

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS – GENÉRICOS – E DE DIREITOS DOS TRABALHADORES – ESPECÍFICOS E PONTUAIS

*Alexandre Coutinho Pagliarini**
*Cláudia Coutinho Stephan***

“As verdades da vida são sem prazo.”
(João Guimarães Rosa)

A história constitucional demonstra que os direitos fundamentais assentam-se em antecedentes históricos e doutrinários de um tempo longínquo, salientando Manoel Gonçalves Ferreira Filho que o constitucionalismo surgiu associado à garantia dos direitos fundamentais¹. Sob esse aspecto, doutrina José Joaquim Gomes Canotilho que o processo de constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o homem como centro da titularidade de direitos².

Como observa Antonio E. Luño Perez, os direitos fundamentais ocupam espaço privilegiado, inclusive informando todo constitucionalismo que se pratica atualmente:

“El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedade³”.

É sabido que das críticas às doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado, até mesmo nos regimes que se consideram continuadores, sem

**Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre pela PUC/SP.*

***Mestra e doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.*

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva. 17ª ed. p. 246.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina. 2ª ed. 1988. Tomo IV. Direitos Fundamentais. p. 346.

³ PEREZ Luño, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid. Ed. Tecnos. 1995. p.19

alterações bruscas, da tradição liberal do século XIX. Fica patente, portanto, que os direitos sociais trazem desde o seu nascedouro um arcabouço lógico-coletivista, que contraria a descomedida apropriação individual do capital, ultrapassando as amarras jurídicas do liberalismo que o precedera.

Os direitos fundamentais vinculam os órgãos estatais como um todo, cabendo ao poder executivo propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais; ao poder legislativo, fiscalizar e preservar esses valores, protegendo legalmente os direitos fundamentais, através da produção de leis que visem colocar em prática tais direitos, que abstratamente integram a base constitucional do país; e ao poder judiciário, que por intermédio da hermenêutica, cabe interpretar e decidir conforme os mandamentos constitucionais.

Tem razão José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira quando elucidam:

“A individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem e ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade”⁴.

Os direitos sociais são conhecidos como fundamentais, de segunda dimensão⁵, a exemplo do direito ao bem estar social, direito ao trabalho, à saúde e à educação, possibilitando, segundo José Afonso da Silva, melhores condições de vida aos mais fracos, através da previsão do direito à igualdade⁶.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *apud* MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas. 5ª ed. 1999. p. 285.

⁵ Os nominados direitos de primeira dimensão ou geração, correspondem aos clássicos direitos civis e políticos que valorizam o homem-singular, enfatizados principalmente, nos séculos XVIII e XIX. Os direitos da segunda dimensão caracterizam-se pelos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos que surgiram envolvidos pelo princípio da igualdade, com predomínio no século XX. Quanto aos direitos de terceira dimensão, assentam-se sobre os direitos de fraternidade, solidariedade, tendo por destinatário o próprio gênero humano. Por fim, os direitos conhecidos como de quarta dimensão ou ‘novos direitos’, estão relacionados ao processo mundial de globalização da economia, caracterizados pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Malheiros. 2002. p. 289.

Nesse sentido, a Constituição de Weimar, de 1919, consagrou pela primeira vez os direitos sociais, tendo a Constituição brasileira de 1934 seguido a mesma linha alemã, introduzindo em seu texto a proteção à ordem econômica e social, nela incluindo os princípios fundamentais que inspiram as relações trabalhistas, o que se tornou constante nas cartas magnas posteriores: o constitucionalismo social.

Não há uniformidade de critérios quanto aos direitos que devem ser incluídos nas Constituições. Existem modelos omissivos, como o da Constituição dos Estados Unidos da América, que não incluem o Direito do Trabalho no texto constitucional, e os modelos intervencionistas, como acontece ordenamento jurídico pátrio.

Sob o ângulo do positivismo jurídico, constata-se que o direito social atinge várias esferas da vida em sociedade, como a infância, a educação, a alimentação, a saúde, o trabalho, o meio ambiente, a assistência aos necessitados, a habitação e o lazer, como forma de fazer valer a vida na sua concepção mais abrangente.

