



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

GUILHERME GONÇALVES DE SOUZA

O ESTADO COMO AGENTE PROMOTOR DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

SOUSA - PB
2010

GUILHERME GONÇALVES DE SOUZA

O ESTADO COMO AGENTE PROMOTOR DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Marcia Glebyane Maciel Quirino.

SOUSA - PB
2010

GUILHERME GONÇALVES DE SOUZA

O ESTADO COMO AGENTE PROMOTOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
TRABALHADOR

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. MSc Marcia Glebyane
Maciel Quirino

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: 16 de junho de 2010.

Prof^a. MSc. Marcia Glebyane Maciel Quirino
Orientadora

Prof^a. MSc Jacyara Farias Souza
Examinador

Prof. MSc Loudermário Ramos de Araújo
Examinador

Aos meus pais Erinaldo e Maria D'ark,
pela educação dada, herança de valor
inestimável.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelo dom da vida.

Aos meus pais, Erinaldo e Maria D'ark, que sempre acreditaram em mim, e cujo amor e carinho foram indispensáveis para essa minha conquista.

Aos meus irmãos, Fabrício e Heloíza, pelo incentivo e apoio que recebi deles.

Aos demais familiares que, de uma forma ou de outra, sempre acreditaram em meu potencial.

À Edna Cleide, minha namorada, pela confiança que deposita em mim, e pelo amor e compreensão nos momentos em que mais precisei.

Aos meus colegas de turma, pelos momentos em que me proporcionaram enriquecimento jurídico e pessoal.

A César Patrício pela verdadeira amizade que levarei para além dos muros da universidade.

À Juíza do Trabalho, Dra. Maria Lílian, pelo auxílio que me foi prestado, contribuindo para a consecução deste trabalho.

Aos servidores da Vara do Trabalho de Cajazeiras, onde estagiei por dois anos, pelos ensinamentos que serão de suma importância para minha vida profissional.

À Márcia Glebyane, minha orientadora, pela solicitude.

Aos demais professores pela minha formação acadêmica.

E a todos os funcionários deste CCJS que, de forma direta ou indireta, contribuíram nesta minha caminhada.

“A nova cultura começa quando o
trabalhador e o trabalho são tratados com
respeito”.

Máximo Gorki

RESUMO

Os direitos trabalhistas e a conseqüente exploração ao trabalhador são temas que, apesar de não serem tão atuais, se revelam de muita importância, tendo em vista a complexidade existente nas relações de trabalho. Por sua vez na esfera de atuação do Estado se inclui a proteção jurídica e social dessas relações. Quais seriam, então, as atuações estatais capazes de dar uma maior eficácia aos direitos fundamentais do trabalhador? Nisso, o objetivo do trabalho é identificar o papel do Estado na promoção desses direitos, delimitando a atuação de seus poderes, e averiguando a importância dessas ações estatais para a consolidação dos direitos fundamentais do trabalhador. A justificativa deste trabalho está na complexidade das relações trabalhistas, devido ao aumento no número de indústrias e trabalhadores, o que fez aumentar, também, a exploração dos últimos. Foi utilizado como método de abordagem o método dedutivo. Como método de procedimento adotou-se o histórico e o monográfico. Como técnica de pesquisa utilizamos a documentação indireta, fazendo-se pesquisas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. A valorização do trabalho humano foi elevada pela constituição como princípio que norteará a ordem econômica, não obstante o seu cunho neoliberal. As normas de proteção aos trabalhadores se revelam de eficácia imediata. Com isso, o Estado deverá dar a efetividade de que essas normas necessitam para que elas amparem, de imediato, as relações laborais. Para conseguir tal efetividade atuará em diferentes funções, através das três esferas de poder: Executivo, Legislativo e Judiciário. O Estado apresenta-se como o principal agente capaz de promover os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Palavras-chave: Estado. Economia. Proteção e valorização do trabalho. Direitos fundamentais do trabalhador.

ABSTRACT

Labor rights and the consequent employee exploitation are issues that, although not so current, have great importance, especially considering the complexities that exist in labor relations. Looking into the sphere of State action, is its responsible the protection of these legal and social relations. What, then, would be the State actions able to provide greater efficiency to the fundamental rights of the worker? Regarding that, the main purpose of this paper is to identify the role of government in promoting these rights, limiting the performance of his powers, and investigating the importance of these state actions to consolidate the fundamental rights of the worker. The justification for this work is the complexity of labor relations, due to the increase in the number of industries and workers, which has increased, too, the employee exploitation. Was used as a method to approach the deductive method. As a method of procedure we adopted the historical and the monograph. The research technique used was the indirect documentation, by making research literature, legislation and case law. The value of human labor was elevated by the Constitution as a principle that will guide the economic order, despite its neoliberal bias. Protection rules for workers are proving effective immediately. So, the State must give the effectiveness of these standards need to allow them to support, immediately, industrial relations. To achieve such effectiveness should act in different roles through the three spheres of government: Executive, Legislative and Judicial. The state arises itself as the principal agent capable of promoting the fundamental rights of workers.

Keywords: State. Economy. Protection and enhancement of work. Worker's fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ESTADO E ECONOMIA NO SÉCULO XX	12
2.1 A ECONOMIA CAPITALISTA NO SÉCULO XX: UMA LINHA INTRODUTÓRIA.....	12
2.1.1 Os sistemas de produção capitalistas no Brasil	13
2.1.2 As crises do capitalismo	16
2.2 A ORDEM ECONÔMICA DO ESTADO	21
2.2.1 A ordem econômica na Constituição Federal de 1988.....	22
2.2.2 Princípios inerentes à ordem econômica do Estado brasileiro.....	25
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR	26
3.1 AS GERAÇÕES (DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
3.2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
3.3 O CATÁLOGO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	29
3.4.1 Direitos fundamentais formais e materiais.....	31
3.4.2 Direitos fundamentais fora do catálogo constitucional.....	32
3.5 TIPOS (ESPÉCIES) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	33
3.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	35
3.6.1 Os direitos do trabalhador na Constituição Federal de 1988.....	36
3.6.2 Princípio da proteção ao trabalhador	37
3.7 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR.....	38
3.7.1 Da eficácia dos direitos fundamentais	38
3.7.2 Eficácia da proteção ao trabalhador	40
4 O ESTADO COMO AGENTE PROMOTOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR	41
4.1 DIREITOS DO TRABALHADOR NO PLANO INTERNACIONAL.....	41
4.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR E SEU ESCUDO NORMATIVO.....	43
4.3 PONDERAÇÃO NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR.....	44
4.3.1 Princípio da proporcionalidade	45

4.3.2 Precedência <i>prima facie</i>	46
4.4 A PROTEÇÃO PROCESSUAL DO TRABALHADOR	48
4.5 SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIREITOS TRABALHISTAS	51
4.6 POLÍTICAS PÚBLICAS	52
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

A exploração do trabalho humano não é um assunto inovador, ao contrário, muitas teorias já foram criadas na tentativa de sanar tal problema social. Entretanto, um tema tão antigo não é ultrapassado, tendo em vista as dificuldades que envolvem as relações laborais. Atualmente os direitos trabalhistas têm garantido seu *status* de direito fundamental nas constituições contemporâneas. Desse modo, o papel do Estado como promotor do bem público, inclui a proteção jurídica e social necessária para as relações laborais. Mas, até que ponto pode o Estado atuar em busca da promoção dos direitos fundamentais do trabalho?

Num contexto histórico, fruto de uma luta incessante, o direito do trabalhador percorre um longo caminho para ser garantido constitucionalmente. Com o surgimento do capitalismo e seus modos de produção o trabalhador passou a ser, cada vez mais, explorado, o que gerava uma grande desigualdade social, devido, também, a uma má distribuição de renda.

Os trabalhadores começaram a reivindicar seus direitos, surgindo, com isso, as lutas de classe e os sindicatos, importantes meios que fizeram com que os direitos fundamentais do trabalhador conquistassem, continuamente, seu espaço, que, a cada dia, vem crescendo.

Nesse diapasão, a problemática deste trabalho consiste em saber qual o papel do Estado na promoção dos direitos fundamentais do trabalhador. Podemos indagar o seguinte: quais as atuações do Estado que se prestarão a dar mais eficácia a tais direitos?

Nisso, busca-se como objetivo geral identificar o papel do Estado na promoção dos direitos fundamentais do trabalhador. Temos como objetivos específicos, ainda, analisar a influência da economia na organização do Estado no século XX. Buscamos verificar a ocorrência e a eficácia dos direitos fundamentais do trabalhador na CF de 1988. Procurou-se delimitar o papel dos poderes do Estado na promoção de tais direitos. E por fim objetiva-se averiguar a importância das ações estatais para a consolidação dos direitos fundamentais do trabalhador.

Justifica-se o presente trabalho pelo fato de haver uma certa complexidade nas relações trabalhistas, havendo uma real necessidade em se dar maior proteção a elas. Houve um aumento considerável de relações de trabalho devido ao

crescimento de indústrias e de trabalhadores, houve também um aumento assustador no que tange a lesão aos direitos trabalhistas. Portanto, se faz necessário, também, um crescimento das ações que objetivem a proteção dos mesmos.

Para a produção deste trabalho foi utilizado como método de abordagem o método dedutivo, onde se partiu de dados de caráter geral, que poderão ser aplicados a casos particulares. Como método de procedimento adotou-se o histórico e o monográfico. No tocante às técnicas de pesquisa utilizamos a documentação indireta, fazendo-se pesquisas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

No capítulo Estado e Economia no século XX buscou-se mostrar de que forma o capitalismo influenciou os modos de produção praticados aqui no Brasil, fazendo-se uma abordagem de um ponto de vista globalizado. Falou-se sobre a ordem econômica na nossa Constituição de 1988, e como o Estado age em relação ao mercado.

No capítulo Direitos Fundamentais do Trabalhador fizemos uma exposição sobre o surgimento e finalidades dos direitos fundamentais, abordando, ainda sua relação com os direitos humanos e seu catálogo constitucional na CF de 1988. Foi exposto, na seqüência, os direitos fundamentais do trabalhador e a eficácia dessas normas no ordenamento jurídico vigente.

Por fim, no capítulo O Estado como agente promotor dos direitos fundamentais do trabalhador, buscou-se mostrar as formas de que o Estado dispõe para promover esses direitos, delimitando sua atuação no âmbito dos três poderes. Em alguns momentos procurou-se sugerir idéias para que o Estado pudesse chegar a uma maior efetividade dessas normas.

2 ESTADO E ECONOMIA NO SÉCULO XX

Durante todo o séc. XX as ações estatais estiveram fortemente atreladas às mudanças econômicas. O Estado econômico influenciou ações bélicas, diplomáticas, jurídicas, políticas e sociais. E, como não poderia deixar de ser, houve uma ampla interferência também nos direitos fundamentais do trabalhador. Sendo assim, para estudar os direitos trabalhistas é preciso rever as oscilações da economia e as mudanças na concepção do Estado nos últimos anos.

2.1 A ECONOMIA CAPITALISTA NO SÉCULO XX: UMA LINHA INTRODUTÓRIA

O capitalismo, numa visão global, surgiu no período da Primeira Revolução Industrial (1780-1820). As grandes indústrias se fizeram presentes, juntamente com o aparecimento da máquina a vapor. Em decorrência disso era necessária a contratação de uma grande quantidade de mão-de-obra, o que tornou o trabalho um instrumento de compra e venda, na visão dada por Amorim. “Ambos, capitalista e trabalhador, atuam no mercado privado por força de um contrato de compra e venda da mão-de-obra, no livre exercício de suas liberdades individuais, garantidas como fundamento último do Estado de Direito”.¹ Essas liberdades eram voltadas, não para os trabalhadores, e sim, para os capitalistas. Mais a frente se veria um certo limite ao exercício dessas liberdades, estabelecendo-se garantias mínimas em prol do trabalhador, até então “desprovido” de tais benesses.

O advento da Segunda Revolução Industrial, no final do século XIX, e sua máquina movida à eletricidade agravaram ainda mais a situação dos trabalhadores. A mão-de-obra passou a ser facilmente descartada e acelerou-se o processo de centralização das indústrias. Assim, foi se formando, principalmente ao redor dos grandes centros urbanos, uma população que, vivendo em péssimas condições de vida, em suas casas e no trabalho, fez agravar as lutas de classes.

