder Judiciário cabe não conceder eficácia às leis que visam exatamente reduzir as garantias sociais e econômicas do trabalhador, norteadando-se realmente pelo princípio protetor, alicerce principal do direito do trabalho. Incumbe aos juízes saber utilizar os instrumentos jurídicos que lhe são postos à disposição, como técnicas de interpretação, controle de constitucionalidade das leis, a força vinculadora os princípios, para não só aplicar a lei ao caso concreto, mas fazer com que o direito sirva às necessidades sociais, atendendo ao propósito de construir a justiça social."

⁵³PANIAGO, Izidoro Oliveira. **Proposta de ementa**. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/propostas/com1_proposta2.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2009.

passando a assegurá-lo apenas àqueles considerados de baixa renda, tudo em ofensa material ao *caput* do art. 7º, da CF, razão de sua inconstitucionalidade. Face ao exposto, **por ofender o princípio constitucional do não-retrocesso, a restrição ao direito ao salário-família oriunda da EC 20/98 não tem qualquer aplicação, sendo inconstitucional.**⁵⁴ (Grifo nosso).

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, diversas são as decisões que utilizam o princípio da proibição do retrocesso social como fundamento, reafirmando a jusfundamentalidade dos direitos sociais trabalhistas, conforme pode ser observado das seguintes passagens de acórdãos proferidos pela instância superior justralhista:

[...] Assim, tem-se que a complementação de aposentadoria instituída pelo banco-réu está submetida às regras de previdência privada, mas deve observância a princípios próprios do regime geral, como o da irredutibilidade do valor dos benefícios (inciso IV do parágrafo único do art. 194 da CF). Os princípios são normas do ordenamento jurídico que têm aplicação, por meio de ponderação, na criação da norma concreta (provimento jurisdicional). **O princípio em foco - irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários - instrumentaliza os princípios da progressão do direito social (aí incluído o direito do trabalho e o direito previdenciário), implícito no texto constitucional, bem como o princípio da vedação ao retrocesso social, em última análise. A imanência deste princípio constitucional.**⁵⁵ (Grifo nosso).

[...] Sem dúvida, nos meses em que o reclamante laborou em horários de trabalho alternados, tem direito à jornada especial de seis horas, por ser visível que o trabalho em tais condições acarreta maior desgaste de energias e, em conseqüência, natural debilitação da saúde do empregado, além de evidente prejuízo às suas convivências familiar e social, pois que a programação das atividades de sua vida privada e social ficam condicionadas à sua peculiar situação profissional. Pasmese a assertiva da reclamada em razões recursais, onde **constata-se friamente a sujeição do trabalhador ao trabalho, quando afirma que mesmo que se admita a tese- de que a mudança de horário pudesse causar algum dano ao obreiro, necessária seria eis que deve se possibilitar a prestação do referido serviço. Tal concepção afronta a princípios constitucionais e humanos, acenando com o violento capitalismo dominando as relações, onde a proteção ao hipossuficiente desaparece, dando lugar ao retrocesso social.**⁵⁶ (Grifo nosso).

[...] Infere-se que a matéria foi apreciada sob o prisma do que dispõem os arts. 9º da CLT e 5º, XXXV, da Constituição Federal, tendo em vista que o entendimento exposto pelo Tribunal Regional foi no sentido de tratar-se de arregimentação de mão-de-obra em lugares distantes, com o fim de inviabilizar o ajuizamento de ação trabalhista. O legislador buscou atender ao interesse do economicamente mais frágil para demandar com maior

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo:** RR - 1235/2004-028-04-00.4. **Data de Julgamento:** 24/06/2009. **Relator Ministro:** Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma. **Data de Divulgação:** DEJT 31 jul. 2009. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiro>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo:** RR - 1274/1996-022-09-00.5 **Data de Julgamento:** 27/05/2009. **Relator Ministro:** Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma. **Data de Divulgação:** DEJT 19/06/2009. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiro>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