O Estado de Direito Social expressa movimentos da sociedade na construção de um Estado moderno, os quais imploram por garantias à vida e ao cumprimento dos direitos sociais, de modo que os benefícios do desenvolvimento tenham uma distribuição menos desigual, com base em princípios éticos que conduzam a uma vida sustentável, inclusive às gerações futuras.

Os direitos fundamentais, dentre os quais encontram-se os direitos sociais insculpidos na Constituição vigente, são considerados como cláusulas pétreas, não podendo ser alteradas, tonando-se inafastável a conclusão de que a Carta Constitucional de 1988 guindou os direitos fundamentais trabalhistas à condição de verdadeiros limites materiais à atuação normativa tendente à sua abolição.

Segundo o Direito Constitucional brasileiro, os direitos sociais concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade; e, não interpretar dessa forma, significaria ferir de morte os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito, relegando o princípio da dignidade humana à condição de mera abstração⁷.

Nesse mesmo sentido, sem a concretização dos direitos sociais inexistente sociedade livre, justa e solidária, nos moldes do art. 3º da Constituição vigente. O mesmo se aplica com relação à redução das desigualdades sociais, princípio da Ordem

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros. 2004. p.642.

Econômica e fundamento da República, como dispõem os arts. 3º e 10, VII da Carta Magna.

Imperativo, portanto, reconhecer os direitos trabalhistas como direitos fundamentais protegidos contra qualquer forma de abolição, exceto e unicamente nas situações em que o próprio Poder Constituinte expressamente permitiu⁸, permanecendo as demais cláusulas pétreas trabalhistas juridicamente a salvo de qualquer inovação do Poder Constituinte Derivado Reformador, que, porventura, pretenda ampliar esse rol.

Assim sendo, tanto a lei ordinária, quanto a emenda à constituição, que afetem ou busquem abolir a essência protetora dos direitos sociais, devem ser declaradas inconstitucionais por juízes e tribunais.

Além do exposto, o princípio do não-retrocesso social consiste em importante conquista civilizatória, impedindo que planos políticos enfraqueçam os direitos fundamentais. Neste contexto, pontua Paulo Bonavides:

“Só a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1º, 3º e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, 4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento, nem de esteio à exclusão dos direitos sociais”⁹.

Os direitos sociais possibilitam a concreção da justiça social dentro de uma sociedade capitalista, e, sob esse ângulo, desde 1919 está institucionalizado no Direito Internacional, especificamente no preâmbulo da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que sem justiça social não há paz.

Na esteira de tal entendimento, o Brasil comprometeu-se em sede de norma internacional, a não retroceder em relação a direitos sociais. É o que dispõe o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25.9.92, e promulgada pelo

⁸ Incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição vigente.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p 641.

Decreto n. 678, de 6.11.92. Nos mesmos moldes, segue o art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos (Protocolo de San Salvador)¹⁰.

Constata-se que o Brasil está adstrito ao princípio do não-retrocesso social, consubstanciando o direito do cidadão frente ações contrárias às garantias sociais já estipuladas, bem como a condição sem a qual não se pode abordar o tema dos direitos trabalhistas.

A propósito, tem razão Jorge Luiz Souto Maior quando afirma que o direito social não é apenas uma normatividade específica. Trata-se de regra transcendental, que impõe os valores de solidariedade, justiça social e da proteção à dignidade humana à sociedade, e, conseqüentemente, a todo ordenamento jurídico¹¹.

Necessário evidenciar que os direitos insculpidos na Constituição vigente são resultados de uma demanda social e democrática, expressos através de movimentos sociais em busca de uma sociedade justa, livre e solidária. O cerne da Constituição, a *Grundnorm* do nosso ordenamento, é a valorização do homem em todas as suas dimensões, em que estão presentes, evidentemente, o trabalho e o emprego.

O fato é que a Constituição brasileira de 1988, de orientação sócio-democrática, no que diz respeito aos direitos sociais incluídos entre os direitos e garantias fundamentais, é considerada inovadora e detalhista. Traz em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, a saber: direitos e deveres individuais e coletivos, correspondendo aos direitos ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade; direitos sociais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, com a finalidade de melhoria das condições de vida dos hipossuficientes; nacionalidade, considerada como vínculo político que liga o indivíduo ao Estado; direitos políticos, como conjunto de regras que disciplina a atuação da soberania popular, considerando-se como direitos públicos subjetivos; e os direitos à organização e participação em partidos políticos.

