

ASPECTOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

JOSÉ ANTONIO PANCOTTI*

Resumo: A luta por conquista de direitos civis e políticos construiu a democracia política, deu poder de organização ao povo, acesso à educação e fortaleceu as lutas operárias para conquistar os direitos sociais. O Estado pós-moderno não pode prescindir da força do capital privado, da intervenção no poder econômico, da perspectiva de inclusão social, erradicação da pobreza e vida com dignidade. A democracia não é mais restrita aos direitos políticos, porque abaixo de um certo nível de bem-estar material, social e educacional as pessoas não tomam parte da sociedade estatal. Não se concebe cidadania, se persistir o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Sumário: Introdução; 1 Da Ordem Econômica e Social; 1.1 O Estado e a economia – *Welfare State*; 1.2 Da ordem econômica e social nas constituições; 1.3 Interpretação específica da ordem econômica na Constituição Federal; 2 Dos Direitos Fundamentais; 2.1 Considerações iniciais; 2.2 Natureza das normas e o conteúdo dos direitos fundamentais; 3 Dos Direitos Sociais; 3.1 Considerações iniciais; 3.2 Dos direitos sociais nas constituições; 3.3 Natureza dos Direitos Sociais; 3.4 A desregulamentação, a flexibilização, a terceirização e a hermenêutica constitucional; Conclusão.

Palavras-chave: *Welfare State* - inclusão social - cidadania - direitos fundamentais - globalização - dignidade humana - direitos sociais - hermenêutica.

INTRODUÇÃO

Buscar-se-á neste ensaio demonstrar que os direitos sociais integram o conceito de direitos fundamentais, não por serem arrolados no Título II da nossa Carta Política,

mas porque a República Federativa do Brasil definiu-se como um Estado Democrático de Direito com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, na igualdade, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, dentre outros.

*Juiz do TRT/15ª Região e Mestrando em Direito Constitucional, UNITOLEDO - Araçatuba

Pretende-se sustentar que os direitos sociais, do ponto de vista científico, constituem pressupostos dos direitos fundamentais, porque são instrumentos jurídicos de "inclusão social" que só com ser efetiva, se fundamentada na cidadania.

O legislador constituinte de 1988 foi severamente criticado por alguns e enaltecido por outros ao romper com a tradição do constitucionalismo brasileiro, porque transpôs o rol dos "direitos sociais" do Título "Da Ordem Econômica e Social" para o Título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", na Constituição. No Brasil, o tema adquiriu dimensão constitucional em 1934, no Título "Da Ordem Econômica e Social". Nesta posição, vamos encontrá-lo nas Constituições de 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 01 de 1969. A transposição para o Título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" não foi por mero capricho ou por amor à estética. Decorre, antes de tudo, da postura ideológica e filosófica do constituinte.

Não se ignora, ao contrário, enfatiza-se os reflexos desta opção ideológica do constituinte de 1988 na hermenêutica constitucional, sem a pretensão de neste reduzido espaço, esgotar o tema.

A pesquisa se inicia pelo exame na doutrina nacional e estrangeira, a noção do Estado Direito Democrático, inspirado no modelo *Welfare State*, a sua construção, desenvolvimento e a crise que o coloca em uma verdadeira encruzilhada, quando se propõe harmonizar o círculo entre crescimento econômico (criação de riquezas), sociedade civil (coesão social) e liberdade política. Segue-se no exame do significado e importância do que se convencionou denominar de "ordem econômica e social". Desenvolve uma breve análise dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais e a

nova concepção de cidadania. No passo seguinte, enfoca-se os "direitos sociais" sob o influxo dos direitos fundamentais.

1 DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

1.1 O Estado e a economia – *Welfare State*

O Estado, na concepção clássica que tinha por fundamento os ideais do liberalismo, era por natureza absenteísta, reservando-se tão-somente atribuições restritas à produção do direito, garantia das liberdades e da segurança. A Constituição limitava-se a definir a forma de Estado, o regime político, a estruturação e organização do poder político e a declaração dos direitos individuais. A noção de democracia era exclusivamente política. Assim, não se admitia qualquer tipo de ingerência ou intervenção na ordem natural da economia e não se cogitava de uma atuação em prol do *bem-estar social* "que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político"¹.

O Estado pós-moderno caracteriza-se pela intervenção na atividade econômica, criação das regras e adoção dos princípios de direito econômico, além de intervir nas relações sociais, por meio de um conjunto de disposições concernentes tanto ao dirigismo econômico, como no estatuto do cidadão e nos direitos dos trabalhadores. As constituições dos Estados pós-modernos definem os seus fins e programas de ação, sob enfoque de uma orientação econômico-social com regras minuciosas e detalhistas, convivendo com normas genéricas que apenas enunciam princípios gerais, cujo conteúdo e efetividade ficam postergados para serem implementados ou desenvolvidos no futuro, conforme vier disciplinar o legislador

"O Estado pós-moderno caracteriza-se pela intervenção na atividade econômica, criação das regras e adoção dos princípios de direito econômico, além de intervir nas relações sociais, por meio de um conjunto de disposições concernentes tanto ao dirigismo econômico, como no estatuto do cidadão e nos direitos dos trabalhadores."

¹BOBBIO, Norberto et al, *Dicionário de Política*, Brasília: UNB, 2004, 5ª ed, p.76-707.

infraconstitucional. É o conceito de *Constituição-dirigente*² característica do *Welfare State*.

Os autores identificam os problemas teóricos originados do aparecimento, consolidação e crise do *Welfare State*. Para uns, a evolução histórica e política das sociedades industriais pode ser distinta em três fases: a primeira, por volta do século XVIII, marcada pela luta em busca da conquista dos direitos civis (liberdade de pensamento, de expressão); no período seguinte (século XIX), constatam-se as reivindicações dos direitos políticos (participação e organização de partidos, propaganda, votar e ser votado etc) que culminam com a consagração do sufrágio universal. Finalmente, no terceiro período, o desenvolvimento da democracia política aumenta o poder político das organizações operárias e o acesso do operariado a um nível mínimo de instrução formal dá o tom das lutas e da conquista dos "direitos políticos e sociais". Para outros, a causa principal da difusão do *Welfare State* foi consequência da transformação da sociedade agrária em industrial.

Confrontando-se as duas correntes de pensamento, infere-se que ambas possuem elementos que se somaram para impulsionar a criação e desenvolvimento do *Welfare State*, essencialmente porque os "benefícios sociais" têm alto custo para o Estado, mas é um forte mecanismo de distribuição de renda e riqueza que reforça e dinamiza a atividade econômica.

A crise do Estado assistencial é um fenômeno presente. Entretanto, o fenômeno que os economistas designam como "crise fiscal", para definir o elevado endividamento público, não pode ser de fundamento para sustentar a absoluta incom-

patibilidade de duas funções relevantes do Estado: o fortalecimento do desenvolvimento social e o apoio à acumulação capitalista, ainda que com graves ônus à despesa pública. A harmonização destes dois grandes objetivos fundamentais deve ser a proposta do Estado contemporâneo, o Estado Democrático de Direito, em que convivem os ideais da sociedade burguesa com uma forte atuação sindical operária e dos partidos políticos, admitindo-se, paralelamente, atuação efetiva de organizações não-governamentais.