comodidade e conveniência, privilegiando o acesso mais fácil do trabalhador à Justiça. Portanto, correta a aplicação do artigo 651, § 3º, da CLT que faculta ao empregado ajuizar ação na localidade onde celebrou contrato de trabalho ou onde prestou serviços. **HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA. O art. 7º, XXVI, da Constituição Federal expressamente reconhece a validade das convenções e acordos coletivos de trabalho. Entretanto, o campo de negociação coletiva não é ilimitado, devendo visar à melhoria da condição social do trabalhador, além de observar as normas mínimas de proteção ao trabalho (arts. 7º, caput, e 114, § 2º, da Constituição da República, respectivamente).** Todavia, a partir da edição da Lei nº 10.243/2001, deve-se aplicar estritamente o disposto no § 2º do art. 58 da CLT, computando-se na jornada o tempo despendido pelo empregado até o local de difícil acesso ou não servido por transporte público em transporte fornecido pelo empregador. As normas coletivas firmadas a partir da mencionada lei, como na hipótese em exame, ao desconsiderarem esse período, afrontam os termos do art. 58 da CLT. Agravo de instrumento desprovido.⁵⁷ (Grifo nosso). [...]. Portanto, *data vênia* do entendimento sustentado na sentença, a norma regulamentar da empresa Recorrida encerra um retrocesso na marcha social da valoração do trabalho e da feição mais avançada dos contratos, à luz dos valores constitucionais proclamados pelo Constituinte de 1988, que imprimiu a feição do equilíbrio financeiro dos contratantes e da função social dos contratos em geral, mais, ainda, do contrato de emprego, diante de sua natureza tipicamente alimentar. O benefício que, por liberalidade patronal-encontra-se inculcado na norma regulamentar da Recorrida representa menos do que a jurisprudência - fonte de direito - já há muito sedimentou como garantia do empregado que foi revertido ao seu cargo efetivo, de modo a possibilitar a manutenção poder aquisitivo do seu salário.⁵⁸ (Grifo nosso). [...]. Com efeito, esta Corte Superior trabalhista consagrou o entendimento acerca da controvérsia em tela com a edição da Orientação Jurisprudencial nº 270 desta SBDI-1, que estabeleceu que a transação extrajudicial, na rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária, implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo. Essa interpretação decorreu do entendimento segundo o qual incogitável a transação de caráter genérico na esfera do Direito do Trabalho, em face do disposto nos artigos 9º e 444 da CLT. **Há que se ter em conta os preceitos imperativos que visam à proteção do trabalhador e à prevalência da justiça social, notadamente no que concerne às condições mínimas de trabalho.** Reputam-se nulos, portanto, os atos que contrariem ou impeçam a aplicação das normas cogentes de proteção do empregado.⁵⁹ (Grifo nosso)

Numa análise das fundamentações das decisões do Tribunal Superior do Trabalho transcritas, verifica-se o posicionamento do Judiciário Trabalhista de garantir a concretização dos direitos sociais trabalhistas, a partir da admissão da

⁵⁷ Id. **Processo:** AIRR - 938/2007-057-19-40.6. Data de Julgamento: 20/05/2009. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma. Data de Divulgação: DEJT 29/05/2009. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiro>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

⁵⁸ Id. **Processo:** AIRR - 820/2006-019-05-40.7. **Data de Julgamento:** 29/04/2009. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma. Data de Divulgação: DEJT 22/05/2009. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiro>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo:** RR - 692/2002-109-15-00.0. Data de Julgamento: 13/05/2009. Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma. Data de Divulgação: DEJT 15/05/2009. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiro>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

existência na ordem jurídica constitucional de um princípio da proibição do retrocesso social, de forma a buscar a concretização de uma ordem social mais justa, fundada no valor da dignidade humana, epicentro axiológico de um Estado Democrático de Direito.

Recente decisão monocrática do Ministro Emmanoel Pereira demonstra, de forma inequívoca, a aplicação do princípio do retrocesso social no âmbito dos direitos sociais trabalhistas, quando o relator, ao analisar os pressupostos de cabimento de recurso de revista em lide concernente às terceirizações ilícitas protagonizadas por “falsas cooperativas”, criadas com o objetivo de frustrar o reconhecimento de direitos do trabalhador, argumenta que

valorizar o trabalho do homem atende ao princípio do não retrocesso social, que é fundamental para a garantia da democracia. Esse postulado pode ser traduzido na idéia de que certos direitos assegurados aos trabalhadores não devem ser alijados do ordenamento jurídico. **O princípio do não retrocesso social também inibe a atuação desfundamentada do legislador. Procura impedir que atenda a interesse momentâneo de grupos ou de classes.** Busca promover uma concepção de tutela duradoura do trabalhador. **A indispensável busca da harmonia entre o capital e o trabalho é elemento fundamental no campo das relações de produção do Estado democrático. Nessa tarefa, não se pode perder de vista a dignidade da pessoa humana.**⁶⁰ (Grifo nosso).

No âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, a observância ao princípio da proibição do retrocesso social também ganha significativa receptividade, como demonstram as ementas a seguir transcritas:

EMENTA: DANO MORAL - CASTIGO IMPOSTO EM RAZÃO DO NÃO CUMPRIMENTO DE METAS DE VENDAS - SITUAÇÃO DEGRADANTE E VEXATÓRIA. A ordem jurídica tutela de forma contundente a honra e a imagem das pessoas (art. 5o., X, da CR/88), sendo que o Novo Código Civil destinou um capítulo aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21), assinalando a tendência moderna de sua preservação e reforçando a obrigação do magistrado acerca das punições que devem advir das violações ocorridas. Além disso, a proteção do meio ambiente do trabalho também tem cunho constitucional (art. 200, VIII), e é obrigação do empregador velar para que ele seja saudável e próprio às atividades desenvolvidas (art. 157/CLT). No caso em exame torna-se irrelevante o fato de as situações descritas (fazer flexões e vestir-se de mulher usando saia e batom), serem ou não determinadas pelos superiores hierárquicos da ré (o que restou afirmado por duas testemunhas), mas o foco da questão é que a empresa permitia que ocorressem, e deu a entender que o fazia porque lhe eram lucrativas, já que estimulavam o cumprimento das metas de vendas. A conduta da reclamada é extremamente reprovável, levando-se em conta