Como se pode notar, embora os direitos sociais abranjam um universo mais amplo e evidenciado em nosso ordenamento jurídico, não estando enunciados apenas

¹⁰ BELTRAMELLI NETO, Silvio. A flexibilização do Direito do Trabalho sob o enfoque constitucional. **Revista LTr**. 71-11/1325-1333. São Paulo: Ed. Ltr. 2007. p. 1326.

¹¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. **Revista LTr** 71-11/1317-1321. São Paulo: Ed. Ltr. 2007. p. 1317.

nos arts. 6º ao 11º da Constituição vigente, o objetivo desta reflexão jurídica é analisar um dos direitos sociais, o Direito do Trabalho, fortemente marcado pelo conteúdo sócioeconômico e sua inclusão constitucional.

Especificamente quanto aos direitos dos trabalhadores, a Constituição de 1988 dedica alguns artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e todo o Capítulo II, intitulado “Dos Direitos Sociais”, empregando grande ênfase não só aos direitos individuais, mas também aos direitos coletivos, alterando, inclusive, o exercício da autonomia privada coletiva. Compreende extenso rol de direitos fundamentais, demandando uma intervenção estatal comprometida com a progressão de sua eficácia, já que a Constituição vigente traça a idéia de máxima eficiência de suas normas.

Apesar da falta de rigor sistemático da Constituição de 1988, pode-se afirmar que o art. 7º consagra a igualdade entre os trabalhadores rurais e urbanos, sendo sede do Direito Individual e Tutelar do Trabalho, contendo trinta e quatro incisos e um parágrafo, todos voltados à proteção de uma série de direitos laborais, pela primeira vez previstos no plano constitucional. Todavia, ainda que Carta Magna reconheça a proteção aos direitos do trabalhador, na prática, a tensão entre trabalhadores e empregadores é diária e interminável.

Não é demais referir que não apenas a doutrina dos direitos fundamentais, mas o Direito como um todo, estão sofrendo o impacto das mutações da sociedade e do tempo cuja matriz é a provisoriedade. A experiência histórica contemporânea é marcada pela mutabilidade a uma velocidade não vista antes, ensejando, assim, toda sorte de perplexidades, demonstrando que um dos traços do tempo atual é a multiplicidade das organizações sociais e a interdisciplinaridade dos diversos campos de atuação estatal.

Quanto ao direito individual do trabalho, configura-se como modelo constitucional prescritivo, analítico, relacionando o art. 7º inúmeros direitos trabalhistas, distanciando-se do modelo constitucional de tipo sintético, caracterizado pela apresentação resumida das regras que devem ter estatura constitucional. À luz de tal concepção, o constituinte brasileiro abandonou a técnica de Direito Constitucional de agasalhar apenas princípios, e transformou a Constituição vigente num verdadeiro estatuto dos trabalhadores, optando pelo constitucionalismo laboral difuso.

A Carta de 1988, no art. 7º, IV, conferiu tratamento extenso no sentido positivo da ampliação dos direitos do trabalhador, através dos critérios de fixação do salário

mínimo definidos em um amplo quadro, capaz de satisfazer as necessidades vitais e básicas do trabalhador e sua família, “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Tais previsões, entretanto, deixaram evidentes a distância entre a norma jurídica e a realidade fática, demonstrando que nem sempre a eficácia jurídica acompanha a vontade do legislador constituinte originário.

Da leitura dos incisos do art. 7º, observam-se a garantia constitucional da relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos, preceito esse não regulamentado até os dias de hoje por simples desinteresse legislativo ou má vontade política; salário nunca inferior ao mínimo para os que perceberem remuneração variável; adicional noturno; décimo terceiro salário; adicional de remuneração para as atividades insalubres, penosas ou perigosas; piso salarial proporcional à extensão e complexidade do trabalho; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

A constitucionalização de direitos trabalhistas, como se comprova, é demasiadamente extensa, incluindo também, o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, nos moldes do art. 7º, XV; gozo de férias anuais remuneradas, acrescidas no mínimo de um terço do salário normal, como reza o art. 7º, XVII; estabilidade à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, disposta no art. 10, II, *b*, ADCT; licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, prevista no art. 7º, XVIII; licença paternidade, nos termos fixados em lei, conforme inserido pelo art. 7º, XIX.