Em decorrência desta crise, a postura intervencionista do Estado é combatida nos últimos vinte anos, mediante ampla campanha por meio de palavras-chave muito em voga: "diminuição do tamanho do Estado", "ajuste fiscal" e, no nosso caso, "redução do custo Brasil", sob o argumento de que o Estado do *bem-estar social* tem um custo econômico excessivamente elevado, acarretando uma insuportável carga tributária para a sociedade. Daí, o acentuado discurso em prol da desregulamentação das relações econômicas, flexibilização de normas ou mesmo de redução dos direitos sociais, diminuição da carga tributária, a fim de minimizar os custos de produção e tornar os produtos nacionais competitivos no mercado internacional, por imperativo da globalização econômica ou da integração dos mercados.

Na sociedade do chamado *capitalismo maduro*³, a intervenção do Estado deve, por princípio, limitar-se à complementariedade, porque o capitalismo foi capaz de transformar a força de trabalho escravo em trabalho livre, mas não de estabelecer a qualidade e a quantidade de trabalho que necessita no processo de produção, de modo a

"A crise do Estado assistencial é um fenômeno presente."

"...o capitalismo foi capaz de transformar a força de trabalho escravo em trabalho livre, mas não de estabelecer a qualidade e a quantidade de trabalho que necessita no processo de produção."

² *Ibidem*. p. 706-707.

³ BOBBIO, Norberto et al, *Dicionário de Política*, 2004, Brasília: UNB, 5ª ed., p. 407.

absorver toda a força de trabalho disponível. Assim, exige-se que o Estado desempenhe as funções de proteção do trabalho, da seguridade social etc (formas de predisposição das condições materiais da produção); crie motivações consentâneas com o processo do trabalho (apoio à família e aos mecanismos de substituição da família – agentes de socialização burguesa); regule a força de trabalho (formação profissional, qualificação, requalificação, migrações internas, discipline as relações de trabalho etc).

Enquanto se combate, no plano interno, a postura estatal intervencionista, no plano internacional, cada vez mais, pugna-se por mecanismos de nítido caráter protecionista. Assim, Estados que até pouco tempo eram parceiros comerciais, de um momento para outro, instituem barreiras alfandegárias entre si, a fim de preservar mercados internos, numa verdadeira necessidade de afirmação da *soberania econômica nacional*.

Aliás, são perigos da globalização econômica que comprometem os conceitos de “país”, de “nação” e a noção de Estado que se colocam como um desafio em harmonizar valores sem os quais a economia não sobrevive: o círculo entre crescimento econômico (criação de riquezas), sociedade civil (coesão social) e liberdade política, como ressalta o Professor Eros Roberto Grau⁴:

“...são perigos da globalização econômica que comprometem os conceitos de “país”, de “nação” e a noção de Estado que se colocam como um desafio em harmonizar valores sem os quais a economia não sobrevive: o círculo entre crescimento econômico (criação de riquezas), sociedade civil (coesão social) e liberdade política.”

Acrescenta o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal que:

“[...] a globalização ameaça a sociedade civil, na medida que: (i) está associada a novos tipos de exclusão social, gerando um subproletariado (underclass), em parte constituído de marginalizados em função da raça, nacionalidade, religião e outro sinal distintivo; (ii) instala uma contínua e crescente competição entre indivíduos; (iii) conduz à

destruição dos serviços públicos (= destruição do espaço público e declínio dos valores dos serviços por ele veiculados). Enfim, a globalização, na fusão de competição global e de desintegração social, compromete a liberdade.”

Não menos verdadeira é a constatação de que na formação de blocos econômicos regionais (CEE, MERCOSUL, NAFTA etc) estimula a circulação de riquezas, com redução ou eliminação de tarifas alfandegárias, moeda única etc, porém, desacompanhada do mesmo grau de liberdade para circulação de pessoas e a troca de experiências culturais. Em suma, os seus benefícios no plano social são meramente indiretos ou reflexos.

1.2 Da ordem econômica e social nas constituições

O título da “Ordem Econômica e Social” nas constituições modernas foi introduzido nos primórdios do século XX com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, surgiu a partir da Constituição de 1934. A Constituição Federal de 1988 dividiu a matéria no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira” e no Título VIII, “Da Ordem

Social”.

O regime constitucional vigente, além de instituir as bases constitucionais do sistema econômico, legitima o Estado a se apropriar das formas e dos meios de produção antes utilizados exclusivamente pela iniciativa privada, para intervir na atividade econômica, em prol do desenvolvimento econômico sustentado. A justificativa é a necessidade de ordenar na vida econômica, impor condicionamentos e racionalizá-la, sem, contudo, substituir ou concorrer com as atividades privadas, mas atuar, primordialmente, dando-lhe suporte e, excepcionalmente, de forma direta, mas em caráter supletivo.

⁴A *Ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2002. 7ª ed., p.40

Esta característica do Estado Democrático de Direito reflete nas Constituições modernas muitas idéias que têm origem no Socialismo, convivendo ou dando suporte às bases do Capitalismo moderno. Revela compromisso de equilíbrio entre as forças políticas tradicionais, liberalistas, e o atendimento das reivindicações populares de justiça social.

Em sucinta análise do art. 170 da Constituição Federal, infere-se quais os fundamentos e os princípios em que se deve pautar a conduta do Estado: livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência, valorização do trabalho, justiça social etc. O art. 173 disciplina a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, que só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definir a lei. Em seguida, traçam regras para a criação de entes paraestatais como instrumentos de intervenção na ordem econômica, fixando o regime jurídico a que se submeterão, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, em igualdade com o setor privado; fixa a obrigatoriedade da licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, em semelhança ao que se exige para os entes da administração direta; finalmente determina que a lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa jurídica (empresa pública, sociedade de economia mista e subsidiárias) por atos contra a "ordem econômica e financeira" e contra a economia popular.

São normas e princípios que traçam rumos a serem seguidos e criam os meca-

nismos para alcançar os fins a que se propôs o Estado do *bem-estar social*. Assim, toda espécie normativa infraconstitucional que contrariar tais regras e princípios será reputada inconstitucional. No mesmo sentido, os atos e decisões judiciais ou administrativas que se desvirtuarem do que preconizam os comandos normativos e os princípios constitucionais.

1.3 Interpretação específica da ordem econômica na Constituição Federal

As peculiaridades da interpretação constitucional, um estatuto jurídico-político, nos leva a sopesar "valores⁵ políticos, econômicos e sociais" e perquirir como eles interferem no plano jurídico. Constatam-se os valores políticos pelos princípios expressos e implícitos que a Constituição adota. Sabidamente, a Constituição não é um simples conjunto de regras, mas de regras e princípios⁶. Estes é que vão dar coloração interpretativa às regras constitucionais. A função dos princípios é exatamente orientar para uma exegese conforme os ideais traçados pelo constituinte.

O Professor Gomes Canotilho⁷ leciona que através do [...] princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição, se escolhe a interpretação sistemática que dá prevalência à Constituição, ou seja, não contrária ao texto e programa da norma constitucional. Por outras palavras, não se interpreta a lei a partir de uma particular expressão da Constituição, mas dentro do seu conjunto sistemático.