¹ AMORIM, Helder Santos. *A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 24.

As lutas de classes, juntamente com as organizações sindicais, se apresentavam como uma ameaça ao sistema capitalista. Produto disso foram as conquistas dos primeiros regramentos de fábrica; das leis de proteção ao trabalhador; das condições mínimas de remuneração e de jornadas de trabalho; da proteção à saúde, à segurança etc.²

Essas lutas de classes foram de suma importância, na medida em que foram determinantes também para que os direitos dos trabalhadores se desenvolvessem e pudessem chegar ao patamar em que se encontram nos dias atuais.

No século XX pudemos encontrar o intervencionismo estatal como uma maneira de resguardar aos trabalhadores condições dignas de trabalho. Primeiramente esse intervencionismo era de cunho liberal, dando-se proteção apenas ao mercado e à economia de forma geral, beneficiando, notadamente, o capitalista, aquele que explora. Porém, num segundo momento, o Estado interveio para ajudar o trabalhador explorado, as vítimas do acúmulo capitalista. Esse intervencionismo era de índole social, garantindo-se uma vida laboral, e até mesmo familiar, mais justa.

Vale frisar que, neste momento, o Estado é quem ficou comprometido de assegurar os direitos sociais aos trabalhadores, diferentemente daquelas normas protetivas do trabalho, referidas bem antes, que eram concedidas pelo próprio empregador. Era crescente a preocupação capitalista em virtude do aparecimento das lutas de classes e formação das organizações sindicais.

Numa visão mais delimitada, passemos, a seguir, a nos ater ao desenvolvimento do sistema capitalista no Brasil, em especial ao regime de produção aqui praticado, dando ênfase às modificações ocorridas, os motivos para tanto, e à própria globalização como fenômeno influenciador e determinante para o sistema de produção.

2.1.1 Os sistemas de produção capitalistas no Brasil

² AMORIM, Op. cit., p. 16.

O auge do modo fordista de produção no Brasil se deu entre as décadas de 50 e 80. Essa época foi marcada pela grande exploração da mão-de-obra, e pela produção em massa de mercadorias. Eram pagos baixíssimos salários em recompensa a longas jornadas de trabalho, que eram laboradas em péssimas condições.

Em compensação a tamanha exploração, a oferta de emprego era muito grande, pois eram necessários muitos trabalhadores a fim de garantir os altos fluxos da produção industrial (produção em massa).

A indústria era verticalizada, e compreendia todas as etapas do processo de produção. A fragmentação do trabalho tornava-o extremamente mecânico, ficando cada trabalhador responsável por apenas uma pequena parte da cadeia produtiva. Chegando-se a comparar o trabalhador à continuação da própria máquina, mostrando com isso a fácil descartabilidade do mesmo. A propósito, Cavalcante faz pertinente observação: "ocorre a conversão do trabalho operário em apêndice da máquina-ferramenta à disposição do capital".³

Esta fragmentação do trabalho já denota os traços do sistema taylorista, o qual se desenvolveu de forma a complementar o sistema fordista por volta da década de 70. Acrescenta-se à fragmentação do trabalho a máxima produtividade e a rigorosidade com o tempo.

O taylorismo, método científico de organização do trabalho concebido por *Taylor*, visava à obtenção da máxima produtividade do trabalho por meio da decomposição de cada processo de trabalho em movimentos rigidamente estudados e previstos, e da organização e execução das tarefas fragmentadas conforme rígidos padrões de tempo e movimento, separando-se o trabalho intelectual do trabalho manual e repetitivo.⁴

Por volta da década de 80, o sistema de produção capitalista, até então presente no país, começou a passar por um processo de transição. Novos métodos de organização do trabalho, e também novas tecnologias foram surgindo, fazendo com que o modo fordista e taylorista de produção fosse perdendo espaço.

Na primeira metade da década de 80 houve a modificação dos padrões organizacionais do trabalho, ao qual nos referimos no parágrafo supra. Dentre as

³ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. *Jurisdição, Direitos sociais e Proteção do Trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 31.

⁴ AMORIM, Op. cit., p. 25.

modificações tivemos a “diminuição do contingente de trabalhadores, intensificação da jornada de trabalho dos empregados, surgimento dos CCQs (Círculos de Controle de qualidade) e dos sistemas de produção *just-in-time*⁵ e *kanban*”⁶. Percebe-se que se pretendia uma maior produção (e de qualidade) com utilização de menor recurso humano. Buscava-se, neste período, como sempre, a maximização dos lucros.

Na segunda metade da década de 80 o processo de modificação foi no tocante à tecnologia. Nesta época houve a extensão da utilização da automação industrial de base microeletrônica.⁷ Operou-se um grande avanço na área tecnológica que se segue nos dias atuais.

O referido período de transição abordado acima é justamente o que antecede o sistema de produção toyotista. Poderíamos dizer que tal período seria uma espécie de pré-toyotismo. Nele podemos ver as “primeiras chamadas” das características encontradas no sistema toyotista, como veremos a seguir.

Trata-se de um modelo produtivo voltado ao atendimento das exigências individualizadas e oscilantes do novo mercado consumidor globalizado, em ambiente de rigorosa competitividade, destituídos de protecionismos estatais, o que desafia uma produção bastante variada, heterogênea e de baixo custo, fundada no princípio do *just in time*: a produção é determinada pelos níveis de demanda, em tempo real; para isso, os estoques são reduzidos ao mínimo possível e até a matéria-prima é adquirida conforme a necessidade do cliente; o trabalho humano, por conseguinte, também é limitado ao estritamente necessário em cada tempo, conforme a demanda, o que pressupõe formas flexíveis de contratação, como o trabalho temporário, trabalho *part-time* etc., determinando uma grande flutuação da mão-de-obra.⁸

Dá-se nesse período um enfoque maior às demandas mais individualizadas, dando-se ênfase à questão da qualidade, diferentemente da época do fordismo onde a produção era padronizada e não havia a preocupação em satisfazer as necessidades individuais de cada consumidor.

⁵ O *just-in-time* é um sistema baseado na produção em ritmo acelerado, com o intuito de aumentar a produção. Já o *kanban* é um sistema em que são utilizadas placas e senhas para reposição de peças, reduzindo o estoque.

⁶ CAVALCANTE, Op. cit., p. 32.

⁷ CAVALCANTE, Op. cit., p. 32.

⁸ AMORIM, Op. cit., p. 31.

Procurava-se aumentar a produtividade dos produtos, sem que com isso se comprometesse a qualidade. O trabalho era feito em equipe, e os trabalhadores participavam de várias etapas do processo de produção.

A estrutura industrial, que antes era verticalizada, passa a ser horizontal. Através dessa horizontalização a indústria passou a descentralizar a maioria de suas etapas produtivas, destinando-se apenas a sua atividade principal. Com isso houve um enxugamento do quadro de trabalhadores, proporcionando um elevado índice de desemprego.

Passou-se a utilizar a terceirização como forma de descentralizar boa parte das etapas de produção, o que desfavorece em muito o trabalhador. “A título de ilustração, os trabalhadores da Toyota trabalham em torno de 2.300 horas por ano, ao passo que os trabalhadores das empresas subcontratadas chegam a trabalhar 2.800 horas”.⁹

Um dos principais fatores responsáveis por essa mudança foi o advento da Terceira Revolução Industrial marcada pelo fortalecimento da informática e das telecomunicações. Modernas técnicas, como a informatização da produção, a título exemplificativo, foram cruciais para modificações na maneira de se produzir. Surge o fenômeno, tão conhecido, chamado globalização.

Mas, a história do capitalismo no século XX não se resume apenas em mudanças de produção e revoluções industriais, as crises do capitalismo também chamam a atenção para as relações laborais, e se destacam no último século.

2.1.2 As crises do capitalismo

As crises do capitalismo no século XX apresentam um fator determinante - não obstante a já refutada crise no modelo fordista de produção -, qual seja o tratamento dado à economia, ou ainda, a melhor ideologia a ser seguida, a que melhor a protege. E vamos mais além com a seguinte pergunta: a essa proteção da economia incluem-se a dos trabalhadores e a das pessoas como um todo, ou estar-

⁹ ANTUNES, Ricardo apud CAVALCANTE, Op. cit., p. 35.

se-ia a resguardar apenas os direitos dos detentores do capital, os capitalistas, exploradores?

A primeira grande crise capitalista do séc. XX ocorreu no ensejo da Grande Depressão em 1929, quando a ideologia de Keynes surgiu como importante solução. Em sua proposta era necessário que o estado interviesse em defesa do capitalismo, fragilizado com o momento de quebra do *laissez-faire*. A teoria liberal de total liberdade para o mercado não era suficiente na crise. O Estado que deveria estar alheio à economia, agora era o único que podia salvar a economia da crise que o mercado autônomo gerou. Era um momento em que iam se conquistando os direitos ao sufrágio, direitos de associação, de liberdade sindical, entre outros.¹⁰ Começava a surgir ao lado do Estado interventor o Welfare State, baseado na doutrina do estado de bem-estar.

Como dito, o Welfare State, com a conseqüente intervenção estatal, veio em defesa do capital. Conforme Grau “embora a estatização e o intervencionismo estatal do domínio econômico possam aqui ou ali contrariar os *interesses de um ou outro capitalista*, serão sempre adequados e coerentes com os *interesses do capitalismo*”.¹¹

Nos momentos de crise do capitalismo - a exemplo da Grande Depressão - a intervenção estatal, assegurando direitos sociais, serve para dar estabilidade à economia capitalista. Avelãs Nunes avisa que para que isto ocorra

é necessário que os desempregados não percam todo o seu poder de compra (daí o subsídio de desemprego), que os doentes e inválidos recebam algum dinheiro para gastar (subsídios de doença e de invalidez), que os idosos não percam o seu rendimento quando deixam de trabalhar (daí o regime de aposentação, com a correspondente pensão de reforma).¹²

Um ponto crucial, no tocante a tal ideologia, é a questão do desemprego. Para os neoliberais – doutrina que surgiu nos EUA com o fim da Segunda Guerra Mundial -, em sua teoria de retorno a um livre mercado, o desemprego seria algo natural. Seria sempre voluntário. “Se o mercado de trabalho funcionar sem entraves, quando a oferta de mão-de-obra for superior à sua procura o preço da mão-de-obra

¹⁰ NUNES, Antônio José Avelãs. *Neo-liberalismo Capitalismo e Democracia*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas XVI, 2003, p. 17.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica no Constituição de 1988*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42.

¹² NUNES, Op. cit., p. 24 e 25.

(salário) baixará até que os empregadores voltem a considerar rentável contratar mais trabalhadores”.(grifo nosso)¹³ O voluntarismo no desemprego seria justamente a escolha em permanecer sem trabalhar, por qualquer outro motivo, menos por falta de emprego.

A expressão “entraves” - presente na lição supra de Nunes - se refere às ações estatais, proclamadas no keynesianismo. Sem esses entraves seria possível fortalecer o mercado.

Mas quem estaria se beneficiando disso tudo: os trabalhadores com a única opção de trabalhar a baixos salários, permanecendo na situação de explorado; ou os próprios detentores do capital - detentores das propriedades – que cada vez mais veriam seus lucros se maximizarem? A resposta já é dada com a própria pergunta.

Recorda-me-ão que, no conjunto dos países da OCDE, cerca de cem milhões de pessoas vivem abaixo do limiar da pobreza. Recorda-me-ão que as desigualdades entre pobres e ricos à escala mundial têm vindo a aumentar acentuadamente. Recorda-me-ão que, no ‘paraíso americano’, o *american way of life* significa que os 20% mais ricos arrecadam 49,2% do rendimento, cabendo aos 20% mais pobres apenas 3,6%. Recorda-me-ão que 300 milhões de crianças sofrem diariamente a mais brutal violência física e moral. Recorda-me-ão que aumenta sem cessar o número dos excluídos.¹⁴

Diante de tais anotações fica difícil não se procurar proteger aquela classe que cada vez mais é excluída. Com isso, importante se faz a presença do Estado na vida social dos indivíduos, um estado interventor, que se insere na economia de mercado, promotor de ações públicas que visam o bem-estar.