Quanto ao trabalho do adolescente, a Constituição de 1988 foi substancialmente alterada pela Emenda n. 20/98, que proibiu qualquer trabalho ao menor de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

Com relação à extinção do contrato de trabalho, a Constituição da República extinguiu a alternativa entre a estabilidade e o FGTS, generalizando, no art. 7º, III, o regime do FGTS para todo empregado, estimulando a rotatividade do trabalhador no emprego.

Estipula, ainda, a Carta Magna de 1988, a garantia de seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador, acrescida de indenização a que este está obrigado quando incorrer dolo ou culpa, nos moldes do art. 7º, XXVIII.

Salienta-se que o seguro desemprego e salário-família, proteção do mercado de trabalho da mulher, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, redução dos riscos inerentes ao trabalho, aposentadoria, proteção em face de automação, prazo precricional, proibição de discriminação entre trabalhadores, e igualdade de direitos entre trabalhadores com vínculo empregatício e os avulsos, são, também, outros direitos individuais do trabalho constitucionalmente elencados no art. 7º.

A Constituição de 1988 prevê, no art. 7º, XI, a participação nos lucros ou resultados desvinculada da remuneração. Dispõe, nos incisos XIII e XIV, sobre o módulo semanal de 44 horas, reduzindo para 6 horas a jornada nos sistemas de turnos ininterruptos de revezamento e facultando a compensação de horas, além de prever o adicional mínimo de 50% sobre as horas extraordinárias no inciso XVI, permitindo a final, a redução da jornada mediante negociação coletiva.

Quanto à negociação coletiva, não apenas foi reconhecida no art. 7º, XXVI, mas valorizada acima de tudo, enquanto instrumento de administração de crises da empresa, autorizando-se a redução salarial no inciso VI, e nos incisos XIII e XIV, a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva.

Como se pode notar, a Carta Constitucional de 1988 prevê não apenas direitos irrenunciáveis, mas também a possibilidade de renúncia de alguns deles, consagrando-se, neste particular, que a diminuição destes direitos somente é possível com a assistência e participação sindical.

Concebe-se, pois, o ordenamento jurídico com função promocional, em que o direito desempenha um papel ativo ao assegurar aos atores sociais zonas de independência, de autonomia. Segundo Arion Sayão Romita, esse direito aceita outras denominações como direito pós-moderno; pós-intervencionista; processualizado; ecológico; mediatizado¹².

É bem verdade que a Carta vigente retirou do Direito Individual do Trabalho a rigidez intocável que caracterizou suas normas ao longo das décadas anteriores. No entanto, a flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil tem respaldo legal apenas, e

¹² ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Ed.Ltr. 2007. p. 409.

tão-somente, nos estritos casos permitidos pelo Poder Constituinte Originário. Não se permite que sejam flexibilizados os preceitos insertos nos direitos sociais, gerando a precarização das relações sociais, com a justificativa de redução de custos do trabalho sob a lógica do capitalismo de produção.

O processo de flexibilização de direitos deve ser amparado por um controle jurídico democrático, fundado no princípio de adequação setorial negociada, com efetiva participação sindical, dentro dos limites restritos do art. 7º, VI, XIII e XIV da norma constitucional, que expressamente prevêem a possibilidade de alteração do parâmetro justrabalhista fixado para tais institutos¹³. Significa, poranto, que a *mens legis* não intenta a extensão da faculdade aos demais direitos, pois, caso contrário, o teria feito.

Ressalta-se que o poder da negociação coletiva não é ilimitado. A presença do sindicato da categoria profissional não elimina a necessidade da tutela de mínimos legais, e raciocinar dessa forma significaria extrapolar o que a realidade jurídica autoriza concluir, posto que a orientação constitucional não permite a supressão do patamar mínimo de direitos trabalhistas, exceto nos casos acima expressos, não sendo autorizada a interpretação extensiva.

É correto afirmar que a negociação coletiva goza de amplo prestígio na Constituição da República, tendo o condão de se tornar o instrumento promotor quando o assunto é flexibilização do Direito do Trabalho. Entretanto, a orientação constitucional proíbe que a desregulamentação e a flexibilização trabalhistas sejam traduzidas como mecanismos supostamente racionais de simples adequação do Direito à economia.