⁵"Valor", em sentido normativo, é tudo aquilo que orienta (indica diretriz) a conduta humana. É um vetor (indica sempre um sentido) que guia, atrai, consciente ou inconscientemente, o ser humano. O valor comporta sempre um julgamento, e, pois, uma possibilidade de escolha entre caminhos diferentes. Isso porque a cada valor corresponde um desvalor. Nesse sentido, a democracia é um valor político; a ditadura, um desvalor. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) são, assim, os elementos que lhe dão o rumo do bem-estar social". cf., José Afonso da Silva, op.cit. p.35)

⁶A expressão princípio "Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo e início e de mandamento nuclear de um sistema..." Afonso da Silva, José, op. cit., p.35.

⁷Direito constitucional e teoria da constituição, Portugal, Lisboa: Almedina, 2001. 3ª ed.,1151-1152.

Em hermenêutica constitucional, não se pode ignorar a opção ideológica do constituinte, sob pena de realizar uma interpretação periférica e fora do seu contexto, isto é, não se conseguirá adentrar ao âmago da mensagem que contém os preceitos constitucionais. O direito positivo é decorrente da *ideologia constitucionalmente adotada* e que se extrai não só na literalidade dos preceitos, como dos princípios expressos e implícitos adotados pela Constituição.

A Constituição Federal, destaque-se, já na definição "Dos Princípios Fundamentais", declara os fundamentos do Estado Democrático: *a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (no art. 1º, III e IV); *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento econômico; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação* (no art. 3º, I, II, III e IV); *a independência nacional, prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, I e II). Estes são fundamentos do Estado de Direito Democrático que se desdobram e ou estão definidos, de forma particular, no Título VII "Da Ordem Econômica" e cria mecanismos de proteção e garantia do sistema capitalista, define política de contenção de abusos do poder econômico (art. 170 a 192); e na definição "Da Ordem Social" institui mecanismos de desenvolvimento social, proclama a necessidade de redução de desigualdade social e da pobreza, através de ações que

"...os ideais explícitos e subjacentes na Constituição do Estado Democrático de Direito são de preservar e reforçar mecanismos de acumulação de Capital, mas desenvolver ações e reforçar as bases de políticas sociais bem definidas para preservar valores típicos do Socialismo: redução das desigualdades, distribuição de renda, acesso aos serviços e bens públicos, enfim inclusão social."

garantam ao cidadão: acesso ao trabalho, previdência social, saúde, educação, assistência social, proteção do meio ambiente, cultura, família, criança, adolescente e idoso etc. (art. 6º, 7º e 193 a 232).

É possível sustentar, diante do sucinto quadro acima, que os ideais explícitos e subjacentes na Constituição do Estado Democrático de Direito são de preservar e reforçar mecanismos de acumulação de Capital, mas desenvolver ações e reforçar as bases de políticas sociais bem definidas para preservar valores típicos do Socialismo: redução das desigualdades, distribuição de renda, acesso aos serviços e bens públicos, enfim inclusão social.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Considerações iniciais

O estudo dos direitos fundamentais ganha especial relevância, porque são alicerces do Estado Democrático de Direito, na medida em que nele repousa e legitima-se. Assim, não há como dissociar a noção de Estado de Direito e direitos fundamentais.

Não é por outra razão que o Mestre Perez Luño⁸ sustenta que há um nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de

Direito e os Direitos Fundamentais, *ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.*

O enfoque temático deste modesto trabalho permite fixar-se na noção de "direitos fundamentais"⁹ no sentido *limitação imposta pela soberania popular aos*

⁸FERRAJOLI et al, *Los derechos fundamentales*, pp. 19-20. Zeno Simm, *apud*, *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: Revista LTr 2005. n. 69, p.11/1287.

⁹"Não é uniforme o emprego dos termos 'direitos humanos', 'direitos fundamentais', 'direitos fundamentais do homem', pois depende do enfoque que se der ao tema. Assim, do ponto de vista da: a) *ciência jurídica positiva*, entendida como análise empírica das normas de direito positivo de um determinado ordenamento, seja estatal ou internacional; b) *a filosofia política ou da justiça*, entendida como doutrina normativa em torno de valores ético-políticos que merecem ou clamam ser tutelados como direitos fundamentais; c) *a teoria do direito*, entendida como sistema de conceitos e afirmações idôneas para denotar e explicar as formas e estruturas do direito positivo". Cf., FERRAJOLI et al, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 287, *apud* Zeno Simm, *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: Revista Ltr.2005.n 69.p.11/1289.

Poderes constituídos do Estado que dela dependem. São fundamentais, como salienta José Afonso da Silva¹⁰ porque se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive;

No plano Direito Público Internacional, são diversos os instrumentos políticos e jurídicos que revelam a preocupação em proteger o direito à vida, segurança, dignidade, liberdade, honra, moral, propriedade, entre outros. É um reconhecimento da necessidade primordial de proteção e efetividade do que se convencionou denominar de "direitos humanos".

No plano jurídico interno de cada Estado, os Direitos Fundamentais se constituem pelo conjunto de direitos e garantias de conteúdo negativo, cuja finalidade básica é o respeito à dignidade da pessoa humana, contra o arbítrio estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade no plano material e espiritual. Daí, Pontes de Miranda considerá-los "supraestatais" porque *são direitos frente ao Estado ou são devidos ao ser humano, por exigência da ordem jurídica supraestatal, ou conseqüência da altura das liberdades no ambiente mesmo da Constituição.*¹¹

As constituições dos Estados pós-modernos e os tratados internacionais recentes revelam evolução da concepção de Direitos Fundamentais com significativa ampliação, para compreender prestações positivas do Estado. Assim, nos primórdios tinha significado vertical (na relação indivíduo x Estado). Hoje, tem sentido horizontal (nas relações privadas). Agiganta-se, assim, a noção de direitos fundamentais como a eficácia de valores intrínsecos como a digni-

dade da pessoa humana e a igualdade entre os homens.

Dentre todos os valores que a Constituição Federal de 1988 define com fundamento do Estado Democrático de Direito, sob o ponto de sua conexão íntima com os direitos sociais, destacam-se *a cidadania, a dignidade da pessoa humana, da igualdade, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.*

A cidadania, como ensina José Afonso da Silva¹², é o reconhecimento do indivíduo como integrante da sociedade estatal. (...) consiste na consciência perti-

nente à sociedade estatal como titular de direitos fundamentais. Não se resume à titularidade de direitos políticos, mas de cidadão que requer providências estatais no sentido de satisfação de todos os direitos fundamentais em igualdade de condições.

A dignidade da pessoa humana é um conceito que reúne dois valores indissociáveis: pessoa humana e sua dignidade. A pessoa humana é o ser racional, dotado de livre arbítrio que existe como fim em si mesmo, já que não pode servir de objeto-meio para outros fins. Nisto difere das

coisas, objeto-meio para a consecução de fins outros. É por isso que a pessoa humana se revela como valor absoluto, porque sua natureza racional existe como fim em si mesma (Kant). A dignidade é um atributo intrínseco da pessoa humana, constituindo sua essência. É o único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer outro, que não admite substituição por valor equivalente. É o valor supremo do qual decorrem todos os direitos fundamentais. Com efeito, não basta a liberdade formalmente declarada na Constituição, sem que se

"Agiganta-se, assim, a noção de direitos fundamentais como a eficácia de valores intrínsecos como a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os homens."