Porém, se faz necessário frisarmos, existem críticas ao modelo interventivo do estado, o qual é dotado de fundamento. Ao falar sobre o princípio da responsabilidade coletiva (baseado na proposta de Keynes), Milton Friedman aponta para as desvantagens dos programas de segurança social:

O maior de todos os seus males é o efeito maligno que exercem sobre a estrutura da nossa sociedade. Eles enfraquecem os alicerces da família; reduzem o incentivo para o trabalho, a poupança e a inovação; diminuem a

¹³ NUNES, Antônio José Avelãs. *Neo-liberalismo Capitalismo e Democracia*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas XVI, 2003, p. 9.

¹⁴ NUNES, Antônio José Avelãs. *Neo-liberalismo Globalização e Desenvolvimento Econômico*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas XVI, 2002, p. 64 e 65.

acumulação do capital; e limitam a nossa liberdade. Esses são os principais factores que devem ser julgados.¹⁵

Absorve-se do exposto acima que a ideologia defendida por Keynes (keynesianismo) se baseia no estado-interventor, que tem por função equilibrar a economia. Os keynesianos “consideram necessário que o estado assuma funções complexas no domínio da promoção do desenvolvimento econômico, do combate ao desemprego e da promoção do pleno emprego, da redistribuição do rendimento e da segurança social”.¹⁶

Por sua vez, a doutrina chamada de neo-liberalismo surgiu após o fim da Segunda Guerra Mundial, nos EUA, através da liberalização dos movimentos de capitais.¹⁷ Essa ideologia afirmava, como já ficou entendido anteriormente, que o mercado deveria ser livre, e que qualquer intervenção estatal estaria infringindo as liberdades individuais das pessoas. “Os neo-liberais excluem da esfera de responsabilidade do estado as questões atinentes à justiça social, cometendo-lhe apenas a tarefa de garantir a liberdade individual, que asseguraria a todos a igualdade de oportunidades”.¹⁸

Passado alguns anos, no início da década de 70, o capitalismo passaria por uma nova mudança. A crise no modelo do *welfare state* adveio, principalmente pela alta onerosidade para os cofres públicos, e também por conta da burocratização que passou a existir na condução da máquina estatal.

Outro fator decisivo para tal mudança foi a ocorrência da estagflação¹⁹, aproveitando-se com isso os neoliberais, já que os keynesianos, surpreendidos com tal fato, ficaram desorientados.²⁰

Vale aqui salientar que, a crise ocorrida no *welfare state* não veio por fim ao capitalismo, apenas fez com que ele (o capitalismo), mais uma vez, passasse por mudanças para novamente se fortalecer. A propósito, temos como exemplo a

¹⁵ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose apud NUNES, Antônio José Avelãs. *Neo-liberalismo Capitalismo e Democracia*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas XVI, 2003, p. 30.

¹⁶ NUNES, Antônio José Avelãs. *Neo-liberalismo Globalização e Desenvolvimento Econômico*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas XVI, 2002, p. 11.

¹⁷ NUNES, Op. cit., p. 3.

¹⁸ NUNES, Op. cit., p. 11.

¹⁹ No dizer de Avelãs Nunes, a estagflação caracterizava-se por um ritmo acentuado de subida dos preços (inflação crescente), a par de (e apesar de) uma taxa de desemprego relativamente elevada e crescente e de taxas decrescentes (por vezes nulas) de crescimento do PNB.

²⁰ NUNES, Op. cit., p. 7.

transição do fordismo para o toyotismo, que foi, nada menos que, uma forma do capitalismo se adaptar às mudanças ocorridas no mundo globalizado.

O capitalismo é portador de uma vigorosa virtude - a virtude da transformação. Ele não apenas se preserva, de modo a assegurar a possibilidade de reprodução das relações capitalistas, plasmando um mundo à sua própria imagem, mas também se encontra permanentemente em processo de transformação.²¹

A globalização, como já afirmado, foi um vetor para que houvesse considerável mudança no modo de produção capitalista. Da mesma forma como ocorreu com a crise no estado-interventor, ocorre aqui também. O sistema capitalista, novamente estruturado, proporcionou grandes benefícios para a economia. Ocorreu o que se chama de internacionalização do mercado. "A globalização traz inúmeros benefícios para o homem, sendo de se citar a facilidade com que se consegue um medicamento europeu ou aparelho eletrônico japonês por um simples teclar pela *internet*".²²

Em oposição sabemos que essa internacionalização traz prejuízos no campo do trabalho. Em linhas mais claras, o maior beneficiado é o globalizador, que aufere vantagem financeira. Já o globalizado, geralmente o trabalhador explorado, a parte hipossuficiente, permanece em seu contexto de miserabilidade.

"A globalização é ainda um jogo sem regras; uma partida disputada sem arbitragem, onde só os gigantes, os grandes quadros da economia mundial, auferem as maiores vantagens e padecem os menores sacrifícios".²³

A *globalização* ameaça a sociedade civil, na medida em que: (i) está associada a novos tipos de exclusão social, gerando um subproletariado (*underclass*), em parte constituído por marginalizados em função da raça, nacionalidade, religião ou outro sinal distintivo; (ii) instala uma contínua e crescente competição entre os indivíduos; (iii) conduz à destruição do serviço público (= destruição do espaço público e declínio dos valores do serviço por ele veiculados). Enfim, a *globalização*, na fusão de competição global e de desintegração social, compromete a liberdade.²⁴

Diante de tais prejuízos oriundos do fenômeno da globalização, não obstante as características positivas observadas, se faz necessário que o capitalismo use de

²¹ GRAU, Op. cit., p. 56.

²² CAVALCANTE, Op. cit., p. 39.

²³ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade*, com ênfases no Federalismo das Regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 283.

²⁴ GRAU, Op. cit., p. 49.

seu poder de adequação, de transformação. É preciso adotar uma ideologia baseada em um projeto político, na democratização da economia.

Só assim, fazendo prevalecer a política sobre as pretensas 'leis naturais' do mercado ou da economia é possível impedir que a globalização neo-liberal, de uma *armadilha para a democracia* (H.-P. Martin e H. Schumann), que já é, se transforme em instrumento de *morte da democracia*.²⁵

Interessante seria a proposta dada por Paulo Bonavides, tratando de uma globalização política, de caráter libertatório.

É de se assinalar mais uma vez que o futuro, resolvendo a crise, nascerá da globalização política; mas unicamente se esta caminhar pela trilha da democracia, distanciada do espaço teórico e metafísico onde a função democrática constitui mero valor abstrato, sem fio de contato com a realidade concreta e sem arrimo na *práxis* cotidiana da cidadania. Com efeito, a cidadania há de ser compreendida invariavelmente no cenário da globalização política como sujeito ativo e soberano da vontade governativa em todos os graus.²⁶

É através dessa globalização política, marcada pela forte presença de uma cidadania bem exercida, que nos faz pensar, realmente, em um sistema econômico mais efetivo e concreto.

Com isso, analisemos a ordem econômica do Estado, importante conteúdo que nos fará entender como funciona a economia, que deverá ser voltada para o progresso social.

2.2 A ORDEM ECONÔMICA DO ESTADO

No estágio do mundo atual é muito delicado o rumo que é dado à economia. Rumo dado por quem? Isso também é importante perguntarmos.

²⁵ NUNES, Antônio José Avelãs. *Neo-liberalismo Globalização e Desenvolvimento Econômico*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas XVI, 2002, p. 67.

²⁶ BONAVIDES, Op. cit., p. 285.

Tais questionamentos nos dirigem para o próprio direito à vida. Devemos saber o que é realmente essencial à vida, e fazer com que esses bens não sejam tratados às cegas dentro do ramo econômico.²⁷

Nisso é de suma importância o estabelecimento de uma ordem econômica em um Estado. Vimos um pouco antes propostas oriundas tanto da ideologia neoliberal como da keynesiana. Urge então, que, seja feito um levantamento (uma escolha) de que método seria o apropriado para atender e acompanhar o retrato do desenvolvimento econômico por que passa determinado Estado.

2.2.1 A ordem econômica na Constituição Federal de 1988

Ao iniciar o tema, é bom frisarmos que a Constituição anterior à atual (CF/67 e 69) teve cunho marcadamente “exterminativo” quanto às liberdades individuais, agravadas pelos fatos ocorridos naquela época, oriundos da instauração da ditadura militar. Porém, - atente-se para este fato - economicamente o país crescia vertiginosamente. Em decorrência do modelo econômico da substituição de importações²⁸, a indústria e comércio nacional recebiam incentivos fiscais que permitiam um protecionismo aos produtos nacionais.

A Carta de 1988 apresenta o princípio da ordem econômica e dentro da ótica sob o qual é voltado esse estudo, temos o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. Tais fundamentos da ordem econômica, continua com a concepção capitalista já existente nas Constituições anteriores, mas, dessa vez, de forma mais enfática.

Diante de tais liberdades citadas, percebe-se um caráter neoliberal, baseado na abertura da economia. Tal caráter veio a se delinear ainda mais quando da aprovação da EC 5/95, que admitiu a concessão dos serviços locais de gás canalizado a empresa privada, e substituiu a expressão **com exclusividade de**

²⁷ NUNES, Op. cit., p. 36.

²⁸ O modelo da substituição de importações consistiu no fechamento do mercado externo com o intuito de se fazer com que o próprio país produzisse os bens de que a população necessitasse, fazendo com que a economia interna se fortalecesse, o que resultou em altos índices de crescimento econômico interno.

distribuição pela expressão *na forma da lei*.²⁹ A prestação anteriormente cabia unicamente a empresa estatal.³⁰

Porém, pairam muitas dúvidas quanto ao modelo econômico adotado pela nossa CF/88, uma vez que, apesar dela assegurar a livre iniciativa e a livre concorrência, e ainda privatizar alguns serviços, apresenta algumas medidas de cautela, a exemplo do art.173 e 174. O art.173 nos diz que “ressalvado os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos **imperativos da segurança nacional** ou a **relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei”. No art.174 temos que “como **agente normativo e regulador da atividade econômica**, o Estado exercerá, na forma da lei, as **funções de fiscalização, incentivo e planejamento**, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Diante de tais incertezas, quanto ao modelo econômico adotado pela CF/88, alguns doutrinadores argumentam o que realmente a nossa Constituição diz a respeito.

Miguel Reale nos traz um “meio-termo” dizendo que

à luz do que as suas disposições enunciam, estou convencido de que a Carta Magna, ora em vigor, optou por uma posição intermediária entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado, e o dirigismo estatal. Dir-se-ia – prossegue – que sua posição corresponde à do neoliberalismo ou social-liberalismo, o único, a meu ver, compatível com os problemas existenciais de nosso tempo.³¹

É preciso ter cuidado quanto ao preceito do art.174, que prevê a fiscalização, incentivo e planejamento, por parte do Estado, pois “será fácil haver uma distorção dessas diretrizes, convertendo-se fiscalização em interferência sistêmica; incentivo em favorecimento e planejamento indicativo em programa obliquamente compulsórios”.³² Ainda sobre o art. 174 note-se que após fazer referência ao planejamento é dito: “sendo este determinante para o setor público e indicativo para

²⁹ Art. 25, §2º da CF/88 (antes da emenda 5/95): “Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado”.

³⁰ GRAU, Op. cit., p. 177.

³¹ REALE, Miguel apud GRAU, Op. cit., p. 181.

³² REALE, Miguel apud GRAU, Op. cit., p. 182-183.

o setor privado". Então resta claro que não há a função de vinculação para o setor privado.

Reale ainda explica que no projeto inicial da Constituição eram atribuídas funções de *controle*, fiscalização, incentivo e planejamento, sendo que o legislador retirou do texto a expressão 'controle', dando a entender que não tinha intenção nenhuma em fazer com que o Estado tivesse uma intervenção atrelando o setor privado. A intervenção se dará apenas em caráter excepcional.³³

Outro fundamento da ordem econômica, ainda não citado, mas que é de superior importância, e a valorização do trabalho humano. "Embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado".³⁴ Podemos então afirmar que o Estado poderá intervir na economia para assegurar a valorização do trabalho humano, fundamento superior que é. A Constituição admite a ação fiscalizadora do Estado "apenas quando vise impedir o aumento arbitrário dos lucros e fixar e apurar as responsabilidades de empresas e empresários nos atos atentatórios contra a ordem econômico-financeira e a economia popular".³⁵

Cabe ainda fazer referência, e distinção, ao dirigismo e intervencionismo estatal. O intervencionismo estatal é perfeitamente possível e preciso, como já vimos, já o dirigismo é ofensa a atual ordem econômica.

