

DIREITOS SOCIAIS E DIREITOS TRABALHISTAS NA CONSTITUIÇÃO

Georgenor de Sousa Franco Filho (*)

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Os direitos sociais. III. Os direitos trabalhistas. IV. Conclusão. V. Fontes Consultadas.

I – INTRODUÇÃO

De todas as constituições que já vigoram no Brasil, é a de outubro de 1988 aquela que mais se preocupou com os chamados direitos sociais, gênero do qual são espécie os direitos trabalhistas. Ao elencá-los, a Lei Fundamental apresentou-se como um alento renovado para a classe obreira, na busca de melhores condições de vida e de trabalho.

Entre a expectativa e a realidade, todavia, medeia imensa distância, e, por isso, muitos dos preceitos contemplados na Carta ainda estão dependendo de regulamentação complementar ou ordinária, eis que, embora de aplicação imediata, dispõe o art. 5º, § 1º, são dotados, em certos aspectos, de eficácia contida, à medida em que, sendo programáticos, obstaculizam a implementação de normas outras que lhes sejam opostas.

Os traços que serão formulados versarão sobre dois aspectos que, conquanto guardando semelhança entre si, relevam conotações diversas. Os direitos sociais são amplos, porque gênero, e englobam os direitos trabalhistas (espécie), que, mais estritos, são destinados ao trabalhador.

II – OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, são, na doutrina de Octavio Bueno Magano⁽¹⁾ todos os ramos do direito, considerando a natureza mesma do homem, ser social, e, esse aspecto nitidamente sociológico não deve ser afastado no momento em que estão sendo criadas normas jurídicas.

(*) Juiz Presidente da 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belém, Professor Titular de Direito Internacional da União das Escolas Superiores do Estado do Pará (UNESPA), Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Membro da Academia Paranaense de Letras, da Sociedade Brasileira de Direito Internacional e da "International Law Association" (Londres).

(1) Magano, Octavio Bueno. "O direito do trabalho em face da nova Constituição", In, Revista LTr, São Paulo, 52(3):277, mar. 1988.

Em uma perspectiva mais limitada, "não se devem confundir", como lembra **Celso Ribeiro Bastos**, "os direitos sociais com os (dos) trabalhadores, porque estes últimos dizem respeito àqueles que mantêm um vínculo de emprego"⁽²⁾.

A Constituição distingue claramente direitos sociais de direitos dos trabalhadores. Os primeiros estão contemplados, genericamente, no art. 6º. Os últimos são minudenciados no art. 7º e seguintes da Carta.

Os direitos sociais são modalidade dos direitos fundamentais, que, à sua vez, devem ser vistos em três dimensões. **Primus**, numa dimensão filosófica, como sendo os direitos inerentes à pessoa humana, na linha preconizada por **Locke**, **Hobbes** e **J. J. Rousseau**. **Secundo**, numa dimensão internacional, são os que se acham contemplados em diversos instrumentos internacionais. Nesse particular, realce especial deve ser dado à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada em 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas. Embora uma recomendação, juridicamente desprovida de força sancionadora *stricto sensu*, a DUDH representa um impulso de indiscutível valor para a garantia dos direitos da pessoa humana, inclusive dos seus direitos sociais, dentre os quais se encontram os trabalhadores, alçados à garantia fundamental da pessoa. Por outro lado, é forçoso recordar os dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos, aprovados também nas Nações Unidas, em 1966, pormenorizando o elenco consagrado na DUDH. O Pacto de Direitos Civis e Políticos, que o Brasil ainda não ratificou, implica em um procedimento abstencionista do Estado, enquanto o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já incorporado ao nosso ordenamento jurídico, significa numa atuação do Estado de forma a assegurar sua aplicação. **Tertius**, a dimensão constitucional dos direitos fundamentais. Na forma da Constituição francesa de 1958, os direitos sociais eram, por tradição, nitidamente individuais. As Cartas mais recentes, no entanto, inseriram esses direitos entre aqueles fundamentais da pessoa. Assim pode ser verificado, *v.g.*, nas Constituições de Portugal e da Espanha e na atual do Brasil.