"A dignidade é um atributo intrínseco da pessoa humana, constituindo sua essência."

¹⁰Direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1989, 5ª edição, p. 159.

¹¹Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Bolsoi. 1960. 3ª ed., p. 242-243.

¹²Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, 1ª edição, p.36.

reconheça a dignidade da pessoa, como condição mínima de existência. Existência digna conforme os ditames da justiça social, como fim da ordem econômica justa.

As *funções sociais do trabalho* não só na liberdade de escolha da atividade ou profissão, mas de acesso ao mercado de trabalho em igualdade de condições e sem discriminação, direito à remuneração que assegure ao trabalhador e sua família existência digna. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa entram na formulação do conceito do Estado neoliberal, em que a propriedade e o lucro se inserem no contexto de justiça social.

O princípio da *igualdade* deve orientar-se a partir da máxima de Aristóteles que preconiza *tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade*.¹³

Não é fácil, porém, determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade. Assim, o empregador, no exercício do poder legítimo de zelo, guarda e controle de seu patrimônio, tem o direito de fazer revista íntima dos empregados da fábrica de jóias, na saída do trabalho. Entretanto, se comete excessos e abusos à intimidade, incorre em ofensa à dignidade da pessoa humana, ensejando a reparação por dano moral. É razoável, porém, que a indenização seja atribuída em valor menor para os funcionários do que para as funcionárias, sem ferir o princípio da igualdade. O tratamento é desigual, justificando-se pelo maior grau de sensibilidade da mulher, na preservação da sua intimidade. O princípio da igualdade legítima que o juiz e o legisla-

dor dêem tratamento distinto, com fundamento razoável, sem descambar para o arbítrio¹⁴. Neste sentido, a Constituição autoriza discriminações justificáveis, para proteger grupos de pessoas que merecem tratamento diverso, quando assegura o privilégio da posse de terras aos indígenas (CF/88, §2º art. 231); a proteção ao mercado de trabalho da mulher (CF/884, art. 7º, XX); proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre do menor de 18 anos etc.

Não é possível sustentar, como o saudoso Pontes de Miranda¹⁵, que há direitos fundamentais absolutos e relativos. Os absolutos existiram, não conforme a lei os cria

ou regula, mas a despeito das leis ("supraestatais"), como à liberdade pessoal, à vida, à inviolabilidade do domicílio ou da correspondência, enquanto os relativos valem conforme a lei, como o direito de propriedade.

Não há como discordar do Professor Alexandre de Moraes¹⁶ que preconiza o *Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*, sob o argumento de que os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem

tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de se consagrar o desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Assim, há julgados do Supremo Tribunal Federal em que não se reconhece como absoluto a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (CF/88, art. 5º, LVI), como se observa do excerto de acórdão:

"O princípio da igualdade legítima que o juiz e o legislador dêem tratamento distinto, com fundamento razoável, sem descambar para o arbítrio."

"...os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de se consagrar o desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito."

¹³DAVID ARAUJO, Luiz Alberto e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1999, 2ª ed., p.76.

¹⁴CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra (Portugal):Almedina, 1999, 3ª ed., p.401.

¹⁵op. cit. p. p. 257-268.

¹⁶*Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2005, 6ª edição, p28.

“Objeção de princípio — em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal — à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da **prova ilícita** se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou — em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal — pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscricção da **prova ilícita**: de qualquer sorte — salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável — a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.” (STF, HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/03)

Não se desconhece ser possível sustentar que o direito subjetivo de não ser torturado é absoluto, com amparo na regra do art. 5º, III da Constituição.

2.2 Natureza das normas e o conteúdo dos direitos fundamentais

Como vimos acima, insigne Mestre Pontes de Miranda¹⁷ os considerava “supraestatais”. Para o Professor José Afonso da Silva¹⁸ são situações jurídicas (objetivas e subjetivas) definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Trata-se, portanto, de normas de direito constitucional, porquanto nascem e se fundamentam na própria Constituição, tendo por fonte da soberania popular. Este mesmo autor se posiciona no

sentido de que a eficácia e aplicabilidade de tais normas dependem muito do seu enunciado. Neste sentido, enfatiza, o § 1º do art. 5º da Constituição Federal estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Ressalva, no entanto, que as normas que definem os direitos econômicos e sociais são de eficácia limitada, porque dependem de legislação ulterior que as discipline para a sua eficácia e aplicabilidade. Curiosamente, há regras que não se qualificam como “direitos sociais”, mas que definem direitos públicos subjetivos que dependem de normas infraconstitucionais para ter eficácia. É o

caso da gratuidade do registro de nascimento e da certidão de óbito, aos reconhecidamente pobres (CF/88, art. 5º, LXXVI) e a proteção aos locais de cultos e suas liturgias, para assegurar o direito à liberdade de manifestação de crença religiosa (CF/88, art. 5º, VI).

Não há dúvida que nas hipóteses em que a Constituição proclama a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, à dignidade da pessoa etc, nos termos em que se desdobram nos incisos do seu art. 5º, tais normas têm eficácia e aplicabilidade plena e imediata.

Não se pode esquecer, porém, que há inúmeras situações em que se remete à lei (espécie normativa infraconstitucional), a disciplina ou regramento para o exercício deste ou daquele direito. Assim, não se encontra esta limitação tão-somente em normas que estatuem o rol de direitos sociais. Por outro lado, como ensina o Professor Canotilho¹⁹, pelo fato de a Constituição ter feito um esforço sistematizador, tornando mais extenso e completo o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, não está excluído que alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais, possam ser configurados

“Pelo fato de a Constituição ter feito um esforço sistematizador, tornando mais extenso e completo o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, não está excluído que alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais possam ser configurados como direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais.”

¹⁷op. cit. p. 257-268.

¹⁸op.cit. p. p160

¹⁹op.cit., p. 379.

como direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Enfim, a distinção que faz o Professor José Afonso da Silva não parece ser critério definitivo (sob a ótica da eficácia e aplicabilidade) para explicar a natureza jurídica das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais. Não se pode dele discordar, no entanto, que por se tratar de direito positivo, o intérprete fica limitado ao enunciado da norma.

Os direitos fundamentais são também humanos, na medida em que direitos de natureza de direitos humanos são declarados na Constituição. Há, porém direitos fundamentais que não têm natureza de direitos humanos. Os direitos humanos apresentam-se como o grupo de valores básicos para a vida e dignidade humanas atribuídos universalmente. São valores ínsitos e indispensáveis para o desenvolvimento do homem em sua dimensão biológica, psíquica e espiritual. Eles são o conteúdo dos direitos fundamentais, porque estes lhes dão apenas forma jurídica. A transformação daqueles valores indispensáveis à vida e dignidade humanas em direitos subjetivos coincide com a passagem do Estado monárquico absolutista francês à República, decorrente da Revolução Francesa de 1789 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que lhe segue, também em 1789.