O intervencionismo não se fez contra o mercado, mas a seu favor.[...] Distinto do intervencionismo é, neste sentido, o dirigismo econômico, próprio das economias de planificação compulsória, e que pressupõe a propriedade estatal dos meios de produção, a coletivização das culturas agropecuárias e o papel do Estado como agente centralizador das decisões econômicas de formação de preços e fixação de objetivos.³⁶

Ferraz Junior continua diferenciando intervencionismo e dirigismo da seguinte forma: "O primeiro é atitude flexível, que visa a estimular o mercado e a definir as regras do jogo. Já o segundo se caracteriza por uma atitude rígida, que impõe autoritariamente certos comportamentos".³⁷

³³ REALE, Miguel apud GRAU, Op. cit., p. 183.

³⁴ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 754.

³⁵ REALE, Miguel apud GRAU, Op. cit., p. 183.

³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio apud GRAU, Op. cit., p. 186.

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio apud GRAU, Op. cit., p. 188.

São inúmeras as discussões acerca desse tema, deixo aqui as mais relevantes. Imperioso é deixar claro que a nova Constituição evoluiu bastante em assegurar a livre iniciativa, direcionando-se cada vez para o liberalismo. É, sem dúvida, um grande avanço para a economia do país.

Porém, como já afirmado, e vale o esforço em repisar, o que deve prevalecer sempre é a valorização do trabalho humano, a dignidade da pessoa humana, do trabalhador, a busca do pleno emprego, entre outros.

2.2.2 Princípios inerentes à ordem econômica do Estado brasileiro

A Constituição de 1988 traz em seu bojo princípios basilares que nortearão a ordem econômica de nosso Estado. Não estão presentes apenas no capítulo destinado à ordem econômica, mas também nos próprios princípios básicos de todo o ordenamento jurídico.

De início temos os **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**, presente no art. 1º, IV. No art. 170 está assim expresso: **valorização do trabalho humano e livre iniciativa**.

A **dignidade da pessoa humana** está presente no art. 1º, III. O art. 170 prevê: **assegurar a todos a existência digna**.

Dentre outros que não são expressamente previstos no capítulo da ordem econômica, temos: soberania nacional (art. 1º, I e art. 170, I); propriedade privada (art. 5º, XXII, e art. 170, II); função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III); livre concorrência (art. 170, IV); defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V); defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, VI); redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, III, e art. 170, VII); busca do pleno emprego (art. 170, VIII); e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170, IX).

Tais princípios se revelam primordiais, principalmente o da valorização do trabalho humano, peça indispensável no estudo da própria proteção dos direitos fundamentais do trabalhador.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

O surgimento da proteção ampla aos direitos fundamentais não é muito recente. Originou-se no decorrer de uma longa trajetória, onde diversos fatores se agruparam para dar o suporte básico para tais direitos. Alguns desses fatores são as idéias vindas do cristianismo e do direito natural. Contribuíram também as tradições das antigas civilizações e os pensamentos filosóficos e jurídicos.

Essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.³⁸

Percebe-se que a lógica central dos direitos fundamentais se encontrava na limitação do poder estatal, que pode ser entendido com um direito de defesa do cidadão contra os atos ilegais e arbitrários do Estado. Podemos então dizer que tal limitação constitui uma das finalidades dos direitos fundamentais. Outra finalidade é a própria liberdade do ser humano exercer seus direitos.

Ao falar sobre o assunto, J. J. Gomes Canotilho nos diz que:

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).³⁹

Faz-se oportuno ressaltar a relação da democracia com os direitos fundamentais. Aquela, igualmente a estes, tem como condão limitar o poder estatal.

Através da democracia o povo escolhe os seus representantes. Ou seja, atribui poderes a estes. Porém, tais poderes são limitados, pois existem os direitos

³⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 19.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 401.

fundamentais que irão traçar limites aos abusos que porventura seus representantes vierem a praticar.

Ao mencionar democracia, juntamente com direitos do homem, Bobbio deixa claro que ambos são acontecimentos do mesmo momento. Diz ele que “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; (...) Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais”.⁴⁰ Só para reforçar, os direitos fundamentais são indispensáveis para a existência da democracia, ao passo que esta se torna, também, fator indispensável para que os direitos fundamentais sejam inquestionáveis.

Faz-se importante, agora, deixar um ponto esclarecido a respeito do surgimento e permanência dos direitos fundamentais. Esses direitos não são tidos como absolutos e não passíveis de modificações. Ao contrário, os direitos fundamentais vão se moldando conforme a sociedade e os costumes vão se modificando (evoluindo). Serão reflexos do momento histórico, político e social da época.

Bobbio diz que “não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.⁴¹ Vemos, então, que os direitos fundamentais são frutos dos diversos acontecimentos que surgem.

3.1 AS GERAÇÕES (DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são divididos por boa parte dos doutrinadores em gerações. Essa denominação (gerações) vê-se em doutrinas não tão atuais, ficando a cargo das mais recentes a denominação **dimensões** dos direitos fundamentais.

A crítica que vem a ser feita em relação à denominação “gerações” é referente ao sentido que a palavra revela. A expressão gerações nos dá uma idéia de exclusão, como se uma geração viesse a excluir a outra, o que se demonstra totalmente sem sentido. Não há como existir apenas o direito de igualdade, nem

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* – nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 1.

⁴¹ BOBBIO, Op. cit., p. 18.

tampouco apenas o direito de liberdade. Ambos existirão em convivência com os demais.

Em oposição à denominação supra surgiu a expressão “dimensões”, que afastou a idéia de sucessão de direitos e nos trouxe a de acumulação. Dentre os doutrinadores que defendem a utilização dessa nomenclatura, podemos citar como principal Ingo Sarlet⁴².

Para ele, os direitos de primeira dimensão seriam os direitos dos indivíduos frente ao Estado. Seriam os direitos de defesa, caracterizados pelo não-intervencionismo estatal e por uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Nos de segunda dimensão não se cuidaria mais de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc.⁴³

Os de terceira dimensão são os de solidariedade e fraternidade. Destinam-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizam-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Estão dentro desse rol os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a qualidade de vida.⁴⁴

Por último, adotando a posição de Bonavides, Sarlet identifica a quarta geração como sendo resultado da globalização dos direitos fundamentais. Esta quarta geração seria composta pelos direitos à democracia, a ampliação da participação democrática dos cidadãos, e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo.⁴⁵

3.2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais muitas vezes são tratados como direitos humanos. Tanto se usa um termo como o outro para se referir aos direitos primeiros,

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 46-47.

⁴³ SARLET, Op. cit., p. 47.

⁴⁴ SARLET, Op. cit., p. 48.

⁴⁵ SARLET, Op. cit., p. 50-51.

essenciais à vida de cada cidadão. Cabe a nós traçarmos um breve comentário acerca da utilização de tais termos.

Apesar de os direitos humanos serem tratados, e utilizados, como direitos fundamentais, se revelam diferentes principalmente em se tratando de sua abrangência. Os direitos fundamentais na verdade fazem parte de um universo bem menor do que o dos direitos humanos.

Os direitos humanos são aqueles direitos de que o indivíduo é titular só pela razão básica de pertencer ao gênero humano.⁴⁶ Já os direitos fundamentais são aqueles direitos de que o indivíduo será titular pelo fato de o legislador constituinte ter dado a tal direito o “status” de direito fundamental, quando da elaboração da Constituição.

O termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os 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, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁴⁷

Com isso, os direitos fundamentais vêm a ser aqueles direitos positivados, inerentes a cada Estado, ou seja, cada qual tem os seus previstos nas respectivas constituições, dependendo estes do grau de importância dado pelo legislador constituinte originário.

Temos que a idéia de direitos humanos é mais ampla que a de direitos fundamentais. Aquela está em um plano internacional, servindo de paradigmas para os diversos direitos fundamentais acolhidos pelas constituições dos vários Estados. Podemos, com isso, concluir que todos os direitos fundamentais são também direitos humanos.

3.3 O CATÁLOGO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

⁴⁶ CARVALHO, Julio Marino de apud BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Injuí: Ed. Injuí, 2001, p. 95.

⁴⁷ SARLET, Op. cit., p. 29.

Os direitos fundamentais, desde seu surgimento no ordenamento jurídico, e logicamente na vida da sociedade, sempre tiveram uma grande importância. As constituições que precederam a nossa atual traziam em si os direitos fundamentais. Mas essa Constituição atual, a Constituição-cidadã, foi inovadora no tocante ao posicionamento de tais direitos no corpo constitucional. Pela primeira vez foi destinado um capítulo especial onde se inseriram tais direitos. E mais, foram dispostos no início do texto, logo após os objetivos e os princípios fundamentais, o que lhes dá uma importância ainda maior do que era dada antes.

Um grande influenciador para tal elevação dos direitos fundamentais foi o fato da Constituição de 1988 ter sido precedida de forte autoritarismo, marcado pela ditadura militar, o que fez com que o legislador tivesse uma preocupação bem maior com a defesa dos direitos dos cidadãos.⁴⁸

Os direitos fundamentais apresentados na Constituição de 1988 possuem caráter marcadamente analítico, disciplinando uma gama extensa de direitos. Neles podemos, também, constatar um forte cunho programático, deixando aberto ao legislador infraconstitucional o disciplinamento de alguns desses direitos através de programas onde se almeje a proteção e o exercício desses direitos.

Dado o seu grau de importância na nova Carta Política, os direitos fundamentais foram incluídos nas **cláusulas pétreas**, onde não podem ser objeto de emenda à Constituição.⁴⁹ Nisso, nenhum dos direitos e garantias individuais poderão ser retirados da CF/88. Caso se pretenda retirar seria necessário o advento de um novo diploma constitucional.

É de suma importância, também, o fato de os direitos fundamentais terem aplicação imediata.⁵⁰ Sendo assim, cada cidadão desde logo pode fazer uso de tais direitos imediatamente, sem que seja necessário acionar a justiça para vê-los satisfeitos.

No que se refere à disposição desses direitos na carta constitucional fazemos uma crítica. Encontramos em todos os capítulos referentes aos direitos fundamentais normas de caráter apenas organizacional, e não apenas de direitos fundamentais,

⁴⁸ SARLET, Op. cit., p. 65.

⁴⁹ CF/88 - Art. 60. §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.

⁵⁰ CF/88 - Art. 5º. §1º As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

como também normas com características de direitos fundamentais situadas fora do catálogo. Isso vem gerar uma certa dificuldade na hora de determinar se tal norma tem ou não o status de direito fundamental.⁵¹

Com isso, se faz oportuno uma ligeira abordagem acerca da fundamentalidade desses direitos.

3.4.1 Direitos fundamentais formais e materiais

Os direitos fundamentais podem ser analisados sob duas óticas. Sua fundamentalidade pode ser formal e material. O fundamento formal está relacionado com a positivação das normas dentro do rol dos direitos fundamentais. Ou seja, são fundamentais porque o legislador constituinte atribuiu àquela norma tal caráter. Já sob o prisma da fundamentalidade material temos que assim será quando a norma tem seu conteúdo essencialmente fundamental, independentemente de sua localização no texto constitucional, podendo até mesmo nem fazer parte deste.

Como dito, a fundamentalidade formal está na Constituição, que prevê, para as normas inseridas no rol dos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF/88) constituindo-se em uma forma positiva de agir, como também prevê as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV, CF/88) representando a forma negativa de agir, no qual é negada a possibilidade de abolição dos direitos fundamentais.

No tocante à fundamentalidade material, a nossa Constituição adota este posicionamento, pois leva em conta o conteúdo da norma. É expressa tal fonte de entendimento ao lermos o §2º do art. 5º de nossa Constituição. Lá vemos que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Com isso é incontestável a existência de direitos fundamentais fora do catálogo. Para reforçar, mais ainda, tal idéia citamos o §3º do mesmo art. 5º, através do qual nossa Constituição pode reconhecer direitos humanos fundamentais declarados em tratados e convenções internacionais.