⁶⁰ Id. **Processo:** RR - 145/2002-001-06-00.4. Relator Ministro: Emmanoel Pereira. Data de Publicação: DEJT 11/03/2009. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiro>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

que o empregador detém o poder diretivo e disciplinar na relação de emprego, sendo responsável objetivamente pelos atos praticados por seus empregados (art. 932, III, do Código Civil de 2002 e Súmula 341 do STF), não podendo sequer permitir que a prática de atos constrangedores ocorresse em suas dependências. **Os objetivos da empresa não podem ser atingidos à custa do sofrimento e tratamento degradante de seus empregados, num Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (arts. 1º, III e IV, 6º, 170, 'caput', e 193 da CR/88).** Castigar ou permitir que seja castigado o empregado (pois este é o termo utilizado pelas testemunhas: castigo) **representa um retrocesso inaceitável no processo de melhoria das relações de trabalho, mais se assemelhando às circunstâncias típicas do trabalho servil ou até mesmo escravo, em que a sujeição do trabalhador não se resume às ordens atinentes à atividade da empresa, mas ultrapassa os limites da objetividade para atingir o íntimo da pessoa, com inevitáveis repercussões de cunho emocional e social.**⁶¹ (Grifo nosso).

EMENTA: HORA NOTURNA REDUZIDA. RECEPÇÃO PELA CF/88. A hora noturna reduzida subsiste sob a égide da CF/88. Não há que se alegar que a regra do art. 73, parágrafo 1º da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal vigente. **Não há qualquer incompatibilidade entre essa norma infraconstitucional e o disposto no art. 7º, IX, da CF, cabendo ressaltar que o caput do art. 7º contempla, além dos direitos explicitamente elencados nos incisos seguintes, outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais. Aliás, não seria plausível que a Constituição Federal, que introduziu assinalados avanços no campo dos direitos sociais, promovesse retrocesso exatamente no âmbito do trabalho noturno, sabidamente mais desgastante do que o diurno [...].**⁶² (Grifo nosso).

Verifica-se, então, que o princípio da proibição do retrocesso social vem sofrendo, paulatinamente, na jurisprudência nacional e em especial na jurisprudência trabalhista, um processo de construção positiva de defesa do núcleo essencial dos direitos sociais trabalhistas, mesmo considerando a liberdade de conformação política do legislador que, no entanto, encontra limites de liberdade de escolha, na dignidade da pessoa humana e nos princípios e fins constitucionais de uma ordem pluralista e democrática.

Não é demais enfatizar que os direitos sociais trabalhistas não objetivam apenas a regulação de situações individuais, na medida em que qualquer violação a direitos do trabalhador afeta o todo social, provocando um retrocesso das conquistas de uma legião de homens e mulheres excluídos, ao longo de séculos, do processo civilizatório e da possibilidade de inserção social com dignidade.

⁶¹ Id. Número único processo: RO - 01490-2003-002-03-00-9.TURMA: Terceira Turma do TRT 3ª Região. **Diário da Justiça**, Minas Gerais, 28 fev. 2004, p. 07. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/iframe.php?url=http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/brs/juni.html>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

⁶² Id. Acórdão n. 20000456939. Oitava Turma do TRT 2ª Região. **Diário Oficial**, São Paulo, 17 out. 2000. N. Processo: 02990155010, 1999. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/iframe.php?url=http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/brs/juni.html>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

CONCLUSÃO

Noam Chomsky, um dos mais ferrenhos defensores dos princípios democráticos e dos direitos humanos, classifica como “*Estados fracassados* aqueles países que *não têm capacidade de proteger seus cidadãos da violência, e até da destruição, e que se consideram fora do alcance das leis nacionais e internacionais*”¹, priorizando em suas opções políticas questões econômicas e financeiras em detrimento do atendimento a demandas sociais urgentes voltadas à erradicação da pobreza e da exclusão social.

O fracasso do mercado no desempenho do papel *mítico* de entidade imaterial capaz de promover o desenvolvimento social torna-se cada dia mais visível, ante a crise econômica e financeira mundial em processo, colocando em xeque o credo neoliberal legitimador do fenômeno da globalização financeira, fenômeno este entendido enquanto movimento de expansão do capitalismo e forma de reorganização teórica do liberalismo econômico, através de uma progressiva desregulamentação da grade jurídica de proteção social.

Na pauta diária dos noticiários, tem-se estampada a crise do capitalismo financeiro demonstrando a ineficiência do sistema neoliberal, que relega as graves questões sociais a uma dimensão secundária.

Neste sentido, utiliza-se, ainda, o pensamento de Naom Chomsky para quem a *saída da pobreza e o crescimento têm acontecido em países que ignoraram as regras neoliberais*, pelo que o desequilíbrio econômico e financeiro ocorrente em nível mundial demonstra *o fim de uma certa era de liberalização financeira dirigida pelo fundamentalismo do mercado*, lembrando, também, que a economia capitalista, na verdade, se encontra e sempre se encontrou sustentada pelo próprio Estado.²

¹ CHOMSKY, Noam. **Estados fracassados**: o abuso de poder e o ataque à democracia. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 48.