Os direitos fundamentais por declararem valores primordiais tomados jurídicos, apresentam-se como a racionalização ética por excelência, situando-se no ápice do ordenamento jurídico nacional. São direitos matizes de todos os demais, por lhes dar fundamento e devem, portanto, ser dispostos na lei máxima nacional, a Constituição. Os di-

reitos fundamentais não têm uma concepção jusnaturalista, pois são fruto da cultura humana e não algo concedido pela natureza à pessoa humana desde o seu nascimento. Neste sentido, é pertinente a afirmação de Cláudia Toledo²⁰: *Os direitos fundamentais são, destarte, construídos, conquistados pelo homem, não lhe sendo meramente dados pela natureza.*

3 DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 Considerações iniciais

O "problema social" surge a partir da "Questão Social", em meados do século XIX, como decorrência da "Revolução Industrial" que se iniciou na Inglaterra no Século XVIII. A "Questão Social" é um fenômeno que eclodiu em consequência da concentração do capital industrial e da falta de condições de infraestrutura social do Estado. O quadro é reconhecido: o empobrecimento da massa de trabalhadores, inclusive dos artesãos sem meios para massificação da produção industrial; a aglomeração urbana resultante da migração da mão-de-obra do campo; a desagregação familiar pela mobilização da mão-de-obra feminina e das crianças para as fábricas; e o grande distanciamento entre classes sociais. Tudo longe de constituir um fenômeno individual e transitório, era um problema coletivo e duradouro que trazia graves prejuízos à ordem pública, social, política e à atividade econômica.

Informa Bobbio, Matteucci e Pasquino²¹ que até o início do século XIX as corporações de artes e ofícios desempenhavam inclusive a tarefa assistencial. Com o fim destas corporações, as sociedades de socorro mútuo passaram a desenvolver atribuições previdenciárias que não incorporavam a grande massa de trabalhadores.

"Os direitos humanos apresentam-se como o grupo de valores básicos para a vida e dignidade humanas atribuídos universalmente."

"...os direitos fundamentais são, destarte, construídos, conquistados pelo homem, não lhe sendo meramente dados pela natureza."

²⁰Ibidem, p. 60.

²¹Op. cit, p.403

A "Revolução Industrial" e a "Questão Social" são fenômenos que evidenciam o fim de uma concepção orgânica de sociedade e do Estado, segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino²². Desde, então, ficou clara a separação absoluta entre a sociedade e o Estado, cabendo a este apenas a detenção do poder político e a intervenção policial, para "restabelecer a ordem pública".

O "problema social" que assustava a burguesia requeria pronta e eficaz intervenção do Estado, mas cedo concluiu-se que colocar a polícia na rua "para manter a ordem pública", não era solução. Sentiu-se a necessidade da intervenção estatal nas relações de trabalho, fixando garantias mínimas, para desestimular as mobilizações de reivindicações operárias. Assim, passou a limitar a jornada máxima diária, adotar medidas de higiene e segurança do ambiente de trabalho, fixar remuneração mínima mensal etc. Somava-se a isto um conjunto de medidas capazes de propiciar às massas trabalhadoras recobrem os valores individuais e profissionais, bem como políticas públicas de acesso ao mercado de trabalho, à moradia, à educação, à assistência à saúde; a criação de seguro ou previdência social etc.

3.2 Dos direitos sociais nas constituições

É na Inglaterra e na Alemanha de Bismarck que se põe em prática, no final do século XIX, uma legislação de disciplina da atividade nas fábricas e se cria um sistema de previdência social, com seguro obrigatório contra doença, velhice e invalidez. A Bélgica e a Dinamarca aplicam a lei alemã no capítulo referente às disposições de pensionistas (1891-1898). A Suíça instituiu o seguro social, através de Emenda Constitucional

(1890). Esta emenda é a gênese da constitucionalização dos direitos sociais. Segue-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, surgiu a partir da Constituição de 1934 e é mantida em todas as Cartas Políticas posteriores.

A Constituição de 1988 discrimina o rol dos direitos sociais: a educação, saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados (art. 6º). O patamar mínimo de direito dos trabalhadores urbanos e rurais são arrolados no art. 7º da Constituição. No Título VII "Da Ordem Social" define as formas de custeio e de seguro social (previdência social), a assistência social e a proteção à saúde; o direito de acesso à educação, à cultura e aos desportos; o incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa e à capacitação tecnológica; a liberdade de manifestação de pensamento, artística e cultural; garantia de meio ambiente ecologicamente equilibrado; reconhecimento às diversas formas de organização familiar, além da proteção à criança, ao adolescente e ao idoso; preser-

vação de valores sociais e culturais e prestação de assistência às comunidades indígenas.

Os direitos sociais, na doutrina do Professor Alexandre de Moraes²³: [...] se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória no Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como de fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

"O 'problema social' que assustava a burguesia requeria pronta e eficaz intervenção do Estado, mas cedo concluiu-se que colocar a polícia na rua 'para manter a ordem pública', não era solução."

"A Suíça instituiu o seguro social, através de Emenda Constitucional (1890). Esta emenda é a gênese da constitucionalização dos direitos sociais."

²²Op. cit. p.403

²³Curso de direito constitucional. São Paulo: Atlas, 1989, 4ª ed., p.181.

Enquanto os "direitos individuais" têm por característica fundamental a imposição de conduta negativa ou de não fazer para o Estado, os direitos sociais exigem do Poder Público diversas atividades e prestações positivas, com vistas a propiciar o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo o amparo em momentos que, por contingências da própria existência, exigem maiores recursos, quando as pessoas têm menos possibilidades de conquistá-los por seus próprios meios²⁴, como na doença, infância, velhice etc.

É neste sentido que Canotilho²⁵ afirma tratar-se de [...] *direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular obter algo através do Estado (saúde, educação segurança social).*

Canotilho e Vital Moreira²⁶ ressaltam que a garantia de direitos mínimos dos trabalhadores, nestes termos: [...] a individualização de uma categoria de direitos e garantia dos trabalhadores de caráter pessoal e político, reveste-se de um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade.

Esta postura intervencionista, no que toca especificamente aos trabalhadores, revela o abandono da posição absentista do Estado que assume postura pró-ativa a favor da igualdade substancial entre as partes no contrato de trabalho, preserva a dignida-

de do cidadão trabalhador.

3.3 Natureza dos Direitos Sociais

Como visto acima, o Professor Canotilho²⁷ ensina que muitos dos Direitos Fundamentais são *direitos de personalidade* e que hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade.

O fator trabalho não é mais considerado algo degradante e vergonhoso para o homem livre. O homem moderno não pode limitar-se à vida contemplativa e à atividade militar, como os antigos. Ao contrário, o trabalho tem hoje a concepção de um *valor social* prestigiado, porque é a *atividade humana destinada a transformar ou adaptar recursos naturais com o fim de produzir bens e serviços que satisfaçam as necessidades individuais e coletivas*²⁸.

A importância do trabalho não tem só esta dimensão econômica, mas psicológica e ética que permite ao homem e à mulher realizar-se como pessoa. Sob este aspecto, chega-se a divinizar o trabalho, sem considerar apenas os seus fins sociais e econômicos.