⁵¹ SARLET. Op. cit., p. 68 e 69.

É evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais.⁵²

Fica claro que a conceituação dada aos direitos fundamentais, pela nossa CF/88, é de caráter material. Portanto, é preciso fazer uma abordagem acerca dos direitos fundamentais situados fora do catálogo constitucional.

3.4.2 Direitos fundamentais fora do catálogo constitucional

Os direitos fundamentais podem ser conceituados “como sendo aquelas posições jurídicas que, do ponto de vista do direito constitucional, são de tal sorte relevantes para a comunidade, que não podem ser deixadas na esfera da disponibilidade absoluta do legislador ordinário”.⁵³

Demonstra-se, aqui, mais uma vez, ser ilógico que as normas que apresentam conteúdo visivelmente fundamental não venham a fazer parte deste conjunto de direitos.

A saber, temos algumas normas de direitos fundamentais situadas fora do catálogo. Algumas delas no próprio texto constitucional, a exemplo dos direitos sociais, que se fazem presentes também em outros capítulos, como nos “Da Ordem Econômica” e da “Ordem Social”.

Tanto no primeiro como no segundo, a título de exemplificação, vemos presente a proteção ao emprego como postulado básico. Podemos citar o art.170, VIII, e o art.193 da CF/88.⁵⁴

⁵² SARLET, Op. cit., p. 75.

⁵³ SARLET, Op. cit., p. 92.

⁵⁴ Art.170. A ordem econômica, fundada na *valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios: (...) VIII – busca do *pleno emprego*. (...). Art.193. A ordem social tem como base o *primado pelo trabalho*, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. (grifos nossos)

Outras normas se encontram fora do corpo constitucional, integrando-lhes os tratados internacionais e os decorrentes do regime e dos princípios, conforme o já citado §2º do art. 5º.⁵⁵

Com isso, foi possível afirmar também a existência de direitos fundamentais não-escritos - chamados também de direitos fundamentais implícitos -, pertencentes ao grupo dos direitos decorrentes do regime e dos princípios.

Maximiliano em importante observação disse: “não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto das franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados”.⁵⁶

Resumindo, é perfeitamente aceitável a existência de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, e até mesmo de forma não-escrita, como vimos. Mas, é necessário, aqui, termos uma idéia central, e vale a pena repetir, tem que estar presente o conteúdo de direito fundamental. Sarlet destacou este ponto ao dizer que:

direitos fundamentais fora do catálogo somente poderão ser os que - constem, ou não, do texto constitucional - por seu *conteúdo e importância* possam ser equiparados aos integrantes do rol elencado no Título II de nossa Lei Fundamental. (grifo nosso)⁵⁷

Antes de adentrarmos no assunto referente aos direitos fundamentais do trabalhador, se faz oportuno uma ligeira abordagem concernente aos tipos de direitos fundamentais.

3.5 TIPOS (ESPÉCIES) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, se dividirmos em dois tipos, são tratados como direitos de defesa e direitos a prestações. Sarlet, adotando a proposta de Alexy, faz uso dessa divisão, que ainda é subdividida. Os direitos a prestações são divididos em: direitos a prestações em sentido amplo (que por sua vez se dividem em: direitos

⁵⁵ Art.5º, §2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos apud SARLET, Op. cit., p. 86.

⁵⁷ SARLET, Op. cit., p. 92.

à proteção; e direitos à participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito.⁵⁸

Os direitos fundamentais como direitos de defesa estão presentes justamente naquelas normas que limitam a interferência do Estado em relação ao exercício desses direitos. Esses direitos, assegurados na Constituição, são exercidos de maneira livre pelo cidadão. São exemplos dessa espécie os direitos de locomoção e o direito de reunião.⁵⁹ No campo laboral, temos como exemplos o direito de greve e a liberdade de associação sindical.⁶⁰

Os direitos fundamentais como direito a prestações advieram do surgimento do Estado Social e Democrático de Direito, acabando com o pensamento apenas liberalista onde se protegia somente de forma omissiva (não-intervenção indevida na autonomia pessoal), passando-se a proteger de forma ativa.

Os direitos à proteção se apresentam no momento em que se faz necessário proteger os direitos fundamentais de outras interferências, e não apenas dos poderes públicos.

Ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar – inclusive em caráter preventivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.⁶¹

Ainda referente aos direitos a prestações em sentido amplo, temos os direitos à participação na organização e procedimento, que se manifestam

na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais.⁶²

Os direitos fundamentais em sentido estrito são aqueles que consagram prestações matérias ao indivíduo. São os direitos sociais prestacionais.

⁵⁸ SARLET, Op. cit., p. 167.

⁵⁹ SARLET, Op. cit., p. 169.

⁶⁰ SARLET, Op. cit., p. 171.

⁶¹ SARLET, Op. cit., p. 190.

⁶² SARLET, Op. cit., p. 194.

Os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.⁶³

Gilmar Mendes faz uma divisão mais simplificada quanto às espécies de direitos fundamentais. Na visão do ministro e doutrinador tais direitos são divididos em: direitos de defesa; normas de proteção de institutos jurídicos; e garantias positivas dos exercícios de liberdade.

Na condição de direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário.⁶⁴

As normas de proteção de institutos jurídicos vêm dar garantia a determinados institutos, ou melhor, a um complexo coordenado de normas.⁶⁵

Através das garantias positivas dos exercícios de liberdade incumbe ao Estado, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais.⁶⁶

3.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais do trabalhador são decorrentes de grandes lutas e reivindicações ocorridas no passado, travadas pela classe oprimida. Conforme Cavalcante a posição dos trabalhadores começou a ser respeitada com a assinatura do Tratado de Versailles pelo governo brasileiro, constatando-se com isso o fim

⁶³ SARLET, Op. cit., p. 199.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

⁶⁵ MENDES, Op. cit., p. 4.

⁶⁶ MENDES, Op. cit., p. 5-6.

próximo do contratualismo liberal que até então vigorava.⁶⁷ Sucedeu-se, no início do século passado, um ciclo de greves, o que também foram fundamentais para todas as lutas de classes que sobrevieram, influenciando de maneira determinante na fundamentalidade que os direitos dos trabalhadores apresentam nos dias atuais.

Tempos atrás – na vigência das antigas Constituições – o Estado era essencialmente liberal e apenas se preocupava em preservar a liberdade individual, garantindo a não-interferência indevida, pelos poderes públicos, na fruição, pelas pessoas, dos direitos assegurados.

Com o advento da Carta Política de 1988 o Estado se consagrou como Social e Democrático de Direito, assegurando às pessoas, não apenas as liberdades individuais, mas também os próprios direitos concretamente, agindo de forma positiva, ativa, e não de forma “negativa” – não-interventiva.

A Constituição de 1988 foi um marco histórico de regulação para o trabalhador brasileiro. Foi instaurada nela uma nova ordem em que os agentes do trabalho sob o regime de emprego passaram a ostentar um patamar de proteção até então inexistente e, além disso, ao estender os direitos trabalhistas para o meio rural, deu vários passos para retirar o Direito do Trabalho de seu isolamento histórico.⁶⁸

Vale ressaltar a importância da extensão dos direitos trabalhistas ao meio rural, pois nos ordenamentos anteriores não se privilegiava tal classe. Isso era um fato que trazia muito prejuízo para os trabalhadores, já que há algum tempo atrás o trabalho rural aparecia em número bem maior.

Hoje a nossa Constituição (Social e Democrática) se apresenta como grande protetora dos direitos fundamentais, onde se incluem os direitos sociais do trabalhador, garantindo-se o trabalho digno, o que encerra, por sua vez, em uma vida digna.

3.6.1 Os direitos do trabalhador na Constituição Federal de 1988

⁶⁷ CAVALCANTE, Op. cit., p. 130-131.

⁶⁸ CAVALCANTE, Op. cit., p. 139.

Os direitos do trabalhador encontram-se presentes no capítulo II do Título II da CF de 1988, onde se privilegia os Direitos Sociais (art 6º ao art.11). Dos artigos 7º a 11 vemos regras concretas que por si só já densificam a proteção do respectivo direito estabelecido. No art. 6º temos, não uma norma densificada, mas, uma norma de natureza abstrata.

Sabe-se que não apenas no título destinado aos Direitos Sociais se faz presentes normas de proteção ao trabalhador. No art. 1º, III e IV, temos dois princípios fundamentais que servem de base para que se alcance a devida proteção ao trabalho (trabalhador). Temos presente, também, na Ordem Econômica e Financeira, normas de proteção ao trabalho, a exemplo do art. 170 que diz que a ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho humano”. Na Ordem Social também encontramos referência ao trabalho quando o art. 193 diz que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Como já dito, o art. 6º tem natureza abstrata, ele apenas elenca direitos que serão disciplinados no próprio corpo constitucional. Um fato interessante é que os direitos relacionados ao trabalho se apresentam seqüencialmente ao referido artigo, enquanto que os demais direitos, a exemplo da saúde e da educação, só foram disciplinados no título da Ordem Social (art. 193 e ss.). Isso nos mostra um certo grau de destaque que foi dado aos direitos dos trabalhadores em relação aos demais.⁶⁹

3.6.2 Princípio da proteção ao trabalhador

O princípio da proteção ao trabalhador revela-se como a base para todas as normas que estejam no plano laboral. É o princípio por excelência no Direito do Trabalho. Através dele o empregado é contemplado com uma certa proteção em relação ao empregador.

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de

⁶⁹ CAVALCANTE, Op. cit., p. 129.

proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.⁷⁰

Justifica-se, então, tal princípio, pelo visível grau de desigualdade no campo financeiro que o empregado tem em relação ao empregador.

O princípio protetor revela-se ser o “maior” dos princípios. Sua importância é de tamanha grandeza que todos os outros princípios relacionados com o Direito do Trabalho importa no cumprimento, primeiramente, do princípio de proteção ao trabalhador (princípio protetor).

A título de exemplo vemos que jamais seria possível imaginar o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, ou o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, sem que se estivesse presente o princípio em comento.

3.7 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

3.7.1 Da eficácia dos direitos fundamentais

A eficácia dos direitos fundamentais, se nós analisarmos de maneira rápida, é imediata, sem nenhuma contestação, pois o §1º do art. 5º diz que tais normas têm aplicação imediata.

Se analisarmos de maneira mais pormenorizada, veremos que a questão não é tão simples. Se estivermos falando de uma eficácia vinda diretamente da Constituição teremos que ponderar aquela afirmação, pois existem normas que necessitam de uma legislação em nível infraconstitucional para que sejam concretizadas. Exemplo disso são as normas de cunho programático.

Mesmo com toda a discussão da doutrina acerca do acima exposto, Sarlet afirma que “todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e

⁷⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 197-198.

independentemente de intermediação legislativa”.⁷¹ Ele mesmo nos atenta para que tomemos cuidado ao analisar a eficácia de uma norma de cunho programático, pois há que se diferenciar a norma do direito.

Importa notar, portanto, que a assim designada dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais lembrar que a eficácia é das normas, que, distintas entre si, impõe deveres e/ou atribuem direitos, igualmente diferenciados quando⁷² ao seu objeto, destinatários, etc.⁷³

Outro ponto que vem a questionar a eficácia imediata dos direitos fundamentais é a questão do custo que cada direito tem para que seja colocado na esfera de utilização pelo particular. Entra aqui a questão da possibilidade de efetiva realização das prestações direcionadas aos destinatários dos direitos. Possibilidade esta que se relaciona com o estado em que a economia se encontrar. Trata-se da chamada “reserva do possível”.

A assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.⁷⁴

A eficácia pode ser de dois tipos. Temos a eficácia vertical e a eficácia horizontal. A vertical seria aquela destinada aos entes públicos. Já a horizontal seria aquela que vincula o particular aos direitos fundamentais. Sendo assim, a proteção aos direitos fundamentais do trabalhador vão além da relação Estado e sociedade, inserindo-se no contexto das relações estritamente privadas.

A eficácia pode se dar de forma direta ou indireta. “A teoria da eficácia direta tem por supedâneo a idéia de que os direitos fundamentais prescindem de qualquer

⁷¹ SARLET, Op. cit., p. 294.