² Ibid., 2009, p.89-109.

Imperioso lembrar que o sistema capitalista não prescinde do Estado, ou seja, ele próprio é um *capitalismo do Estado e no Estado*, que sempre intervém para sua manutenção ou transformação, através da opção de uma elite política governante, que pode ter um programa de atuação voltado para os interesses de uma minoria dirigente ou para o atendimento de demandas sociais.

Ao discurso ideológico do fim do trabalho e do emprego substitui-se o discurso da crise financeira mundial, com reflexos, novamente, na forma de enfrentamento da *questão social*.

Necessário, portanto, adotar-se uma postura crítica ao trabalhar as *crises*, velhas conhecidas da história política nacional e do próprio processo de constitucionalização dos direitos sociais, a fim de se evitar saídas milagrosas centradas, na maioria das vezes, na redução de direitos sociais, e em especial dos direitos sociais trabalhistas.

Neste sentido, Jorge Luiz Souto Maior adverte que muitos se valem da crise como mero argumento para continuar jogando o jogo da vantagem a qualquer custo, desvinculando-se de qualquer projeto de sociedade mais democrática, salientando que em termos das relações de trabalho o discurso da crise econômica mundial pode servir como justificativa para uma reiterada reivindicação de redução das garantias jurídicas de natureza social (direitos trabalhistas e previdenciários).³

Como demonstrado no decorrer deste estudo, a superação do imobilismo difundido pelo discurso pós-moderno de desconstrução dos direitos sociais trabalhistas perpassa pela necessidade de garantia constitucional dos direitos sociais, arduamente conquistados na conflituosa história das lutas de classes.

O processo de constitucionalização dos direitos sociais, como analisado, operou-se como resultado das lutas operárias, nos espaços de contradição do sistema capitalista, vinculado à construção de uma concepção de Estado Democrático de Direito, voltado para a solução da *questão social*, ante a constatação da necessidade de objetivação nos textos constitucionais de direitos básicos sociais, necessários à concretização de uma vida digna.

³ MAYOR, Jorge Luiz Souto. **Crise mundial**: as garantias de direitos sociais e o capitalismo. Disponível em: <<http://zequinhabarreto.org.br/?p=1536>>. Acesso em: 08 ago. 2009.

No Brasil, em razão de sua especial e particular formação histórica, evoluindo de uma condição original de completa dependência econômica e política da metrópole portuguesa (enquanto colônia constituída com propósitos nitidamente exploratórios) para um *status* de Estado Nacional, periférico e dependente dos países capitalistas desenvolvidos, o processo de constitucionalização dos direitos sociais não foi fruto direto e imediato de lutas operárias, mormente em razão do sistema escravocrata de trabalho, mas obedeceu à lógica autoritária e verticalizada de construção da esfera pública, voltada, precipuamente, para o atendimento dos interesses privados de uma elite econômica, em detrimento de amplos segmentos sociais.

Não é demais ressaltar, com fundamento no pensamento de Darcy Ribeiro, que a estratificação social nacional, gerada historicamente, teve também como “*característica a racionalidade de sua montagem como negócio que a uns privilegia e enobrece, fazendo-os donos da vida, e aos demais subjuga e degrada, como objeto de enriquecimento alheio.*”⁴

Para o autor, a distância abissal entre as diversas classes sociais brasileiras tem suas raízes no processo de formação da classe trabalhadora, onde escravos eram tidos como *coisas e manipulados com objetivos meramente pecuniários*, valores que continuaram a impregnar as relações de trabalho, mesmo *quando ao escravo sucede o parceiro, e depois o assalariado*.

Em uma sociedade onde a exclusão social é preponderante, como é o caso brasileiro, o acesso à cidadania se encontra intrinsecamente ligado ao *status* conferido pela inserção no mundo do trabalho, pelo que processos de desconstrução de direitos sociais trabalhistas militam em sentido contrário à afirmação da dignidade humana, intensificando o sentimento de anomia, estranhamento/despertencimento da maioria da população não proprietária, diluindo a coesão social dos trabalhadores, e esvaziando, em contrapartida, o papel do Estado na regulação e minimização dos conflitos sociais, retirando da esfera do direito, cada vez mais, a possibilidade de contribuir para a resolução da *questão social*.

⁴ RIBEIRO, Darcy, op. cit., 2000, p. 212.

Enfatize-se, no entanto, que o processo de concretização de direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, é muito mais complexo que sua mera posituação em textos constitucionais, pois implica a necessidade de mudança social ligada a transformações tanto no arcabouço teórico quanto na prática político-jurídica, pelo que o Estado, enquanto espaço de expressão das contradições políticas da sociedade capitalista remanesce, ainda, como uma instância capaz de impor um mínimo de coesão social, através da garantia jurídica, formal e substancial, de um sistema básico de proteção social do trabalho.

Neste sentido, ressalta a importância da concepção do dirigismo constitucional veiculada por Canotilho, em que a Constituição deixa de ser concebida como um simples manifesto político formal, para ser entendida enquanto norma jurídica fundamental elaborada para exercer uma função dúplice de garantia dos direitos existentes e como diretriz para o futuro, ou seja, com noções de preservação e projeção aliadas, sempre no sentido da garantia de um desenvolvimento social.