É por isso que se pode dizer que o trabalho é manifestação da personalidade, porque se constitui numa atividade que se pode exercer com liberdade e dignidade, nos limites de aptidão profissional de cada indivíduo. É através do trabalho que o indivíduo se realiza como pessoa, não só para se auto-sustentar, mas também para ganhar respeito no contexto social. O trabalho é fator

"...os direitos sociais exigem do Poder Público diversas atividades e prestações positivas, com vistas à propiciar o bem estar e ao pleno desenvolvimento da personalidade humana..."

"...direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular obter algo através do Estado (saúde, educação segurança social)."

²⁴RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, 13ª edição, p.227.

²⁵Op.cit. p.384.

²⁶CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA Vital. *Fundamentos de direito constitucional*. Coimbra (Portugal): Coimbra.1994, Ed., p.41

²⁷op. cit., p.372.

²⁸BARILE, Giuseppe, *Enciclopédia del diritto e del economia garzanti*, apud, AFONSO DA SILVA, José, op.cit.,39.

fundamental de integração social com cidadania.

A proteção jurídica dos operários foi tolerada, nos primórdios, por autodefesa do próprio capitalismo, mas hoje deve evoluir para consolidar o respeito à dignidade da pessoa humana, do cidadão trabalhador e de sua família.

No início, os direitos sociais foram concebidos para preservar bens e valores que assegurem condições mínimas de vida digna, a determinado grupo de pessoas: oportunidade de trabalho em ambiente higiênico (físico e mental) e sem discriminação; remuneração que garanta o sustento próprio e da família, assistência à saúde e previdência social. Eram os trabalhadores que prestavam serviços subordinados — da fábrica (chapeleiro, calçadista, tecelão, metalurgia, cerâmica etc) ou de serviços urbanos (ferroviários, tróleibus, motomeiros e cobradores de bondes). Não beneficiava a generalidade da população trabalhadora, como aqueles que prestavam serviços por conta própria — autônomos — e os trabalhadores rurais, domésticos etc, embora vivessem em condições sociais semelhantes, idênticas ou inferiores às várias categorias de altos empregados.

O significativo avanço deu-se na medida em que à tutela daqueles valores jurídicos somaram-se outros, como o acesso à moradia, à educação, à cultura e aos desportos; o incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa e à capacitação tecnológica; a liberdade de manifestação de pensamento, artística e cultural; garantia de meio ambiente ecologicamente equilibrado; reconhecimento às diversas formas de organização familiar, além da proteção à criança, ao adolescente e ao idoso; preservação de valores sociais e culturais e prestação de assistência às comunidades indígenas.

Nesta nova dimensão, os direitos sociais têm o nítido propósito de assegurar vida digna, com perspectiva de “inclusão social” e erradicação da pobreza, não podendo, portanto, ser restrito a um grupo social (dos operários fabris e de serviços). A noção de vida digna passa a ter a conotação de dignidade com cidadania. Um conceito de cidadania não mais restrito à titularidade de direitos políticos, mas de cidadão com aptidão de participar da vida do Estado, ou *reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal*²⁹.

Por esta razão que o Professor Canotilho sustenta que os direitos sociais estão estreitamente associados a um conjunto de condições que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa como *pressupostos dos direitos fundamentais*: “Considera-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores — capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa — que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais”³⁰.

Além destes pressupostos que condicionam os direitos fundamentais, existem os elementos estruturais que são a base da proteção dos direitos sociais: “Assim, a concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade pode estar na origem de uma política de realização de direitos sociais activa e comprometida ou de uma política quietista e resignada consoante se considere que, abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, as

²⁹AFONSO DA SILVA, José, op.cit., p.36.

³⁰Op.cit., p.444.

pessoas não podem tomar parte da sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais, ou se entenda que a cidadania social é basicamente uma conquista individual³¹.

Com efeito. Não se concebe cidadania sem respeito à dignidade da pessoa humana. Não é sem razão que o art. 1º da Constituição Federal proclama entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania (II) e a dignidade da pessoa humana (III). Estes dois princípios fundamentais têm dimensão além das relações entre a pessoa humana e o Estado, na medida em que transcendem para relações privadas. Neste sentido, o direito tutela as manifestações da personalidade, através dos princípios jurídicos da “boa-fé nos contratos”, da “solidariedade social”, da “função social do contrato”, da “finalidade social do direito”, da razoabilidade e da proporcionalidade, da equidade e equivalência das prestações, do acesso à justiça, da efetividade do processo etc. São princípios que visam proclamar valores e idéias universalmente indissociáveis da trilogia: *ética, a moral e o Direito*, eixo que dá às normas sociais caráter homogêneo e legitimidade.

“Não se concebe cidadania sem respeito à dignidade da pessoa humana.”

“...o direito tutela as manifestações da personalidade, através dos princípios jurídicos da “boa-fé nos contratos”, da “solidariedade social”, da “função social do contrato”, da “finalidade social do direito”, da razoabilidade e da proporcionalidade, da equidade e equivalência das prestações, do acesso à justiça, da efetividade do processo...”

Esta nova concepção de cidadania decorre da idéia de *Constituição dirigente*³² que não se conforma com um rol de

direitos sociais cuja efetividade fique na dependência do momento político e das vicissitudes da vida econômica. Esta nova dimensão de cidadania deve ser construída a partir do enriquecimento dos direitos fundamentais, com a participação ativa do indivíduo.

Neste contexto, a disciplina das relações de trabalho (empregado x empregador) é apenas um aspecto dos direitos sociais. É um regramento que se insere em um conjunto maior de medidas interventivas e protecionistas do Estado, com a especificidade de tutelar da pessoa humana, do cidadão trabalhador. Esta postura protecionista, sem cunho paternalista, se materializa em “políticas públicas” que tenham a potencialidade de incrementar o desenvolvimento material, intelectual, cultural e espiritual da pessoa humana, a partir da preocupação de eliminar barreiras e oferecer oportunidades de inclusão social.

Assim, a inserção dos direitos sociais como subespécie de direitos fundamentais se justifica, ainda mais, porque o trabalho é manifestação da própria personalidade humana e vital para a cidadania.

3.4 A desregulamentação, a flexibilização, a terceirização³³ e a hermenêutica constitucional

Como já ressaltado neste trabalho, difundiu-se a preocupação de que os encargos

³¹Op.cit., p.444

³²AFONSO DA SILVA, José. op.cit., p.36.