O incentivo à negociação coletiva não representa nenhuma ameaça, desde que preservados os direitos previstos na Constituição e as garantias existentes na legislação. Todavia, em numerosos casos concretos, a negociação coletiva tem se mostrado instrumento hábil na redução de direitos, consolidando-se uma prática de alterações de condições de trabalho em prejuízo dos interesses imediatos dos trabalhadores.

Em troca da promessa de manutenção do emprego, sindicatos negociam a redução de salários e aumento da jornada de trabalho, agasalhados pela flexibilização constitucional. Por força dessas normas, possibilita-se a prestação de horas

¹³ DELGADO, Gabriela Neves. A Constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. **Revista LTr** 72-05/563-569. São Paulo: Ed. Ltr. 2008. p. 566.

extraordinárias sob o regime da compensação anual, acarretando um claro retrocesso social chancelado pela legislação infraconstitucional, bem como as contratações a tempo parcial e a terceirização de mão-de-obra, fomentados por políticas públicas específicas, que têm como pretexto combater o desemprego.

Diante do exposto, verifica-se que o *déficit* de representatividade sindical põe em questão estas práticas e denuncia o esgotamento do modelo adotado, que ingressou em um processo seguido de deslegitimação, cujo freio é a democratização do sistema sindical em sua totalidade.

Em resposta às medidas flexibilizatórias excessivas, o Ministério Público do Trabalho tem ajuizado ações anulatórias de cláusulas acertadas em negociações coletivas que sejam danosas à saúde do trabalhador ou firam normas constitucionais cogentes.

Espera-se, contudo, que as posturas dos sindicatos nas negociações coletivas, e do Poder Judiciário, no julgamento da validade dos instrumentos autônomos, prestigiem a inafastável vigência de um ordenamento jurídico fulcrado no solidarismo constitucional, em respeito, acima de tudo, à dignidade humana.

Quanto aos arts. 8º, 9º e 11º da Carta Magna, cuidam respectivamente da associação profissional sindical; do reconhecimento do direito de greve; e da eleição de um representante de trabalhadores em empresas com mais de duzentos empregados.

Na seara do direito coletivo do trabalho, o art. 8º da Carta Magna dispõe sobre a liberdade dos sindicatos, via fundação mediante registro em órgão competente, sem a autorização do Estado. Entretanto, em homenagem às características conservadoras, retrógradas e autoritárias de nossa sociedade, mantém nos incisos II e IV, institutos do nocivo regime inaugurado pelo Estado Novo, a unicidade sindical e a contribuição sindical inspiradas na *Carta Del Lavoro*, de 1927, contrariando, totalmente, o princípio da liberdade sindical.

Embora a Organização Internacional do Trabalho, por intermédio do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração tenha, reiteradamente, proclamado a incompatibilidade da contribuição compulsória com a liberdade sindical, o ordenamento jurídico pátrio mantém tal contribuição. Desse modo, fica assegurada a manutenção de sindicatos sem representatividade, rotulados como sindicatos fantasmas ou de carimbo, reforçando o que se convencionou chamar de peleguismo sindical, prática que deveria

ter sido banida, caso o legislador constitucional fosse menos corporativista e mais atento ao regime democrático, que afinal, representa.

Observa-se que o mencionado art. 8º possui conceitos indeterminados, dentre os quais o conceito de órgão competente para registro dos sindicatos, já que não o indica. Promove divergências interpretativas, quando delimita as funções dos sindicatos, entre outras, a defesa dos interesses individuais da categoria, e quando aponta como sistema sindical o sistema confederativo, não incluindo as centrais sindicais¹⁴.

Quanto à dimensão dos efeitos constitucionais do direito coletivo do trabalho nos dispositivos da CLT, continuam sem uma solução unânime sobre os que foram atingidos e os que estão recepcionados pela Lei Maior.

Não há dúvidas de que o modelo sindical pátrio carece de profundas alterações que eliminem conceitos indeterminados e ultrapassadas feições corporativistas, posto que o sindicalismo brasileiro não conseguiu desvincilhar-se definitivamente do aparato corporativista, conhecido como *esprit de corps*.