⁷² No texto original encontra-se escrito desta forma, porém no contexto do próprio texto percebe-se que a intenção do autor seria de usar a palavra quanto e não quando.

⁷³ SARLET, Op. cit., p. 295.

⁷⁴ SARLET, Op. cit., p. 287.

transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas".⁷⁵ Na eficácia indireta "o ponto-chave é a defesa de que os direitos fundamentais não se constituem em direitos subjetivos nas relações privadas, sempre dependendo da intermediação do legislador".⁷⁶

3.7.2 Eficácia da proteção ao trabalhador

Visto o tópico acima, averiguemos a eficácia quanto à proteção do trabalhador. Percebemos que essa proteção pode se dar tanto de forma direta como de forma indireta. Direta quando a Constituição nos traz uma norma concreta. Indireta quando necessita de lei infraconstitucional que trate o caso especificamente, já que a Constituição não o trata assim.

A proteção ao trabalhador se dá verticalmente, pois o Estado está vinculado aos comandos dos direitos fundamentais trabalhistas. Lembra-se que tanto o administrador público, como o legislador, como o Estado-juiz, estão atrelados com os deveres de proteção do trabalhador.⁷⁷

A referida proteção também é dada de forma horizontal, quando os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais do trabalhador. É inegável esta horizontalização, tendo em vista que o próprio art. 7º encerra normas aplicáveis, inegavelmente, a empregado e empregador, que agem como destinatários das normas protetivas.

O princípio protetor está compreendido nos direitos do trabalhador, que por sua vez é uma espécie dos direitos fundamentais. Sendo assim, tudo o que ficou consignado quanto aos direitos fundamentais fica consignado também no que tange a especificidade do trabalhador.

Sustenta-se, então, a inegável eficácia imediata dada às normas de proteção ao trabalhador, independentemente de serem elas concretas ou de cunho programático, deixando-se claro, mais uma vez, que o que é considerada eficaz é a norma, e não o direito.

⁷⁵ CAVALCANTE, Op. cit., p. 65.

⁷⁶ CAVALCANTE, Op. cit., p. 65.

⁷⁷ CAVALCANTE, Op. cit., p. 67-68.

4 O ESTADO COMO AGENTE PROMOTOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Este capítulo será direcionado à promoção dos direitos fundamentais do trabalhador, realizada pelo Estado. De que forma o Estado age em salvaguarda desses direitos, e como será possível haver uma maior efetividade das normas de proteção ao trabalhador, serão temas aqui discutidos.

Antes, porém, achamos necessário abordar o tema relativo aos direitos do trabalhador no plano internacional, como forma de vislumbrar que tais direitos não são protegidos apenas internamente, através da Constituição. É feita ainda uma rápida abordagem sobre o escudo normativo desses direitos.

4.1 DIREITOS DO TRABALHADOR NO PLANO INTERNACIONAL

Os direitos dos trabalhadores são protegidos também em um plano internacional. Um importante documento mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, trouxe em si direitos que protegem o empregado. A título de exemplo, seus artigos XXIII e XXIV assim dispõem:

Artigo XXIII. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, as condições justas e favoráveis de trabalho, e a proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV. Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.⁷⁸

⁷⁸ ONU. *Declaração dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 24 mai. 2010.

Um pouco mais tarde, em 1966, surgia o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Esse Pacto surgiu para delimitar alguns assuntos específicos, tratando-os de maneira particular.

Na esfera trabalhista, o PIDESC, em seus artigos 6, 7 e 8, estabelece em detalhamento o direito a condições de trabalho justas e favoráveis, compreendendo: (a) remuneração que permita uma vida digna; (b) condições de trabalho seguras e higiênicas; (c) igual oportunidade no trabalho; (d) descanso, lazer e férias, bem como direitos sindicais.⁷⁹

Porém, antes mesmo do surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e também do PIDESC, nasceu a OIT, que tem como objetivo “promover parâmetros internacionais referentes às condições de trabalho e bem-estar”.⁸⁰

A OIT foi criada em 1919, com o fim da Primeira Guerra Mundial.

“Funda-se no princípio de que a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social. Fonte de importantes conquistas sociais que caracterizam a sociedade industrial, a OIT é a estrutura internacional que torna possível abordar estas questões e buscar soluções que permitam a melhoria das condições de trabalho no mundo”.⁸¹

Vemos que não apenas normas do plano constitucional (como as vistas anteriormente), mas também do plano internacional, obrigam os Estados a realizar a proteção ao trabalhador. Na boa visão de Flávia Piovesan “a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.”⁸²

Dentre outros tratados, o que importa aqui frisar é o que podemos extrair da jurisprudência internacional, no que tange a proteção ao trabalho. Destacam-se quatro princípios.

a) **Princípio da observância do minimum core obligation no tocante aos direitos sociais.** Através desse princípio devem-se assegurar níveis essenciais mínimos de satisfação para cada direito. b) **Princípio da aplicação progressiva.**

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 14.

⁸⁰ PIOVESAN, Op. cit., p. 15.

⁸¹ OIT. *Conheça a OIT*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/inst/fund/index.php>>. Acesso em: 24 mai. 2010.

⁸² PIOVESAN, Op. cit., p. 15.

Aqui procura-se adotar medidas, através de ações concretas, para implementar os direitos sociais, proibindo-se qualquer forma de retrocesso social. c) **Princípio da inversão do ônus da prova**. Neste princípio o Estado terá que provar a impossibilidade de realizar a implementação dos direitos sociais, caso tenha buscado e não logrado êxito. d) **Deveres do Estado**. Esses deveres abrangem o respeito, a proteção e a implementação.⁸³

Os Estados, ao aderirem aos tratados internacionais, estão automaticamente adquirindo responsabilidades e deveres para com aquelas normas. Sendo assim, os Estados, vale repetir, também no âmbito da legislação internacional, através dos tratados, deverão buscar a efetividade das normas de proteção ao trabalhador.

4.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR E SEU ESCUDO NORMATIVO

Os direitos fundamentais do trabalhador, como já abordado, são aqueles direitos constantes do Título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, e que regulam, de certa forma, atividade laboral. São os direitos que protegem o trabalhador, e que também buscam formas para que o exercício desse trabalho seja realizado de maneira justa.

Podemos dizer, reprisando, que os direitos fundamentais do trabalhador são aqueles presentes no Capítulo "Dos Direitos Sociais" (art. 6º ao 11 da CF de 1988). Mas, não só esses são considerados direitos fundamentais do trabalhador. Como exemplo temos o art. 1º que em seu inciso III elege com fundamento a **dignidade da pessoa humana**, e em seu inciso IV os **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**. Também nos artigos 3º, 4º e 5º vemos presentes normas do campo trabalhista.

Como bem afirmado no capítulo anterior, os direitos fundamentais gozam de uma grande proteção contra modificações em seu texto. Trata-se das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV da CF de 1988). Os direitos dos trabalhadores, por fazerem parte dos direitos fundamentais, também gozam dessa norma protetora. "Há,

⁸³ PIOVESAN, Op. cit., p. 21-23.

portanto, um escudo normativo que protege a integridade jurídico-formal dos direitos fundamentais do trabalho”.⁸⁴

Há que se atentar para o fato de que, apesar dessa proteção contra modificações (cláusulas pétreas), os direitos dos trabalhadores vêm passando por mutações. Mutações estas que reduzem, ou até mesmo ceifam, os direitos trabalhistas. Um clássico exemplo foi a criação das comissões de conciliação prévia na Justiça do Trabalho (Lei nº 8.959/2000), obrigando o empregado a submeter-se a uma esfera privada de solução de conflitos, onde o trabalhador poderá, até mesmo, renunciar direitos, quando na verdade estes são irrenunciáveis.⁸⁵

Através das convenções e acordos coletivos também há uma certa redução dos direitos trabalhistas. Um exemplo bem próximo foi o da última crise econômica, onde inúmeras empresas e indústrias, através de acordos coletivos, diminuíram os salários de seus empregados com o intuito de resguardar o emprego da maior parte possível de trabalhadores. É verdade que tal fato é previsto em algumas normas constitucionais⁸⁶, não se tratando de espécie de mutação, mas serve para mostrar que o princípio da proteção do trabalhador não é absoluto, sendo protegidos, também, os direitos da classe empresária.

4.3 PONDERAÇÃO NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Tendo em vista o fato, abordado anteriormente, de o princípio da proteção do trabalhador não ser absoluto, e da existência do princípio da livre iniciativa consagrado constitucionalmente, temos que fazer uso da ponderação para que não se extirpe totalmente um princípio em detrimento do outro.

O constituinte não criou uma hierarquia rígida entre os dois princípios. O que existe é uma preferência em relação ao da proteção do trabalhador.

⁸⁴ CAVALCANTE, Op. cit., p. 145.

⁸⁵ CAVALCANTE, Op. cit., p. 146.

⁸⁶ A exemplo do inciso VI do art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

No uso da ponderação faz-se necessário o emprego do princípio da proporcionalidade, e ainda, da precedência *prima facie*, teoria esta apresentada por Alexy.

4.3.1 Princípio da proporcionalidade

Para que se utilize o princípio da proporcionalidade é necessária a sua decomposição em três subprincípios, que irão facilitar a sua aplicação de maneira correta.

A jurisprudência alemã decompôs o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, voltados a aferir, numa ordem procedimental e subsidiária: (1) a adequação ou idoneidade do meio utilizado pelo Poder Público para o atingimento do fim legal (subprincípio da adequação); (2) a estrita necessidade deste meio diante de outros eventuais meios alternativos menos gravosos a direitos (subprincípio da necessidade ou exigibilidade); e (3) a relação custo-benefício, à luz do Direito, entre a realização desta finalidade e o gravame causado a direitos individuais ou coletivos (proporcionalidade em sentido estrito).⁸⁷

Extrai-se, então, que o subprincípio da adequação está relacionado com o fato daquele método utilizado ser idôneo para alcançar o resultado esperado. Já o subprincípio da necessidade diz respeito com o fato de o método utilizado ser o menos danoso para àquele princípio que se pretende restringir. E o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito – que só será levado em conta caso os outros dois estejam satisfeitos – se fará presente quando do sopesamento dos direitos fundamentais no caso concreto.

É especificamente através do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que será feita a ponderação entre os direitos envolvidos.

Quanto maior for o grau de não satisfação dos direitos restringidos (ou seja, quanto maior for o grau de restrição aos princípios que veiculam estes direitos), tanto maior terá que ser a importância constitucional da satisfação do princípio concretizado pela medida restritiva.⁸⁸

⁸⁷ AMORIM, Helder Santos. *A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 151.

⁸⁸ ALEXY, Robert apud AMORIM, Op. cit., p.161.

Adequando para o assunto que se aborda, é através do princípio da proporcionalidade que buscaremos saber qual o grau de importância que será dado para cada um dos direitos fundamentais, no caso em tela entre o princípio da proteção do trabalhador e o princípio da livre iniciativa.

4.3.2 Precedência *prima facie*

Esse tipo de precedência não poderá ser absoluto. Ela existirá apenas em um primeiro momento, na análise do caso concreto. Caso o princípio que fora desfavorecido inicialmente se mostre, e se comprove, mais ajustado para o caso, será este o considerado como apto para resolver um determinado conflito de normas.

As precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio (e.g.: P1) – e precisamente por isso são determinações *prima facie* e denominadas de “precedências *prima facie*” ou “prioridades *prima facie*”, contudo, estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio (e.g.: P2) no caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação em favor de um princípio. De um lado, essas precedências não estabelecem determinações definitivas; de outro exigem o cumprimento ou a satisfação de um ônus da argumentação para serem afastadas [...].⁸⁹

Cuida-se “apenas e tão somente de uma preferência num primeiro momento do processo de ponderação, que pode sim ser superado durante esse mesmo processo, desde que sejam apresentados argumentos suficientes para tanto”.⁹⁰

É nessa hora que entra o conflito específico entre os princípios que se procura dar comento. Trata-se do princípio da proteção do trabalhador *versus* o princípio da livre iniciativa.