³³Desregulamentação é uma tendência de eliminação do princípio protetor do direito do trabalho, segundo o qual o Estado não intervém nas relações de trabalho, remetendo a sua disciplina exclusivamente à autonomia da manifestação de vontade individual (liberdade contratual) e coletiva (liberdade sindical). O fenômeno da flexibilização surge com a paulatina substituição do modelo de sociedade industrial que vai cedendo a uma sociedade tecnológica, cuja base é a automação que reduz postos de trabalho e exige especialização de mão-de-obra, com qualificação muito bem definida. Essa nova realidade sócio-econômica não conviveria mais com normas trabalhistas excessivamente protecionistas, imperativas, inflexíveis e inderrogáveis pela vontade das partes. Daí, necessidade de políticas salariais flexíveis, liberdade de contratar e despedir trabalhadores, maior mobilidade interna, com facilitação de transferências de trabalhadores e de introduzir novos sistemas produtivos e de contratações atípicas (precários, temporários e meias jornadas). A terceirização surge, inicialmente, porque as grandes fábricas passaram a depender, cada dia mais, do fornecimento de linhas de produtos componentes do seu produto final, ou realização de serviços especializados que exigem elevada especialização tecnológica que elas não dominam ou que seria inviável de executá-los diretamente por exigirem investimentos elevados, quando há empresas especializadas com tecnologia avançada capaz de fazer frente a essa demanda. No Brasil, a terceirização passou a ser também estratégia para diminuir custos (salários, encargos trabalhistas e fiscais), mediante a transferência para um terceiro da execução de tarefas que seriam normalmente executadas diretamente pela empresa. Cf. PINTO MARTINS, Sérgio, *Direito do Trabalho*, São Paulo: Atlas, 19ª ed., 2004, p. 203.

atribuídos ao Estado do *bem-estar social* acarreta custos econômicos e financeiros excessivamente elevados e, por conseguinte, insuportável carga tributária para os cidadãos em geral. Estes custos tornam a produção econômica menos competitiva no mercado internacional, não compatível com um "capitalismo maduro".

Com esta visão, a partir da década de 1980, acentuou-se o discurso em prol da "desregulamentação" das relações econômicas e sociais, da "flexibilização" e redução dos direitos sociais e da "terceirização" de serviços, para minimizarem os custos de produção. Tinha o nítido propósito de tornar a produção nacional competitiva no mercado internacional, por imperativo da globalização econômica ou pela integração dos mercados.

A Constituição admite expressamente a "flexibilização" de alguns direitos sociais como a redução salarial (art. 7º, VI), a ampliação de jornada máxima de trabalho (art. 7º, XIII, XIV), mediante controle sindical. Assim em algumas hipóteses, o constituinte brasileiro admitiu que a convenção e o acordo coletivo de trabalho são os instrumentos que legitimam a flexibilização das regras trabalhistas. Isto porque, o papel tradicional destes pactos normativos sempre foi de alteração dos níveis salariais e das condições de trabalho para melhorá-los, nunca para reduzir vantagens, como se passou a admitir. A Constituição não impede, pelo contrário, legitima a ampliação de certos direitos e vantagens, como a participação nos lucros e resultados; ampliação do prazo do aviso prévio ("aviso prévio proporcional"); elevação da taxa de adicionais de remuneração (serviços extraordinários, insalubridade, periculosidade, etc). Entretanto, admitiu a "flexibilização" de direitos dos trabalhadores como forma de redução de custos, em prol da manutenção de postos de trabalho etc.

No que se refere à redução de direitos e vantagens, contudo, a "flexibilização", ainda que sujeita ao controle sindical, não pode ser ampla e irrestrita, a ponto de reduzir vantagens que a Constituição Federal erigiu como direitos e garantias mínimas, indispensáveis a uma vida digna do trabalhador e sua família. Abaixo deste patamar mínimo de proteção ficará seriamente comprometido um padrão de vida com dignidade e cidadania. Logo, se constituiria em uma afronta às normas e princípios de Direitos Fundamentais. Reforça este argumento, o fato de a norma constitucional trazer alguns benefícios ao empregado que expressamente

declara serem vantagens mínimas (salário mínimo, adicional de remuneração por trabalho extraordinário, insalubre e perigoso, gratificação de natal com base no salário integral, trabalho noturno superior ao diurno, abono de férias de 1/3 do salário normal etc.). Não se admite a supressão, nem a redução do valor de tais benefícios, ainda que mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Sempre que a "norma coletiva" assim dispuser deve ser considerada inconstitucional.

O argumento de que a Constituição, ao admitir a redução salarial e a ampliação prejudicial de jornada, por serem as cláusulas mais importantes do contrato de trabalho, legitima a redução de outros direitos, não procede. Isto porque, a redução salarial é medida excepcionalíssima para permitir que a empresa supere período de dificuldade econômico-financeira. A sua disciplina infraconstitucional é rigorosa, tanto que para ter validade, fica condicionada à limitação de retirada de *pro labore* dos sócios. A ampliação prejudicial de jornada é restrita a um grupo de trabalhadores que têm por benefício jornada reduzida de seis horas (CF/88, art. 7º, XIV).

No tocante à "terceirização" a Constituição é silente e a disciplina jurídica é toda infraconstitucional. Aliás, é precária a

"...a partir da década de 1980, acentuou-se o discurso em prol da "desregulamentação" das relações econômicas e sociais, da "flexibilização" e redução dos direitos sociais e da "terceirização" de serviços, para minimizarem os custos de produção."

"...algumas hipóteses, o constituinte brasileiro admitiu que a convenção e o acordo coletivo de trabalho são os instrumentos que legitimam a flexibilização das regras trabalhistas."

legislação sobre terceirização de mão-de-obra. A lacuna legislativa ensejou a construção de jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula 331. Não há uma definição jurídica do instituto. Dir-se-á, porém, que se fundamenta no princípio da *livre iniciativa* (CF/88, art. 1º, IV e art. 170). Tem prevalecido a máxima: se não há regra que proíba, permite-se a terceirização de atividade-meio, jamais da atividade-fim do empreendimento empresarial.

A Constituição não arrolou o exercício da *livre iniciativa* como um princípio fundamental isolado e absoluto, porque expressamente jungiu, atrelou e limitou-o aos valores sociais do trabalho, outro princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º, IV). Não é demais lembrar que os princípios fundamentais da *dignidade da pessoa humana* e da *cidadania* (CF/88, art. 1º, II, III), igualmente fundamento do Estado Democrático de Direito, convergem para os objetivos fundamentais de uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art. 3º, I). Não há aí conflito de princípios fundamentais, porque os princípios dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa só têm sentido se interpretados de forma harmônica, porque um é complementar do outro. Daí, serem indissociáveis.

Afronta, portanto, direitos e princípios fundamentais a terceirização de mão-de-obra em que o atravessador não anota a Carteira de Trabalho, remunera o trabalhador com salário inferior ao “piso da categoria”, não fornece equipamentos de prote-

ção contra acidente de trabalho, nem presta os primeiros socorros em caso de infortúnica. É afronta à dignidade da pessoa humana a remuneração por unidade de produção, em níveis tão ínfimos que impõem ao trabalhador esforço físico sobre-humano, para obter diária minimamente satisfatória. Esta forma de remuneração foi apontada como provável causa de morte de onze (11) trabalhadores rurais em serviço de corte de cana, por exaustão, no Estado de São Paulo, diagnosticada como “parada cardio-respiratória”, por excesso de trabalho³⁴.

Estas condições de trabalho são degradantes, em relação aos trabalhadores que têm vínculo direto com as Destilarias de Alcool e Usinas de Açúcar, no interior do Estado de São Paulo. Os empregados das agroindústrias desfrutam de situação privilegiada, na maioria dos casos, porque recebem os benefícios da legislação social, circunstância nem sempre alcançada pelas trabalhadoras de “empresas terceirizadas”. A terceirização nestes moldes afronta Direitos Fundamentais do cidadão trabalhador.