Para democratizar as relações coletivas de trabalho, urge uma reforma constitucional que extermine os resquícios do regime fascista ainda vigorantes em nosso ordenamento. A superação de tais resquícios corporativistas remanescentes do modelo sindical monopolista ocorrerá, igualmente, com a aprovação da Convenção n. 87 da OIT, que consagra a liberdade sindical, sob a forma de emenda constitucional, por configurar-se como tratado internacional sobre direito humano fundamental, de acordo com o art. 5º, § 3º, da Constituição vigente, em razão da EC n. 45/2004.

Oportuno afirmar que, com o processo de internacionalização do direito e constitucionalização dos princípios e valores fundamentais, o Direito do Trabalho assume nova dimensão interpretativa que valoriza ao imenso contexto da realidade social.

Impostergável o respaldo constitucional à livre criação de sindicato, bem como à autonomia coletiva como marco no sentido da liberdade sindical, salientando Arion Sayão Romita que a Constituição vigente, regulamentarista e cheia de minúcias, está de

¹⁴ A Lei n. 11.648, de 31 de março de 2008 reconhece as centrais sindicais.

costas voltadas para a realidade, sendo necessário modificá-la, impondo-se, sobretudo, a reforma do capítulo que regula os direitos sociais¹⁵.

Com respeito à estrutura dos direitos fundamentais, não se ajustam a uma especificação minuciosa do enunciado que os garantem, pelo risco de perder em generalidade, sendo comprometida sua posição de supremacia. As limitações devem, portanto, restringir-se à tutela de outros direitos, bens e valores constitucionais, sempre preservando o núcleo dos direitos em confronto.

Seguindo os ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento, entende-se que a constitucionalização excessiva e detalhista deve ser evitada, e, sob esse aspecto, afirma-se que nem todos os direitos trabalhistas devem ser incluídos na Constituição, mas apenas os fundamentais¹⁶.

A possibilidade de regulação satisfatória das relações de trabalho depende de uma reforma sindical que tenha como norte o princípio da liberdade sindical universalmente consagrado, pois, a idéia de contorná-lo uma vez mais poderá acarretar sérios danos à sociedade brasileira.

No que tange à greve, como fato coletivo do mais espetacular dos conflitos trabalhistas, o legislador pátrio deixou de considerá-la como fato social ou liberdade, imprimindo-lhe natureza jurídica de direito a ser exercido, incluindo-a como direito fundamental.

O tratamento constitucional dispensado à greve no art. 9º da Constituição de 1988, transfere para os trabalhadores a definição sobre a oportunidade de sua declaração, para defesa dos seus direitos e interesses, dispondo que a greve abusiva sujeita os responsáveis às penas da lei.

Não é sem razão que a definição de greve como direito implica a aceitação de limites ao seu exercício, porque não existem mais direitos absolutos, e, sendo assim, a

¹⁵ ROMITA, Arion Sayão. O Direito Coletivo antes e depois da Constituição de 1988. **A transição do Direito do Trabalho no Brasil**.- Estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad (coord. Amauri Mascaro Nascimento). São Paulo: Ed. Ltr. 1999. p.66.

¹⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Os Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras. **Constitucionalismo Social**- Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. (coord. Jane Granzoto torres da Silva). São Paulo: Ed. LTr. 2003. p.42.

tendência difusa de se considerar ilimitado o direito de greve, não encontra qualquer fundamento no plano jurídico¹⁷.

Não obstante a entusiástica acolhida dispensada pela Constituição de 1988 aos direitos fundamentais, é necessário que se transponha um obstáculo relevante no que tange à eficácia e indispensável efetivação desse catálogo de direitos, com destaque para o âmbito das relações de trabalho, as quais apresentam dificuldades para sua concretização.

Além do exposto, pondera-se que, do ponto de vista social e da teoria constitucional, existe o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil contemporâneo, desafio este que precisa ser enfrentado, argumentando-se que a normativa constitucional não se trata de promessa vã, mas, acima de tudo, uma resposta normativa à realidade fática, em busca de um mundo novo e diferente, representando, nesse caso, a dimensão utópica fundante da Constituição.

Sob esse aspecto, a questão da eficácia jurídica e da aplicabilidade jurídica da norma constitucional está intimamente ligada à problemática da efetividade ou da eficácia social da norma constitucional. Sendo assim, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas algumas, principalmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta¹⁸.