O princípio que irá prevalecer – de forma inicial – será o da proteção ao trabalhador. Atente-se, é bom repetir, que a precedência inicial admite um ônus argumentativo contrário que poderá reverter a precedência.

Cavalcante trata de dar uma explicação – de forma bem completa (extensa, mas essencial) – sobre o porquê da preferência ser dada ao princípio protetor.

⁸⁹ STEINMETZ, Wilson apud CAVALCANTE, Op. cit., p. 89-90.

⁹⁰ CAVALCANTE, Op. cit., p. 153.

Defende-se que o princípio da proteção do empregado tem uma precedência *prima facie* sobre o princípio da livre iniciativa, seja porque se trata de um direito fundamental *versus* um bem constitucionalmente protegido, o que é um argumento dogmático e calcado no texto da constituição federal de 1988. Seja mais porque, ainda que se considere por hipótese a livre iniciativa como direito fundamental, mesmo assim haverá uma primazia do direito à proteção à pessoa-que-trabalha, numa construção que eleva o direito fundamental social do trabalhador sobre o direito de livre empreender típico do empregador.

Seja ainda pelo primado do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, explicitado em várias ocasiões no texto constitucional.

Seja finalmente porque o trabalhador merece uma proteção diante do empregador, já que se cuida geralmente da parte mais débil da relação capital e trabalho, e aí se recorre à própria história do direito do trabalho e a uma análise sociológica como pré-compreensões que devem guiar o intérprete e aplicador do direito no processo hermenêutico.⁹¹

Atente-se para os seguintes pontos levantados, pois são eles que justificam a precedência do princípio protetor: a) direito fundamental *versus* bem constitucionalmente protegido; b) o primado pelo trabalho no ordenamento jurídico brasileiro; c) e a condição de hipossuficiente do empregado em relação ao empregador.

Eros Grau ainda ajuda ao deixar claro que a livre iniciativa não poderá estar no mesmo patamar que a proteção do trabalhador, devendo, contudo, estar de acordo com esta.

A livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho [...]. Daí porque o artigo 1º, IV, do texto constitucional – de um lado enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa – e outro – o seu artigo 170, caput coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado. [...] Nem a toma, a Constituição, já observei, como direito fundamental, entre aqueles inscritos no seu Título III. Não se trata, pois, no texto constitucional, de atributo conferido ao capital ou ao capitalista, porém à empresa – ao empresário, apenas enquanto detentor do controle da empresa.⁹²

Não apenas no direito material propriamente dito há uma preocupação com a proteção dos direitos trabalhistas. Não obstante aqueles princípios, oportunamente referidos, serem de proteção ao empregado, é necessário que haja na parte processual formas que façam com que esses princípios não sejam esquecidos. É

⁹¹ CAVALCANTE, Op. cit., p. 154.

também na parte processual que o julgador irá, no caso concreto, utilizar os métodos de interpretação para procurar dar a proteção necessária ao trabalhador.

4.4 A PROTEÇÃO PROCESSUAL DO TRABALHADOR

No que tange a justiça trabalhista, em se comparando com a justiça comum, temos que aquela necessita de uma solução mais rápida, principalmente devido a caráter alimentício que os direitos trabalhistas sustentam.

Trataremos de focar alguns assuntos considerados relevantes para que seja alcançada a efetividade necessária ao direito do trabalhador, sob uma ótica processualística.

Primeiramente, um fator importante a se considerar é a questão da distribuição do tempo no processo, pois como já dito, a tutela de direitos trabalhistas requer celeridade devida ao seu caráter alimentar.

Se, portanto, o desgaste do tempo já tem de per si um efeito danoso a todo e qualquer processo – o que a doutrina processual denomina de dano marginal -, na ritualística do trabalho se revela ainda mais deletério e requer, por isto mesmo, uma proteção maior do Estado.⁹³

Cabe, então, ao Estado uma maior proteção ao trabalhador em relação ao tempo de duração do processo. E assim tem sido feito, a exemplo da previsão do rito sumaríssimo, não obstante o rito até então existente já ser bem encurtado.

A própria CLT foi feita para se dar uma proteção maior ao direito material do trabalhador, e também ao próprio processo. No texto da Consolidação foi colocado que nos casos em que a ela for omissa, utilizar-se-á o CPC, desde que a matéria trazida neste seja compatível com os objetivos que as leis trabalhistas almejam. “Frente ao comando do artigo 769, duas condicionantes cuidou o legislador celetista de estabelecer para a importação das regras do processo civil: a omissão da CLT e a compatibilidade com o espírito do direito do trabalho”.⁹⁴

⁹³ CAVALCANTE, Op. cit., p. 165.

⁹⁴ CAVALCANTE, Op. cit., p. 173.

Poderíamos nos perguntar se no caso em que a CLT não for omissa, e no CPC houver norma que dê mais proteção ao trabalhador, seria possível utilizar esta última, mesmo com aquela vedando indiretamente.

Pois bem, existe uma corrente que diz ser possível isto, pois, não obstante o texto da CLT, o fundamento desta é proteger o trabalhador, e não seria coerente com seu propósito dar uma menor proteção ao empregado quando se dispõe de um método mais efetivo.

Souto Maior se expressa da seguinte forma:

Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo comum, sob pena de negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios de aplicação subsidiária do processo civil. Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Do contrário, pode-se ter um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo. Em suma, quando há alguma alteração no processo civil o seu reflexo na esfera trabalhista só pode ser benéfico, tanto sob o prisma do processo do trabalho quanto do direito do trabalho, dado o caráter instrumental da ciência processual.⁹⁵

Outro ponto que merece destaque, e que influi diretamente na celeridade do processo, é o princípio do contraditório. Não podemos extirpar por completo tal princípio em prol do princípio da proteção do trabalhador, que merece solução rápida. Mas devemos fazer uma ponderação para que o contraditório não seja apenas um mero instrumento para procrastinar o processo, e sim o simples direito de defesa, por qualquer forma que seja.

Por fim, atemo-nos a uma importante fase, que é a fase de execução, mais especificadamente dos meios de execução. Vemos na prática que o processo trabalhista, no mais das vezes, é julgado de forma bastante célere se comparado ao processo da justiça comum. Mas o grande problema para a satisfação do crédito trabalhista está no cumprimento da sentença.

A execução pode se tornar bastante infrutífera quando o devedor (empregador) não possuir patrimônio que responda pela dívida. Buscando soluções

⁹⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz apud CAVALCANTE, Op. cit., p. 173-174.

para essa problemática Cavalcante nos apresenta duas formas de se garantir uma execução mais frutífera.

A primeira se refere à utilização das multas diárias, quando referente ao pagamento de quantia certa.

A precedência *prima facie* da proteção do empregado frente aos interesses do empregador deixa ainda mais robusta a defesa da aplicação das multas diárias para obrigação de pagar quantia certa na esfera laboral. [...] se assume a posição de que no processo do trabalho, pela ascendência do princípio da proteção, aquela multa deve ser levada em consideração com mais razão ainda.⁹⁶

A segunda forma é a possibilidade de prisão pelo não-cumprimento da obrigação. Mais uma vez se põe em destaque o caráter alimentar dos direitos trabalhistas. E é essa a explicação para a sustentação de tal idéia.

Um trabalhador cuja família depende do salário e de súbito se vê desempregado, obviamente terá no pagamento de seus direitos trabalhistas a fonte alimentar para a sua sobrevivência. É pouco mais do que evidente que o julgador tem o dever de utilizar os meios mais idôneos para que o empregador⁹⁷ receba seu crédito, e aí deve aplicar todas as medidas do artigo 734 do CPC, desde o desconto em folha de pagamento até a prisão civil. [...] A prisão seria cabível, assim, por um enquadramento da dívida trabalhista na dicção de alimentos referida no artigo da Constituição Federal.⁹⁸

Impende expor, também, que essa possibilidade de prisão deveria ser analisada no caso concreto, através da ponderação, pois só assim se averiguaria se esse crédito realmente estaria suprimindo alimentos necessários e inexistentes na vida do empregado. Caso contrário não seria correto aplicar esta forma de execução.

Importa colocar que essa não é a posição majoritária sobre o tema, e nem o posicionamento da jurisprudência. Trata-se apenas de uma idéia que busca uma maior efetividade para a execução de créditos trabalhistas.

Outra crítica que se faz a tal proposta é que o sistema prisional é muito deficiente em nosso país, o que não suportaria a aceitação de tal proposta de execução.

⁹⁶ CAVALCANTE, Op. cit., p. 186.

⁹⁷ No texto original encontra-se escrito desta forma, porém no contexto do próprio texto percebe-se que a intenção do autor seria de usar a palavra empregado e não empregador.

⁹⁸ CAVALCANTE, Op. cit., p. 187-188.

Abrimos um parêntese para falar sobre a separação dos poderes, de suma importância para o trabalho, uma vez que o Estado irá promover a efetividade dos direitos do trabalhador através de suas três esferas de Poder, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo.

4.5 SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIREITOS TRABALHISTAS

Cumpra-nos analisar a questão da separação dos Poderes, cujo melhor desenvolvimento se deu com Montesquieu, no livro *O Espírito das Leis*. Apesar do desenvolvimento dado por Montesquieu, a primeira menção a uma teorização da divisão dos poderes do Estado deu-se muito antes, com Aristóteles, em *a Política*. Contribuíram, ainda, antes de Montesquieu, pensadores como Maquiavel e John Locke.

Essa doutrina nos apresenta um sistema em que os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) se dispõem independentes e harmônicos entre si, conforme o legislador pôs no texto constitucional⁹⁹. Esse sistema foi chamado de sistema de freios e contrapesos, pois cada Poder exerce suas funções típicas e atípicas.

Freire Junior sustenta que essa separação não seria dos Poderes, e sim das funções exercidas pelos mesmos. “O poder estatal é um só, materializado na Constituição, da qual se extrai que a separação das funções deve viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais”.¹⁰⁰

Com isso, temos que se a separação das funções deve viabilizar a efetividade das normas constitucionais, então deve viabilizar também os direitos fundamentais do trabalhador, normas constitucionais que são.

Entende-se disso que cada um dos Poderes – em nome do Estado – terão determinadas funções, dentro de sua esfera de atuação, através das quais procurarão promover os direitos do trabalhador.

No decorrer do trabalho fizemos referência ao catálogo de direitos fundamentais do trabalhador, e ao princípio geral que protege os trabalhadores. Os

⁹⁹ Art. 2º da CF/88: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁰⁰ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005, p. 37.

direitos trabalhistas cada vez mais ganham mais respaldo, e isso se deve ao Poder Legislativo, não obstante a atuação dos movimentos sindicais.

Mas não é necessária apenas a atuação do Legislativo para se alcançar uma máxima efetividade da proteção dos trabalhadores. Faz-se necessário, juntamente, a atuação jurisdicional, onde se aplicará, no caso concreto, as normas de proteção ao trabalhador, e onde se resolverão eventuais problemas de interpretação das normas constitucionais, quando houver choques entre princípios, ou entre estes e as normas.

Relevantes são as passagens de Freire Junior, onde diz que “o juiz tem poderes para complementar o ordenamento jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que para tanto precise ir além do legislador”.¹⁰¹ E “o juiz não é mais a simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos”.¹⁰²

No presente trabalho já se abordou, também, essa atuação do Poder Judiciário, quando se falou do princípio da proporcionalidade, precedência *prima facie*, proteção material, processual etc.

Por último, porém, falta fazer referência às formas de atuação do Poder Executivo onde se busca promover a proteção ao trabalhador. Trataremos do tema chamado “Políticas Públicas”.

4.6 POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são as formas de que o Executivo, através do administrador público, dispõe para que se busque uma maior efetividade dos direitos fundamentais, e por consequência dos direitos dos trabalhadores. Conforme orientação de Eros Grau, “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.¹⁰³

¹⁰¹ FREIRE JUNIOR, Op. cit., p. 57.

¹⁰² FREIRE JUNIOR, Op. cit., p. 44.