CONCLUSÃO

É costume sustentar-se que, no Brasil, predominou uma tendência estatizante que refletiu intensamente na elaboração do texto constitucional de 1988, especificamente no que se refere aos direitos sociais. Diz-se que a consequência foi a concessão paternalista de numerosos benefícios trabalhistas e a criação de um sistema de previdência social excessivamente generoso, incompatível com a realidade social e econômica do País. O Brasil estaria, então,

“...se não há regra que proíba, permite-se a terceirização de atividade-meio, jamais da atividade-fim do empreendimento empresarial.”

“É afronta à dignidade da pessoa humana a remuneração por unidade de produção, em níveis tão ínfimos que impõem ao trabalhador esforço físico sobre-humano, para obter diária minimamente satisfatória.”

³⁴O Procurador do Trabalho, Dr. Aparício Querino Salomão, na conclusão da diligência para apurar as causas da morte do trabalhador rural José Mário Alves Gomes, o “Timba”, 47 anos, em lavouras da Usina Rio das Pedras, Piracicaba-SP, declarou que “Numa avaliação preliminar estou convencido de que a morte ocorreu por excesso de trabalho, consequência do pagamento por produtividade. (...) Eles trabalham por produção e quanto mais cortam mais ganham. No esforço de ganhar mais acabam adoecendo”. A morte de Timba é a décima primeira em condições semelhantes desde o ano passado, denunciadas pela Pastoral do Migrante de Guariba”. Cf., BOLETIM INFORMATIVO. Campinas: Procuradoria Regional do Trabalho/15ª Região, Ano I, nº 05- dezembro 2005, páginas 6-7.

na contramão da história, pois os principais países do mundo ocidental, como os Estados Unidos da América, Inglaterra, Alemanha, França, Itália, Espanha vêm há algum tempo se afastando do modelo *Welfare State*.

Não há dúvida que o modelo clássico do *Welfare State*, tal como concebido nos seus primórdios está sofrendo revisão porque a sua evolução se faz necessária. O seu aprimoramento se dará através de um processo paulatino de atualização e adaptação aos tempos modernos e que se convencionou denominar de "capitalismo maduro" e da globalização.

O capitalismo no Brasil, porém, não está mais estruturado ou asentado em uma economia rural de latifúndio "semi-feudal", como as fazendas de café de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo ou de rústicos engenhos de cana para produção de açúcar do Nordeste, nem em meia dúzia de fábricas rudimentares e incipientes, como se encontrava no primeiro quartel do século XX.

O desenvolvimento industrial e tecnológico transformou o parque industrial do País entre os mais desenvolvidos do globo. As agroindústrias de produção de açúcar e álcool para combustível, de sucos de frutas e o agrobussines são a expressão da pujança agropecuária, no Brasil. Vários setores industriais é o berço de tecnologia de ponta, como as montadoras de veículos e máquinas pesadas, da aviação civil, de eletro-eletrônicos, da construção civil e metalurgia, por exemplo. O setor financeiro é um dos mais avançados do mundo (não sei se para a felicidade ou infelicidade do povo). No campo da energia temos uma estrutura gigantesca de usinas hidroelétricas e estamos às vésperas

da auto-suficiência de produção de petróleo³⁵. Não é possível enumerar de forma exaustiva o avanço tecnológico e o crescimento econômico do País. Constata-se uma acumulação de capital talvez aquém do desejável, mas muito significativo.

Por outro lado, pelos dados do IBGE, em outubro de 2003³⁶, o País contava com 10.335.962 empresas urbanas na informalidade que ocupavam 13.830.868 trabalhadores, dentre estes, trabalhadores por conta própria, pequenos empregadores, trabalhadores sem carteira assinada e trabalhos não remunerados. Em 2004³⁷, 17,8% da população não dispunha de água encanada, 34,5% não tinha esgoto. Neste mesmo ano, segundo dados do IBGE, a taxa de analfabetismo era de 10,5% entre homens e 10,8% entre mulheres. Se acrescentarmos estes aos dados da população sem moradia digna, residindo em favelas, palafitas nas periferias urbanas e os trabalhadores rurais expulsos do campo sem trabalho, o quadro se agrava ainda mais.

Os dados disponíveis permitem constatar um brutal descompasso entre desenvolvimento econômico e social. Diante deste quadro, cabe pergunta inevitável: considerando os altíssimos níveis de trabalho e atividade informais, a taxa crescente de desemprego, a falta de oportunidade de trabalho para a população jovem, a péssima distribuição de renda e o restritivo acesso da população de baixa renda aos serviços públicos básicos, como falar em Direitos Fundamentais como cidadania, igualdade, dignidade, liberdade, direitos da personalidade, acesso à justiça etc, para esta parcela da sociedade?

"...o modelo clássico do Welfare State, tal como concebido nos seus primórdios está sofrendo revisão porque a sua evolução se faz necessária."

"As agroindústrias de produção de açúcar e álcool para combustível, de sucos de frutas e o agrobussines são a expressão da pujança agropecuária, no Brasil."

³⁵ISTO É – DINHEIRO. Petróleo 100% brasileiro, logística para a auto-suficiência. São Paulo: Editora Três, n. 1250, p. 95.

³⁶IBGE, banco de dados sobre economia informal, disponível em <http://www.ibge.gov.br>

³⁷IBGE, banco de dados sobre Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio - PINAD, <http://www.ibge.gov.br>

A conclusão é inevitável; aquilo que se convencionou denominar de “inclusão social” é pressuposto essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. E a inclusão social só se dará pela efetividade dos direitos sociais preconizados pela “Constituição Cidadã”, amparados pelo manto da imutabilidade prejudicial, contemplada no art. 60, § 4º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. *Direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 5ª edição, 1989.

_____. *Comentário contextual à Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 1ª edição, 2005.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluzo. *Direito Econômico*, São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2003.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, Brasília: UNB, 5ª ed., 2004.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra (Portugal): Almedina, 3ª edição, 2001.

_____. e VITAL MOREIRA. *Fundamentos de direito constitucional*, Coimbra (Portugal): Almedina, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 7ª edição, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Proposta para uma teoria fundamental de direito constitucional*, Teses – Direito Constitucional USP/SP – Concurso Público para cargo de Professor Titular, 2005.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: RCS Editora, 4ª edição, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Atlas, 6ª edição, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Atlas, 4ª edição, 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil, v.I*, Rio de Janeiro: Forense, 25ª edição, 2003.

PINTO MARTINS, Sérgio. *Direito do Trabalho*, São Paulo: Atlas, 19ª edição, 2004.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, Rio de Janeiro: Editora Bolshoi, 3ª edição, 1960.

RIBEIRO BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 13ª edição, 1990.

SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*, São Paulo: Revista Ltr, nº 69-11/1287, 2005.

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 1ª edição. 2003.

BOLETIM INFORMATIVO, Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região-Campinas/SP, Ano I, nº 05- dezembro, 2005.

“...a inclusão social só se dará pela efetividade dos direitos sociais preconizados pela “Constituição Cidadã”, amparados pelo manto da imutabilidade prejudicial...”