Embora a formalização dos direitos fundamentais na Constituição seja legítima, tendo nascido de uma Assembleia Nacional Constituinte que recepcionou os interesses da sociedade brasileira, é preciso salientar que somente uma norma com eficácia real consegue desempenhar verdadeira função social, posto que concretizada.

Não é crível, portanto, que os direitos fundamentais não possuam efetividade, ou seja, eficácia social, não bastando que o Estado reconheça formalmente os direitos fundamentais, dispondo no art. 5º, § 1º da Constituição vigente que suas normas têm aplicação imediata. Urge concretizá-los através de leis eficazes, aplicáveis na vida real,

¹⁷ BARROS, Cássio Mesquita. A greve no serviço público. **Constitucionalismo Social-** Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. (coord. Jane Granzoto Torres da Silva). São Paulo: Ed. LTr. 2003. p. 77.

¹⁸ SILVA, Jose Afonso da Silva. *Op. cit.* p. 179.

demandando a atuação efetiva do legislativo, bem como de uma ação executiva, por intermédio de políticas públicas promocionais.

A eficácia jurídica significa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os efeitos jurídicos por ela colimados, enquanto que a eficácia social consiste na efetiva aplicação e obediência à norma pela sociedade.

Por via de consequência, a aferição da validade e eficácia jurídicas das garantias e direitos trabalhistas, agasalhados no texto constitucional, vinculam-se diretamente à aplicabilidade dos princípios constitucionais trabalhistas, tanto em termos sociais e políticos, no sentido amplo, quanto em termos jurídicos *stricto sensu*.

Sustenta-se que a lei possui eficácia social quando atinge o objetivo para o qual foi criada, e, para que isso seja possível, o legislador não pode ater-se apenas aos aspectos formais para a redação das leis, mas, sobretudo, atentar para os fatores sociais, econômicos e políticos, entre outros. É o que se chama de efetividade do direito, na mais pura acepção técnico-jurídica.

Uma norma jurídica pode ser perfeitamente válida, juridicamente eficaz, sem, no entanto, ser efetiva, pois não se concretiza no mundo das condutas, desperdiçando a força transformadora do direito. Logo, tem razão Miguel Reale quando elucida que o direito torna-se efetivo não apenas quando é declarado, mas reconhecido e vivido pela sociedade como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se, não bastando a norma jurídica ser formalmente válida, vigente e incidente; deve ser também socialmente eficaz¹⁹.

Verifica-se que a norma jurídica tem obrigação de ser eficaz, e, para que haja consolidação da efetividade dos direitos fundamentais, faz-se necessária a participação ativa de todos os componentes do corpo social²⁰.

Na esteira do entendimento acima firmado, a Constituição vigente trouxe inovações de monta no âmbito das garantias postas à disposição do trabalhador a fim de fazer valer os seus direitos, em especial o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança Coletivo, o *Habeas Data* e a ampliação do campo de abrangência da Ação Civil Pública. Desse modo, a eficácia jurídica das garantias e direitos constitucionais

¹⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Ed. Saraiva. 22ª ed. 1995. p. 113.

²⁰A participação comunitária no processo elaborativo das leis divide a responsabilidade da materialização dos direitos entre o Estado e a sociedade. A técnica legislativa, por sua vez, surge como um canal dialogico entre o legislador e o cidadão, fomentando a produção qualitativa das leis.

trabalhistas vigentes deve ser aferida, tendo como parâmetro fundante a sua adequação à realidade da sociedade como um todo, e, no particular, à proteção ao trabalhador.

Nesta ordem de idéias, constata-se que no campo dos direitos sociais do trabalhador, a Carta Magna de 1988 inseriu direitos à espera de legislação complementar ou ordinária, sendo, portanto, passíveis de serem tutelados via Mandado de Injunção a ser ajuizado perante o Pretório Excelso, com fulcro no inciso LXX do art. 5º da mesma Lei Fundamental, como instrumento de efetividade da norma jurídica.

Desse modo, ao longo de duas décadas de Constituição da República, coube à doutrina e à jurisprudência delinear os novos contornos democráticos desses direitos e garantias, tendo seu intérprete maior o Supremo Tribunal Federal, assegurado a eficácia jurídica de suas previsões.