Os direitos sociais devem ser entendidos como os trabalhistas e também aqueles pertinentes à seguridade social. Possuem a natureza de direitos deferidos, na análise de **Jorge Miranda**, ou seja, dependem de uma estrutura do Estado para sua aplicabilidade. Daí pode ser assinalado que os direitos sociais são dotados de aplicabilidade invalidante, na medida em que invalidam qualquer preceito que contrarie o que a Constituição consagrou⁽³⁾.

É de notar que, como comenta **Jorge Reinaldo A. Vanossi**, o constitucionalismo clássico deu lugar ao constitucionalismo social a partir da substituição do Estado abstencionista pelo Estado intervencionista. Com efeito, as mudanças do Estado liberal para o Estado **gendarme** apresentaram outra novidade significativa, qual a de que, enquanto os sujeitos dos direitos eram pessoas humanas, os titulares dos chamados **direitos sociais**, eram só os que ou desempenhavam determinadas funções na coletividade ou pertenciam a certos setores sociais⁽⁴⁾.

(2) **Bastos, Celso Ribeiro & Martins, Ives Gandra da Silva**, Comentários à Constituição do Brasil (II)¹, São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 397.

(3) **Apud Magano, O. B.**, "Direitos dos trabalhadores", O Estado de São Paulo, São Paulo, 4.4.1989, 1º cad., pág. 2.

(4) **Apud Bastos, C. R. & Martins, I. G. da S.** ob. cit. (II), págs. 400-1.

Fundamental é a determinação do seu conteúdo para a perfeita compreensão de sua abrangência. Para tanto, necessário se torna observar a extensão dos direitos sociais. Nesse particular, há duas correntes que têm alcançado maior expressão. Uma é a monista, de **Marlo de La Cueva**, entendendo que o chamado Direito Previdenciário estaria incluído no Direito do Trabalho⁽⁵⁾.

A segunda é a defendida por **Krotoschin**, preconizando o dualismo, que divide os direitos sociais em previdência social e direito do trabalho⁽⁶⁾. Segundo observa **Mascaro Nascimento**, as relações jurídicas da previdência social, que não são as da previdência privada, são de direito público, enquanto as relações jurídicas do direito do trabalho são de direito privado⁽⁷⁾, o que levaria ao dualismo.

Pode-se, então, considerar, tomando a lição de **Bueno Magano**, que entende que os direitos sociais são os trabalhistas (direitos individual, coletivo e tutelar) e também a previdência e assistência social⁽⁸⁾.

É isso que está insculpido na Constituição em vigor. No art. 6º, elencam-se os direitos sociais: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. No seguinte, o art. 7º, encontram-se os principais direitos trabalhistas, desdobramento dos primeiros, visando atribuir melhores e mais adequadas condições aos trabalhadores urbanos e rurais.

A Constituição vai tratar diretamente dos direitos sociais, exclusive os trabalhistas *stricto sensu*, no título "Da ordem social". Dessarte, divide com a sociedade a responsabilização pela seguridade social, incluindo-se, nesse aspecto, saúde, previdência e assistência social (art. 194). Adiante, a educação, dever do Estado e da família (art. 205), a cultura, garantia do Estado (art. 215), o lazer, representado pela prática das atividades desportivas, são uma obrigação do Estado (art. 217). Por fim, a Carta elenca a proteção à criança e ao adolescente (art. 227), afóra, anteriormente, ter previsto proteção aos desamparados (art. 201, n. II) e à maternidade (art. 201, n. III).

É nesse momento que se verifica o dever de ampla atuação do Estado, o que é, de se crer, não elimina a possibilidade de ação da iniciativa privada, mediante mecanismos autônomos de prestação de serviços à comunidade.

III – OS DIREITOS TRABALHISTAS

Acham-se os direitos trabalhistas elencados, sobretudo, no art. 7º, embora sejam encontrados outros preceitos nos dispositivos seguintes, e, quanto ao servidor público, aquele que presta seu esforço ao Estado, existem regras que se acham em parte específica, e que não caberia comentar neste brevíssimo estudo.

Têm alguns direitos trabalhistas eficácia contida, e outros tantos suscitam divergências, da mesma forma como há aqueles auto-aplicáveis, que independem

(5) **La Cueva, Marlo de**. "El nuevo derecho mexicano del trabajo (I)", 6ª ed., México, Porrúa, 1980, págs. 94-5.

(6) Cf. **Nascimento, Amauri Mascaro**, "Curso de direito do trabalho", 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 220.

(7) **Nascimento, A. M.**, *idem*, pág. 222.