A Constituição de 1988, de nítida inspiração social, cujo processo de elaboração diferiu particularmente dos anteriores processos constituintes, ante o maior debate e participação popular propiciado pela abertura política desencadeada pelo fracasso dos governos militares e pela redemocratização dos espaços públicos nacionais, caracteriza-se por seu perfil essencialmente dirigente, com um texto constitucional de conteúdo programático, que atribui ao Estado a realização de fins e a consecução de tarefas necessárias à conformação de um Estado de Justiça Social, além de prever a estrutura e organização dos poderes estatais, enfatizando, ainda, a definição dos direitos fundamentais, como essenciais à conformação de um Estado Democrático de Direito.

Observe-se que a atual Constituição traz em si a nota característica do dirigismo constitucional ao objetivar a mudança social, ultrapassando a mera noção de constituição como instrumento de governo, tendo em vista a enunciação de fins, metas, programas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, como um plano global normativo que se dirige ao Estado e à própria sociedade, o que no Brasil é essencial em razão da histórica condição de espoliação de uma grande contingente da população.

Constituiu-se, portanto, como um documento político que objetiva a transformação social, tendo ultrapassado a normatividade das outras Cartas Políticas, por ter instituído como parâmetro das políticas sociais as necessidades humanas básicas, e não apenas os mínimos sociais⁵, visando à permanente afirmação de um Estado Democrático de Direito que pressupõe, além da garantia da participação popular, a garantia dos direitos fundamentais, em um sentido de progressividade na afirmação destes direitos, que representam conquistas sociais, restando, portanto, vedados movimentos de retrocesso em matéria social, no âmbito do dirigismo constitucional.

Necessário, ainda, ressaltar-se a fundamentalidade dos direitos sociais, em especial dos direitos sociais trabalhistas, que não se restringe à mera condição de norma inscrita no rol dos direitos fundamentais de um texto constitucional, de vez que a nota característica distintiva da fundamentalidade destes direitos reside nas consequências jurídicas que advêm do reconhecimento pelo Estado da sua condição especialíssima, como cláusula pétrea que lhes garante a imutabilidade, bem como sua aplicabilidade imediata.

Assim, os direitos sociais trabalhistas na Constituição de 1988 restam distinguidos não apenas como direitos fundamentais em seu sentido formal, mas agregam ao seu sentido a fundamentalidade material decorrente, também, de sua implícita vinculação à dignidade humana enquanto valor que informa e vincula toda a estrutura e atividade dos poderes estatais.

A dignidade da pessoa humana, como valor fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais, neste aspecto, funciona simultaneamente como elemento que confere unidade e legitimidade à ordem jurídica constituída, a partir da consideração da pessoa humana como fim primeiro e último da atuação estatal, restando o Estado como instrumento de garantia e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Neste sentido, torna-se obrigatória a releitura dos direitos sociais trabalhistas com ênfase no respeito à dignidade do trabalhador, cuja história de exclusão e expropriação é uma constante no processo de desenvolvimento do valor trabalho,

⁵ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, op. cit., 2006, p. 252.

levando em consideração as discrepâncias de condições socioeconômicas existentes entre as partes envolvidas na relação capital-trabalho, sabendo-se de antemão que o trabalhador figura no polo mais fragilizado desta relação, mormente em casos ainda existentes de trabalho em condições análogas à de escravo, ocorrentes como resquício da própria história da formação do Estado brasileiro.

Importante, então, a partir do contexto histórico de formação da sociedade brasileira, que se enfatize a inserção do direito à segurança econômica e ao ambiente de trabalho desprovido de riscos no rol de necessidades que concretizam a existência digna de um ser humano, enquanto necessidades básicas do ser humano que são concretizadas pelos direitos sociais trabalhistas constitucionalmente garantidos, tendo em vista a necessidade de planejamento mínimo de condições materiais de vida, de forma a possibilitar a atuação autônoma dos seres humanos, pelo que direitos como a garantia de uma relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária, o seguro-desemprego (nos casos de demissão involuntária), o fundo de garantia por tempo de serviço, a irredutibilidade do salário, as licenças paternidade e maternidade, a aposentadoria, a garantia do salário mínimo, para citar como alguns exemplos, são direitos sociais trabalhistas que integram o conteúdo do básico existencial para uma vida digna do indivíduo.

Assim, a partir da concepção de básico existencial defendida por Doyal e Gouch, tem-se que as necessidades humanas básicas, na verdade, excedem o mínimo social de construção doutrinária de cunho liberal, constituindo-se em direitos que objetivam o princípio da dignidade humana, englobando tanto as liberdades individuais quanto os direitos sociais, dentre os quais os direitos trabalhistas que não podem, de forma desarrazoada e sem compensações equivalentes, ficarem sujeitos a retrocessos sociais.