Como constatação de que a realidade costuma ser mais rica do que imaginou o consituente ou pensou o legislador ordinário, é que, transcorridos vinte anos da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal tem, reiteradamente, suprido a inércia do Congresso Nacional quanto ao tratamento de importantes matérias, tais como o aviso prévio proporcional, o direito de greve dos servidores públicos, ainda dependentes de lei específica, entre outras.

Em face do exposto, a ninguém mais escapa que o Poder Judiciário não é um mero aplicador da lei, porque deve, acima de tudo, consagrar o que é justo, considerando-se inaceitável a opressão do homem pelo homem, destacando Maurício Godinho Delgado que a interpretação do Direito do Trabalho deve seguir as linhas gerais da interpretação jurídica, com a especificidade de que o Direito Laboral há de ser interpretado com um enfoque valorativo e protecionista, prevalecendo os valores e princípios essenciais a esse ramo do Direito²¹.

A solução do caso concreto deve ser buscada desde o Direito Constitucional, e não desde um ramo isolado do Direito, pois é na *Grundnorm* que se localizam os princípios e valores que devem orientar o intérprete, tratando-se, portanto, da compreensão do Direito do Trabalho, a partir da Constituição e não ao revés.

O intérprete do Direito do Trabalho deve levar em consideração que a proteção dispensada ao trabalhador, além de ser um direito individual relacionado à dignidade da

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr. 2008. p. 238.

pessoa humana, é também um interesse público de harmonizar o capital e o trabalho, indispensável à garantia do bem comum e à paz social.

Sendo assim, a interpretação não pode contrariar esta lógica, nem ignorar a realidade, e, nesse sentido, Wagner Balera pondera:

As normas do Direito do Trabalho, notadamente as que foram precipuamente consideradas pelo constituinte, inventariam concretas situações da vida que hão de ser modeladas, ou mesmo transformadas, pelos órgãos a quem a ordem jurídica atribui a missão de aplicar o Direito²²

Não basta a identificação formal do patamar mínimo dos direitos trabalhistas, fazendo-se necessária a concretização de tal proteção, pois somente desse modo a dignidade da pessoa humana se revela em sua existência.

Finalmente, verifica-se a necessidade de implementação de políticas públicas que visem à satisfação dos ideais de justiça proclamados pelo legislador constituinte, colaborando, desse modo, para a tão sonhada efetividade prática dos direitos sociais, posto que o direito, enquanto inacabada tarefa de realização e transformação do homem, através do seu próprio transcender-se, deve estar aderido à realidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALERA, Wagner. O Direito do Trabalho e a questão social. **Temas atuais de Direito** -Edição comemorativa do Jubileu de Prata da Academia Paulista de Direito (coord. Milton Paulo de Carvalho). São Paulo: Ed. LTr. 1998.

BARROS, Cássio Mesquita. A greve no serviço público. **Constitucionalismo Social**-Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. (coord. Jane Granzoto torres da Silva). São Paulo: Ed. LTr. 2003.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. A flexibilização do Direito do Trabalho sob o enfoque constitucional. **Revista LTr.** 71-11/1325-1333. São Paulo: Ed. Ltr. 2007.

²² BALERA, Wagner. O Direito do Trabalho e a questão social. **Temas atuais de Direito** -Edição comemorativa do Jubileu de Prata da Academia Paulista de Direito (coord. Milton Paulo de Carvalho). São Paulo: Ed. LTr. 1998. p.205

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina. 2ª ed. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 1988.

DELGADO, Gabriela Neves. A Constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. **Revista LTr** 72-05/563-569. São Paulo: Ed. Ltr. 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva. 17ª ed.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. **Revista LTr** 71-11/1317-1321. São Paulo: Ed. Ltr. 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas. 5ª ed. 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Os Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras. **Constitucionalismo Social**- Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. (coord. Jane Granzoto Torres da Silva). São Paulo: Ed. LTr. 2003.

PEREZ Luño, Antonio E. Los Derechos Fundamentales. Madrid. Ed. Tecnos. 1995.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Ed. Saraiva. 22ª ed. 1995.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Ed. Ltr. 2007.

_____. Arion Sayão. O Direito Coletivo antes e depois da Constituição de 1988. **A transição do Direito do Trabalho no Brasil**- Estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad (coord. Amauri Mascaro Nascimento). São Paulo: Ed. Ltr. 1999.

SILVA, Jose Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.