(8) **Magano, O. B.**, "O direito do trabalho... cit.", pág. 277.

de regulamentação específica ou que tiveram a norma infraconstitucional anterior recepcionada pela atual Constituição.

Dentre os primeiros, de eficácia contida, encontram-se v.g., o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, n. XXI), o chamado adicional por atividades penosas (art. 7º, n. XXII), cujo titular é o trabalhador individualmente considerado, como se procurou demonstrar alhures⁽⁹⁾, ressaltando-se, nesse aspecto, que continuam a prevalecer os preceitos anteriores relativos aos demais adicionais, de periculosidade e de insalubridade, recepcionados pela Constituição. Igualmente de eficácia contida é o preceito consagrador do salário mínimo, considerando-se a sua fixação pela via legislativa (art. 7º, n. IV).

A participação nos lucros e nos resultados e a co-gestão ainda são regras programáticas (art. 7º, n. XI), eis que distantes da realidade prática vivenciada nas relações entre os parceiros sociais. Na mesma linha, encontra-se a proteção em face da automação (art. 7º, n. XXVII), decorrente dos avanços tecnológicos, que ainda não se encontram adequadamente dimensionados.

Outros direitos suscitam controvérsias. Assim, v.g., encontram-se a licença gestante de 120 dias (art. 7º, n. XVII), considerando-se a capacidade mesma da Previdência Social estatal em arcar com o ônus do benefício e à vista da situação atual dos planos de custeio, embora já esteja a vigor a Lei n. 8.212, de 24.07.1991, aprovando novo plano de custeio. Considere-se, no particular, o disposto no art. 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ampliativo do direito em relação à norma pretérita, que foi regulamentada pelos arts. 71 a 73 da Lei n. 8.213, também de 24 de julho da mesma data. Aliás, quanto à empregada doméstica, esta, diversamente dos empregados comuns, tem o salário-maternidade pago diretamente pela Previdência Social (art. 73, da Lei n. 8.213/91).

Demais disso, a licença-paternidade (art. 7º, n. XIX), inspirada em modelo alienígena, não pode ser aplicada, salvo nos estritos limites do § 1º do art. 10 do ADCT, e, ainda assim, criando sérios problemas nas relações trabalhistas. E os chamados turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, n. XIV) ensejam, ainda hoje, profundas divergências jurisprudenciais.

Ademais, o direito de greve sofre restrição, reconhecida como válida no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e objeto de normação específica no direito italiano e no direito argentino mais recentes, quanto aos serviços e atividades essenciais (art. 9º, § 1º). A questão, nesse ponto, levaria a discorrer sobre o caráter de essencialidade de dada atividade ou serviço e as possibilidades de responsabilização dos grevistas. A norma em vigor, a Lei n. 7.783/89, conduz ao entendimento de que os abusos cometidos são porque decorrentes da greve. Essa tem sido a tendência mais representativa, embora, nesse particular, fosse mais adequado adotar o entendimento preconizado pelo eminente Ministro Orlando Teixeira da Costa, para quem a aplicação de penas por abusividade decorre de atos praticados na greve, eis que se deve considerar o seu caráter mais amplo, punindo-se os culpados individualmente por atos que, de per se, sejam pra-

(9) "Nosso significado e extensão do trabalho penoso", in "Direito do Trabalho e a nova ordem constitucional" (Coord.: Georgenor de Sousa Franco Filho), São Paulo, LTr, 1991, pág. 105.

ticados com abuso, e não penalizando a categoria como um todo⁽¹⁰⁾. Essa posição, embora pareça ser a mais consentânea com a intenção do legislador constituinte (*mens legislatoris*) e a mais adequada e justa interpretação do preceito (*mens legis*), tem sido minoritária.

Existem, finalmente, direitos trabalhistas outros que são auto-aplicáveis, ou por dependerem de norma regulamentadora, ou por existirem regras recebidas pela Constituição, cujo elenco abrangeria a quase totalidade dos direitos não comentados acima, contemplados no art. 7º.

IV – CONCLUSÃO

Conquanto passível de muitas críticas, a atual Constituição contemplou número de direitos sociais superiormente elevado em cotejo com as anteriores, o que demonstra a preocupação do legislador constituinte com aspectos nitidamente sociais, geralmente esquecidos.