Em países como o Brasil, marcados por um histórico *déficit* de participação popular e pelas profundas desigualdades sociais, onde conquistas sociais se constitucionalizaram mais como concessões da elite política dirigente, em geral de forma autoritária ou cooptativa, do que propriamente como fruto da organização das classes trabalhadoras e da sociedade como um todo, o dirigismo constitucional se configura como imprescindível, em razão da ideia de imposição permanente e

progressiva de um projeto de justiça social, que exige a preservação do que já houver sido efetivado em matéria de direitos sociais.

Assim, o princípio da proibição de retrocesso em matéria social, correlacionado ao direito fundamental à segurança jurídica, e de forma mais específica ao direito à segurança social, garantidores de uma vida com dignidade, exsurge, a partir de uma concepção necessária de Constituição dirigente, como um princípio constitucional implícito, garantidor dos direitos fundamentais, tanto em sua dimensão negativa (garantismo negativo), em face aos excessos do Estado, quanto em sua dimensão positiva (garantismo positivo), impondo aos Poderes estatais um dever de atuação objetivando a proteção de direitos fundamentais sociais, impedindo ao Estado que forneça proteção deficiente ao sistema de direitos fundamentais.

A existência no ordenamento jurídico constitucional de um princípio da proibição do retrocesso social introduz novas feições às funções desenvolvidas pelo Estado, provocando uma ruptura na concepção estática do modelo liberal de separação dos poderes, pelo que as funções estatais passam a ser vinculadas proativamente ao fim último de materialização dos preceitos constitucionais, no sentido de melhoria das condições sociais.

Neste aspecto, não apenas a Administração Pública e a atividade legiferante passam a ser obrigadas a evitar retrocessos sociais, mas o Poder Judiciário, em razão principalmente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tem seu papel redimensionado de forma acentuada, afastando de vez os reflexos da concepção liberal-individualista de impossibilidade de controle judicial dos atos administrativos e legislativos, impositiva ao Judiciário do mero papel apenas de guardião da lei, sem qualquer vinculação direta aos preceitos constitucionais.

Assim, a partir do paradigma de um Estado Democrático de Direito, o Judiciário assume um papel intervencionista no controle dos atos comissivos ou omissivos dos demais poderes, que importem em retrocesso social, através de uma *intervenção substancialista*, de modo a garantir a concretização de direitos sociais constitucionalmente assegurados, apesar de não poder formular ou executar políticas públicas, podendo, no entanto, exercer o controle das mesmas a partir da

normatividade constitucional dirigente, verificando judicialmente a adequação das políticas públicas aos princípios e fins constitucionais.

Com fundamento no princípio do retrocesso social ao Poder Judiciário, é imposto, então, um padrão de atuação diferenciado daquele que costumeiramente lhe era atribuído no paradigma do Estado Liberal, não se substituindo aos demais Poderes, mas atuando diretamente vinculado aos princípios e fins constitucionais de um Estado Democrático de Direito, garantindo a concretização de direitos sociais (tanto aqueles definidos na normatividade constitucional enquanto direitos sociais subjetivos individuais, quanto os direitos sociais prestacionais), na medida da sua possibilidade de ação.

Vale ressaltar que os direitos sociais trabalhistas, em razão da sua histórica função civilizatória, por se constituírem em fatores de integração (ou de exclusão) do homem do meio social, por visarem à melhoria nas condições sociais, ao mesmo tempo em que veiculam ideias de progresso social e modernidade, constituem-se em uma rede de proteção social reforçada, necessária a um Estado de estrutura econômica capitalista, como um patamar mínimo civilizatório que humaniza as relações de produção contra a exploração das forças de mercado.

Desta forma, o princípio da proibição do retrocesso social, como meio de garantir o valor social do trabalho, tem inserção mais explícita e reforçada na normatividade constitucional, podendo ser extraído diretamente do art. 7º, da Constituição Federal de 1998, que em seu *caput* estabelece como direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus incisos, *além de outros que visem à melhoria da sua condição social*, bem como da parte final do parágrafo segundo do art. 114, da Constituição Federal de 1988, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que ao tratar do estabelecimento de normas coletivas de trabalho prevê que o Poder Judiciário, quando instado a solucionar conflito coletivo de trabalho, deverá decidir *respeitadas as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*.

Pode-se, ainda, inferir a vinculação dos direitos sociais trabalhistas ao princípio da proibição do retrocesso social a partir do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ratificado pelo Decreto Legislativo nº 226 de 12 de

dezembro de 1991, com promulgação veiculada pelo Decreto nº 592 de 6 de dezembro de 1991), adotado pela Assembleia-Geral da ONU em 1966, que, no âmbito internacional, consolida uma série de direitos sociais, dentre eles: *o direito ao trabalho, à liberdade de associação sindical, à previdência social, à alimentação, à moradia, ao mais elevado nível de saúde física e mental, à educação, à participação na vida cultural e no progresso científico.*

A partir destas observações, tem-se que argumentos pela impossibilidade de aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, por ausência de densificação principiológica na normatividade constitucional, restam superados, ante a demonstração da efetiva inclusão constitucional deste princípio de forma reforçada no que tange aos direitos sociais trabalhistas, resultante, principalmente, de um trabalho jurisprudencial de afirmação da dignidade da pessoa humana, a partir do paradigma de um Estado Democrático de Direito centrado no valor social do trabalho.