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

A mera proteção material desses direitos, e a proteção *a posteriore* feita pelo Judiciário quando o direito já se encontra violado, não são suficientes para que se tenha, efetivamente, um trabalhador protegido e satisfeito. É necessária uma conscientização dos administradores públicos para que se obtenha êxito na consecução das políticas públicas. Nesse sentido Thereza Cristina Godal, para quem “não basta que a dignidade esteja protegida constitucionalmente e em tratados e convenções internacionais. Para que não resulte no vazio é preciso haver uma *consciência ético-jurídica* e uma praxe da dignidade nas relações de trabalho”. (grifo nosso)¹⁰⁴

Essa consciência ético-jurídica precisa ser estabelecida, principalmente quando nos deparamos com a corrupção, mal que aflige o país. Bernardo Kliksberg, ao falar sobre a eliminação da corrupção, nos apresenta um caminho para se chegar a uma máxima efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador:

Se requiere un Estado que persiga el desarrollo humano como meta final, que fortalezca y profundice la democracia, que trabaje em equipo con la iniciativa privada y la sociedad civil hacia um proyecto nacional de productividad, competitividad y crecimiento, que se combine de manera eficaz com el mercado, que erradique la corrupción, que se retire de sectores donde no tiene por qué estar y que promueva y apoye por todas las vías la organización y desarrollo de la sociedad civil. Un Estado que elabore políticas estratégicas, que piense em el largo plazo, que, entre otros aspectos, como señala Collins, acerque la investigación y desarrollo a las empresas pequeñas y medianas y las fortalezca, que cree condiciones favorables para la creciente articulación de la sociedad y que favorezca la preparación de la misma para la competencia em conocimientos y creatividad que será distintiva Del siglo XXI. Todo ello implica basicamente lo que podríamos llamar um “Estado inteligente”.¹⁰⁵

No ensejo da consciência ética-jurídica importante é o conceito de Estado Ético. Juliane Gamba compilou seu conceito da seguinte forma:

Compreende-se o Estado Ético como a ordem jurídica soberana que pauta suas ações e políticas públicas na estrita observância dos fundamentos ético-jurídicos consagrados na sua Ordem Constitucional, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana, atuando com responsabilidade e equilíbrio na aplicação do direito e na atuação política, no intuito de

¹⁰⁴ GODAL, Thereza Cristina apud GAMBÁ, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito do Estado ético. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. (coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 59.

¹⁰⁵ KLIKSBURG, Bernardo apud GAMBÁ, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito do Estado ético. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. (coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58-59.

promover uma comunidade mais justa e solidária, comprometendo-se com a concretização dos direitos fundamentais de seu povo.¹⁰⁶

As ações estatais, então, deverão ser pautadas no Estado Ético. “Sem a presença do Estado Ético, quaisquer ações ou políticas poderão sempre ser justificadas por motivos escusos, corruptos e ilícitos que utilizam o ser humano apenas como meio e não como um fim em si mesmo”.¹⁰⁷

Com relação à aplicabilidade das políticas públicas de forma desvirtuada, ou até mesmo a não-aplicabilidade delas, entende-se que mais uma vez se faz necessária a presença do Judiciário, pois a implementação das políticas públicas é dever do administrador, que dentro da reserva do possível irá atender às necessidades do trabalhador que merecer sua proteção.

Cabe aqui expor a decisão do Min. Celso de Melo analisando-se o controle judicial das políticas públicas:

ADPF – Políticas Públicas – Intervenção Judicial – ‘Reserva do Possível’ (Transcrições) ADPF 45 mc/df, Relator: Min. Celso de Melo, ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Superior Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).¹⁰⁸

O Poder Judiciário aparece, também, no controle das políticas públicas, para evitar que a implementação delas apareça apenas como forma de ludibriar a sociedade, desvirtuando a finalidade, e lesando, em um momento posterior, os direitos do trabalhador. E, acrescentando, para evitar que essas políticas sejam implementadas com o intuito “partidarista” ou focada nos votos.

¹⁰⁶ GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito do Estado ético. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. (coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 54.

¹⁰⁷ GAMBA, Op. cit., p. 60.

¹⁰⁸ STF. *Informativo n. 345* de 26 a 30 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

Por fim, Gregório Almeida sustenta ser possível a implementação de políticas públicas através da ação civil pública:

A Constituição Federal não restringe o objeto material da ação civil pública (arts. 5.º, XXXV, e 129, III), tanto que consagra expressamente, como já mencionado, o princípio da não-taxatividade da ação civil pública. Depois porque a implantação de políticas públicas, especialmente as exigidas constitucionalmente, nunca pode ser considerada como questão pertencente à seara da mera conveniência e oportunidade do administrador. A implantação de políticas públicas é dever do administrador, que se não as realizar conforme manda a Constituição e a legislação respectiva poderá ser acionado jurisdicionalmente por qualquer legitimado coletivo interessado arrolado nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC.¹⁰⁹

A ação civil pública se mostra um grande instrumento para que se controle as ações estatais, especificadamente no que cerne as políticas públicas. Sendo a execução destas um dever do administrador, e não mera conveniência.

Com isso, será possível, através da ação civil pública, implementar uma política pública, e também corrigi-la, quando eivada de ilegalidades. Cumprindo-se, por fim, com a devida eficácia de que a proteção do trabalhador detém.

Por fim, é através de uma forma organizada, com a atuação dos poderes estatais, cada um com sua função, que poderemos visualizar um Estado que realmente se propõe a dar a proteção efetiva e necessária aos trabalhadores. Proteção esta que poderá devolver a dignidade humana que muitos deles nunca tiveram.

¹⁰⁹ FREIRE JUNIOR, Op. cit., p. 98.

5 CONCLUSÃO

O direito do trabalhador, como direito fundamental que é, sempre foi alvo de bastante preocupação, principalmente pela exploração que acontece em larga escala. O Estado, como promotor do bem público, se apresenta como forte agente capaz de dar ao trabalhador a proteção jurídica e social necessária. Com isso o trabalho deixa claro o dever que o Estado tem para com a proteção dos trabalhadores.

As questões laborais começam a ganhar corpo juntamente com a evolução do sistema capitalista de produção. A máxima exploração dos lucros, a onerosidade na carga horária de trabalho e as péssimas condições de salário e de ambiente laboral impulsionam a organização dos trabalhadores em busca de melhorias, fazendo surgir as lutas de classe e os sindicatos, importantes meios que fizeram com que os direitos fundamentais do trabalhador conquistassem, continuamente, seu espaço.

A análise do sistema capitalista de produção foi abordada no primeiro capítulo quando foram apresentadas duas doutrinas de modelo econômico. A defendida por Keynes, que era favorável à intervenção do Estado na economia. E a chamada de neoliberal, que vedava a interferência do Estado, a não ser quando se tratasse de assegurar direitos mínimos, como as liberdades individuais.

Ficou, constatado que a Constituição Federal de 1988 adota o modelo neoliberal, não interferindo na esfera individual das pessoas. Porém, apesar disso, ficou o Estado responsável pela prestação de direitos sociais básicos, como a saúde, a educação, e, o que nos interessa nesta obra, o trabalho. Portanto, concluiu-se que o modelo econômico adotado pelo nosso Estado é o social-liberalismo, se é que este modelo existe de fato. Estamos entre a social democracia, que ainda não alcançamos e o neoliberalismo, que ora nos aproximamos, ora nos afastamos.

Atentamos para o fato de que pode sim haver o intervencionismo estatal, que é coisa totalmente diferente do dirigismo estatal. Aquele é usado para estimular o mercado, e oferecer meios necessários para que ele possa continuamente se fortalecer. Já este último pressupõe a propriedade estatal, o que não se coaduna com o pensamento social-neoliberal.

Podemos concluir que a economia e a organização do Estado são interdependentes, sendo que a estabilidade na economia irá refletir diretamente na

boa ordem estatal. Já o Estado terá que ser bem organizado se quisermos ter uma economia fortificada.

A ordem econômica vigente consagrou como fundamento a livre iniciativa e a livre concorrência. Deverá ser atendido, também, outro fundamento, o da valorização do trabalho humano, sendo que àqueles não poderão ser atendidos sem que antes seja preservado este.

Ao tratar dos direitos fundamentais concluímos que para se ter a devida fundamentalidade não é preciso a norma estar presente no catálogo referente a tais direitos. É perfeitamente possível encontrarmos direitos considerados fundamentais em outra parte da constituição, ou até mesmo fora dela, como nos tratados internacionais. Podem, até mesmo, nem serem escritos, como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. O que irá prevalecer, portanto, será o conteúdo da norma, que deverá ser de direito fundamental.

Quanto à eficácia dessas normas, ela é imediata. Mesmo quando encontrarmos normas de cunho programático - como boa parte dos direitos trabalhistas são -, ou seja, que necessitam de legislação infraconstitucional, também estaremos diante da eficácia imediata, pois o que se considera eficaz não é o direito, e sim a norma constitucional.

Vimos ainda que a eficácia pode ser vertical e horizontal. Vertical quando vincula a Administração Pública. E horizontal quando vinculam os particulares.

Procurou-se mostrar a importância que é dada à proteção ao trabalhador fazendo referência ao plano normativo internacional em que está situada a referida proteção. Documentos importantíssimos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), foram colocados no trabalho para deixar clara a obrigação não só constitucional, como também internacional, que o nosso Estado assume.

O Estado, como agente promotor dos direitos fundamentais do trabalhador, deverá atuar em suas diferentes funções, a legislativa, a judiciária, e a executiva. Foi feita referência a separação dos poderes com o intuito de delimitar as diversas formas com as quais o Estado deverá promover a proteção ao trabalhador.

No que tange o Poder Legislativo vimos regras de direito material e processual em que o legislador protege o trabalhador, dando tratamento diferenciado e privilegiado, conforme seu estado de parte hipossuficiente. Temos, como exemplo de direito material, a inclusão desses direitos nas *cláusulas pétreas*.

Em se tratando de direito processual vimos que o rito na justiça do trabalho é bem mais célere do que na justiça comum.

O que deixa a justiça trabalhista ainda lenta é a fase de execução. Para resolver tal problema foram propostas duas idéias. A primeira é a da aplicação de multa diária, quando referente ao pagamento de quantia certa. A segunda é a possibilidade de prisão pelo não-cumprimento da obrigação. Esta última proposta se justifica pelo fato de as verbas salariais serem consideradas de caráter alimentar, o que as equiparariam aos alimentos do direito de família, onde cabe a prisão civil.

Em se tratando do Poder Judiciário, cabe ao julgador analisar os casos concretos e utilizar a ponderação na escolha de uma melhor decisão que proteja o trabalhador. Citamos o princípio da proporcionalidade, onde se saberá qual o grau de importância que será dado às normas e/ou princípios relativos às relações trabalhistas. Citamos também a precedência *prima facie*, onde concluiu-se que, de forma inicial, será dada preferência às normas de proteção ao trabalhador. Caso as outras normas ou princípios apresentem argumentos mais convincentes a precedência será revertida.

Já ao administrador público, concretizador das leis, cabe executá-las de forma ética, e promover políticas públicas que visem efetivamente proteger a pessoa que trabalha, e não mascarar uma política pública quando na verdade se está coadunando com o desrespeito para com a dignidade da pessoa humana – da pessoa que trabalha.

Falou-se, ainda, que o Judiciário deverá fazer o controle dessas políticas, quando essas não estejam atingindo a sua finalidade, ou mesmo quando nem sequer tenha sido implantada política pública alguma.

Foi apresentado, por fim, que poderá ser utilizada a ação civil pública como instrumento para que o Estado cumpra com o seu dever de promotor dos direitos fundamentais do trabalhador.

Com isso, temos por demais importante a existência e permanência das ações estatais como meio de consolidação dos direitos fundamentais do trabalhador.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. *A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfases no federalismo das regiões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Injuí: Ed. Injuí, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. *Jurisdição, Direitos sociais e Proteção do Trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n°s 1/92 a 52/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n°s 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito do Estado ético. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO,

Luciana Paula Vaz de. (coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica no Constituição de 1988*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Neo-liberalismo Globalização e Desenvolvimento Econômico*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas XVI, 2002.

_____. *Neo-liberalismo Capitalismo e Democracia*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas XVI, 2003.

OIT. *Conheça a OIT*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/inst/fund/index.php>>. Acesso em: 24 mai. 2010.

ONU. *Declaração dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 24 mai. 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

STF. *Informativo n. 345 de 26 a 30 de abril de 2004*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 14 mai. 2010.