Da consagração à efetivação desses preceitos existe, como ressalta linhas acima, grande distância. Embora sejam de aplicação imediata, sua eficácia depende, em boa parte, de normas complementares, daí ser mais adequado referir à sua aplicabilidade invalidante, assemelhando-se, nesse aspecto, aos efeitos contidos de sua eficácia.

É oportuno destacar que, considerando a realidade verificada em um país, o ideal seria a regionalização de normas trabalhistas, como apontado, lucidamente, por **Bueno Magano** em conferência proferida em Belém do Pará, em novembro de 1991, ao ensejo da reunião anual da Associação Germano-Brasileira de Juristas, à vista das peculiaridades de cada região geográfica do país.

De outro ponto, no campo dos direitos sociais, encontram-se os direitos trabalhistas, espécie daquele gênero, destinados aos trabalhadores subordinados. A obrigação do Estado na implementação de boa parte do elenco dos direitos sociais aguarda as providências legislativas pertinentes, e vai se abrandar com a tarefa atribuída aos parceiros sociais, sobretudo mediante o incremento da negociação coletiva. Pormenor que não pode ser olvidado, em várias regiões da Justiça do Trabalho tem sido abrandado esse poder característico do judiciário trabalhista, objetivando não exacerbar seu exercício e terminar por confundir duas atividades distintas.

Primeiro, a de julgar, inclusive criando direito, mediante sentenças normativas, especialmente nos dissídios coletivos de natureza econômica, atribuição mesma da Justiça do Trabalho, a evidenciar a tendência de heterônoma de solução dos conflitos coletivos.

Segundo, a de legislar, em um sentido bastante estrito, eis que se limita a explicitar normas latentes do ordenamento jurídico, dando cumprimento ao que preceitua a Constituição, tornando de aplicação real as normas consagradoras dos direitos trabalhistas, atividade própria do Poder Legislativo. Em algumas oportuni-

(10) **Costa, Orlando Teixeira da**. "Direito coletivo do trabalho e crise econômica", São Paulo, LTr, 1991, págs. 194 passim.

dades, essa postura vem sendo assumida, pelo Judiciário Trabalhista, através de seu poder normativo, confundido com capacidade legiferante, à omissão do Poder competente, daí a necessária cautela no poder normativo.

Observe-se, contudo, que, em alguns aspectos, as críticas formuladas não mereceriam prosperar, eis que é preferível aceitar-se o poder normativo da Justiça do Trabalho, imparcial e justo, que deixar os interlocutores sociais à mercê de medidas de duvidosa constitucionalidade emanadas do Executivo, mormente as de caráter econômico, que geram graves danos na relações entre capital e trabalho.

A determinação do conteúdo dos direitos sociais, inclusive dos trabalhistas, há que se entender, sem dúvida, que facilita a implementação da vontade do constituinte de 1988. A efetividade dessas normas, contudo, dependerá da conscientização geral, e, aspecto de alta relevância, do advento, via legislativo, das normas complementares e ordinárias que os preceitos constitucionais consagram e a coletividade reclama. Por isso mesmo, a revisão constitucional prevista não deve servir de obstáculo à regulamentação dos muitos dispositivos que poderão, regulados, servir de instrumento adequado à manutenção da indispensável tranqüilidade das relações entre capital e trabalho.

V – FONTES CONSULTADAS

Bastos, Celso Ribeiro & Martins, Ives Gandra da Silva, "Comentários à Constituição do Brasil (II)". São Paulo, Saraiva, 1989.

Costa, Orlando Teixeira da, "Direito coletivo do trabalho e crise econômica", São Paulo, LTr, 1991.

Franco Filho, Georgenor de Sousa, "Significado e extensão do trabalho penoso", in "Direito do Trabalho e a nova ordem constitucional" (Coord.: Georgenor de Sousa Franco Filho), São Paulo, LTr, 1991, págs. 102-11.

La Cueva, Mario de, "El nuevo derecho mexicano del trabajo (I)", 6ª ed., México, Porrúa, 1980.

Magano, Octavio Bueno, "O direito do trabalho em face da nova Constituição", In Revista LTr, São Paulo, 52(3): 277-81, mar. 1988. "Direito dos trabalhadores", O Estado de São Paulo, São Paulo, 4.4.1989, 1º cad., pág. 2.

Nascimento, Amauri Mascaro, "Curso de direito do trabalho", 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.