O trabalho de pesquisa jurisprudencial efetuado demonstrou de forma clara o posicionamento do Judiciário Trabalhista de respeito às conquistas sociais dos trabalhadores, utilizando o princípio da proibição do retrocesso social como forma de defesa do núcleo essencial dos direitos sociais trabalhistas, centrando sua atenção na construção de uma sociedade mais justa, a partir da valorização da pessoa humana e do trabalho, com fundamento nos princípios e fins constitucionais de uma ordem pluralista e democrática.

Verifica-se, então, que a centralidade social do trabalho remanesce nas sociedades contemporâneas, quer sejam elas rotuladas como modernas, pós-modernas, bem como em qualquer sistema político-econômico, enquanto forma de existência exclusivamente humana, motor da sociabilidade, indispensável para a construção e reprodução da humanidade, e fator de dignificação ou miséria do ser humano. Neste sentido, tem-se a sabedoria popular que define de forma magistral a centralidade do valor trabalho para o ser humano, como bem descrito em versos pelo músico e poeta Gonzaguinha: *“um homem se humilha, se castram seus sonhos, seu sonho é sua vida e vida é o trabalho, e sem o seu trabalho, um homem não tem honra, e sem a sua honra, se morre, se mata.”*

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo**. São Paulo: Boitempo, 2000.

AMORIM, Ricardo Luiz Chagas. **Alguns comentários sobre as novas formas de mundialização do capital**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, CCSA, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

_____. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. São Paulo: Universitária, 1987.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado**. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BATAGLIA, Felice. **Filosofia do trabalho**. Tradução de Luiz Washington Vita e Antonio D'Elia. São Paulo: Saraiva, 1958.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: MORAES FILHO, José Filomeno de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. **Revista Iua Nova**, São Paulo: CEDEC, n. 61, 2004.

_____. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BIER, Cerilei. Direito do trabalho e flexibilização do mercado: a garantia do emprego. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORON, Atilio A. Os "novos Leviatãs" e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). **Pós-neoliberalismo II**: que Estado para que democracia. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. **Constituições Brasileiras**. 2. ed. Brasília-DF: Senado, 2001. v. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.065-DF. Relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. **Diário da Justiça**, 04 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 21 mar. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARDOSO, Maria Cristina Longo. **Uma reconstrução racional do utilitarismo de Jeremy Bentham**: os limites entre a ética e a razão, além das obras de John Stuart Mill um dos seus principais seguidores. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/df/site/posgraduacao/2007_mes/diss_crsitina_longo.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2009.

CARTA ENCÍCLICA “RERUM NOVARUM” SOBRE A CONDIÇÃO DOS TRABALHADORES. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 12 maio 2009.

CASTEL, Robert. **Metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Tradução de Iraci D. Poletti. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

CHOMSKY, Noam. **Estados fracassados**: o abuso de poder e o ataque à democracia. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

COCCO, Giuseppe. **Trabalho e cidadania**: produção e direitos na era da globalização. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONTO, Mario de. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CORTELLA, Mário Sérgio; TAILLE, Yves de La. **Nos labirintos da moral**. Campinas: Papyrus, 2005.

COSTA, Emília Votti da. **Da senzala à colônia**. 4. ed. São Paulo: Fundação UNESP, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de conjuntura socioeconômica e o impacto no direito do trabalho. **Revista Ltr**, São Paulo: Ltr, ano 65, n.04, abr. 2001.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. (1948). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeadcl.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA VIRGÍNIA (1776). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 14 maio 2009.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decdhomem.html>>. Acesso em: 14 maio 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (1948). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (Org.). **Constituição e processo**. Salvador: JusPodium, 2007.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DOBB, Maurice. **A evolução do capitalismo**. Tradução de Rowledge e Kegan Paul Ltda. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Editora, 1963.

DOLHNIKOFF, Miriam. **O pacto imperial**: origens do federalismo no Brasil do século XIX. São Paulo: Globo, 2005.

DOYAL, Len; GOUCH, Ian. **A theory of human need**. New York: Guilford Press, 1991.

DURKHEIM, Émile. **O suicídio**. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Coleção Obra-prima de cada autor- Série ouro).

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1977.

ENCICLOPÉDIA PORTUGUESA ON LINE DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/portugal/jurisprudencia/tc_39_84.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2009.

ENGELS, Friedrich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico**. São Paulo: Global, 1985.

ENTREVISTA com Friedrich Müller. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006.

FAGUNDES, M. Seabra. **A legitimidade do poder político na experiência brasileira**. Recife: OAB-PE, 1982.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 5. ed. Porto Alegre: Globo, 1979. v.1.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Trotta, 1999.

FIORI, José Luís. **Brasil no espaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

FONSECA, Francisco. **O consenso forjado** - a grande imprensa e a formação da agenda ultraliberal no Brasil. São Paulo: Hucitec, 2005.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. 21. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1981.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FURTADO, Celso. **O Brasil pós-milagre**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

_____. **A economia latino-americana** - formação histórica e problemas contemporâneos. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e welfare state: estado e desenvolvimento social no Brasil. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n.2, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003476122006000200003&lng=pt&nrm=iso> . Acesso em: 13 jun. 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

GORZ, André. **Adeus ao Proletariado**: para além do socialismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor; HABERMAS, Jürgen. **Textos escolhidos**. Tradução de Zeljiko Loparic e Andréa Maria A. C. Loparic. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

HABERMAS, Jürgen. "Modernidade – um projeto inacabado". In: ARANTES, O. ; ARANTES, P. **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas**. São Paulo: Brasiliense, 1992.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Robeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HEGEL, Friedrich. **A fenomenologia do espírito**. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz. São Paulo: Abril. 1974.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 28, São Paulo, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOBBSAWN, Eric. **Mundos do trabalho**: novos estudos sobre a história operária. Tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran. rev. tec. Edgar de Decca e Michal Hall. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Sobre História**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

IAMAMOTO, Marilda; CARVALHO, Raul de. **Relações sociais e serviço social no Brasil**: esboço de uma interpretação histórico-metodológica. 13. ed. São Paulo: Celats, 2000.

IANNI, Octavio. **A sociedade global**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

KELSEN. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KURZ, Robert. **O colapso da modernização**. Tradução de Karen E. Barbosa. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

LALLANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. Tradução de Fátima Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torres e Maria Gorete de Souza. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

LEIVAS, Paulo Gilberto Covo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Tradução de Ricardo Correia Barbosa. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

MACHADO, Maria Helena Toledo. **Crime e escravidão**. Trabalho, luta e resistência nas lavouras paulistas - 1830 a 1888. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional.** Tradução de Giasone Rebuá. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre a (im)possibilidade de uma ética neoliberal. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller.** Florianópolis: Conceito, 2006.

MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista.** Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARX, Karl. **A questão judaica.** São Paulo: Moraes, [s.d.].

_____. **Contribuição à crítica da economia política.** São Paulo: Martins Fontes, 1977.

_____. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos.** Seleção de textos de José Arthur Gianotti. Tradução de José Carlos Bruni et al. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

_____. **Manuscritos econômico-filosóficos.** Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

_____. **O capital.** Capítulo VI(inédito). São Paulo: Ciências Humanas, 1985.

MAYOR, Jorge Luiz Souto. **Crise mundial: as garantias de direitos sociais e o capitalismo.** Disponível em: <<http://zequinhabarreto.org.br/?p=1536>>. Acesso em: 08 ago. 2009.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais.** Salvador: Jus Podium, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, M. C. M. O discurso neoliberal de desconstrução dos direitos trabalhistas. In: POMPEU, Gina Marcílio (Org.). **Estado, Constituição e economia.** Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3.ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Reviver, 2003.

MORAIS, Laura Ramos. **Primeira jornada jurídica de direito do trabalho e processual do trabalho**. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/propostas/com1_proposta2.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2009.

NUNES, Antonio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2009.

PAES, Andrade; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

PANIAGO, Izidoro Oliveira. **Primeira jornada jurídica de direito do trabalho e processual do trabalho**. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/propostas/com1_proposta2.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2009.

PENA, Eduardo Spiller. **Pajens da casa imperial, juriconsultos, escravidão e a lei de 1871**. São Paulo: Unicamp, 2001.

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução do direito civil constitucional. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERROT, Michelle. **Os excluídos da história**: operários, mulheres, prisioneiros. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos direitos humanos. In: VELLOSO, Gabriel, FAVA; Marcos Neves (Org.). **Trabalho escravo contemporâneo**: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006.

POCHMANN, Márcio. Entrevista. **Revista do Instituto Humanistas**, Unisinos, ed. 216, 23 abr. 2007.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Tradução de Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. 23. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Forense, 1997.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia da Letras, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Porto Alegre: Abril Cultural, 1973.

RUSSEL, Bertrand. **Caminhos para a liberdade: socialismo, anarquismo e sindicalismo**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político pós-modernidade**. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. d. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. A constituição econômica brasileira em eu 15 anos. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, n.XVL, jul. 2003.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidad de salvaguardia de la constitución**. Barcelona: Labor, 1931.

SILVA, João Fernando Vieira da. **O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 abr. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SINGER, Paul. O milagre brasileiro-causas e conseqüências. **Caderno Cebrap**, n. 6, 1972.

SMITH, Adam. **Riqueza das nações**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981. v. 1.

SPOSATI, Adailza; FALCÃO, Maria do Carmo; TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. **Os direitos (dos desassistidos) sociais**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sócio-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 15. ed. atual. São Paulo: LTr, 1995. v. 1.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Tradução de João Távora. 20. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política**. Madrid: Réus, 1985.

VIANA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 15. ed. atual. São Paulo: LTr, 1995. v.1.

VITTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

WEBER, Max. **Ciência e política. Duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

WEFFORT, Francisco. **Os clássicos da política: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx**. 10. ed. São Paulo: Ática, 2003. v. 2.

WOLKMER, Antonio Carlos. Marx, a questão judaica e os direitos humanos. **Revista Seqüência**, n. 48, p. 11-28, jul. 2004.