

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Herbert Wittmann

CONFLITOS COLETIVOS DO TRABALHO E AS TUTELAS DOS DIREITOS
SOCIAIS

Piracicaba

2011

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Herbert Wittmann

CONFLITOS COLETIVOS DO TRABALHO E AS TUTELAS DOS DIREITOS
SOCIAIS

Dissertação de Mestrado apresentada à
Banca Examinadora do Programa de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito como
exigência parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Richard Paulro Pae Kim

Piracicaba

2011

CONFLITOS COLETIVOS DO TRABALHO E AS TUTELAS DOS DIREITOS
SOCIAIS

Herbert Wittmann

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Richard Paulro Pae Kim

Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano

Prof. Dr. Henrique Macedo Hinz

Dedico o presente trabalho aos meus queridos e amados pais Edwin Wittmann e Silvia Jorge Wittmann, a quem tudo devo em minha vida.

Dedico-o também aos meus filhos Bárbara e Eduardo, riquezas únicas na minha existência, e a minha esposa Denise, companheira de todas as horas e momentos, mulher da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A concretização desse trabalho somente foi possível graças às inúmeras pessoas, que, direta ou indiretamente, colaboraram para que eu conseguisse realizar esse sonho. A todas elas meu profundo agradecimento e respeito.

À minha família, pelo incentivo e compreensão pelas horas de convivência subtraídas.

À Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), por ter me propiciado um desenvolvimento acadêmico-profissional.

A todo o corpo docente do curso de mestrado em Direito, pela paciência a mim dispensada e pelos conhecimentos ministrados.

Ao Prof. Dr. Richard Paulro Pae Kim, que acreditou em meu potencial e muito colaborou durante todo o mestrado para que eu pudesse ver o Direito de forma diferente, transmitindo, com muita paciência e sabedoria, conhecimentos para o atingimento desse objetivo.

Aos colegas do mestrado com quem, durante esse período, compartilhei dúvidas, experiências e informações, tornando as discussões sempre ricas, facilitando meu desenvolvimento acadêmico. Sem dúvida, ficarão para sempre em minha lembrança, com a minha gratidão e respeito.

Aos funcionários da Universidade, principalmente da área da pós-graduação, pelo incentivo e presteza em me auxiliar nas dificuldades que tive.

As incansáveis servidoras da biblioteca do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que estiveram sempre à disposição para as pesquisas que realizei.

RESUMO

Este trabalho versa sobre os conflitos coletivos do trabalho e a tutela dos direitos sociais na República Federativa do Brasil. Inicialmente, percorre as questões relacionadas com os direitos fundamentais do homem, apresentando uma breve evolução histórico-social desses direitos, com o enfoque centrado no surgimento dos direitos fundamentais sociais e dos Estados constitucionais. Considerando os eventos sociais ocorridos durante o século XX e as transformações sociais decorrentes, discute-se uma nova visão do Estado moderno, apresentando os principais aspectos do chamado neoconstitucionalismo, sua influência na aplicação do Direito na sociedade, como a questão que envolve a aplicação de princípios e regras, a valorização dos direitos fundamentais do homem e a promoção da dignidade humana, apresentando e caracterizando, nesse contexto, os direitos sociais existentes na Constituição. Tendo esse contexto definido e delineado, trata da questão dos conflitos coletivos do trabalho e suas características, expondo as diversas formas de composição existentes, bem como o papel que os seres coletivos possuem no ordenamento após a Constituição de 1988, discutindo suas características e limitações.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais, Direitos Fundamentais Sociais, Neoconstitucionalismo, Direitos Coletivos do Trabalho.

ABSTRACT

This paper describes the collective labor conflicts and the protection of social rights in the Federative Republic of Brazil. Initially, it covers issues related to the fundamental rights of man, with a brief historical and social evolution of these rights, with attention focused on the emergence of fundamental social and constitutional states. Considering the social events that occurred during the twentieth century and the social changes, we discuss a new vision of the modern state, presenting the main aspects of neoconstitutionalism called, its impact on the application of law in society, as the question involves the application of principles and rules, the enhancement of fundamental human rights and promoting human dignity, presenting and characterizing this context, the existing social rights in the Constitution. Having defined and outlined this context, addresses the issue of collective labor conflicts and their characteristics, explaining the various existing forms of composition, as well as the role that collective beings possess in order after the 1988 Constitution, discussing their characteristics and limitations.

KEYWORDS: Fundamental Rights, Fundamental Rights Social, Neoconstitutionalism, Collective Rights of Labor

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
 CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
1.1 A questão terminológica.....	10
1.2 Características comuns.....	15
1.3 Breve evolução histórica dos direitos fundamentais.....	18
1.4 Os direitos sociais.....	42
1.4.1 Um breve histórico de sua origem.....	42
1.4.2 Conceito.....	52
1.4.3 Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.....	56
1.4.3.1 Os direitos fundamentais de primeira dimensão.....	60
1.4.3.2 Os direitos fundamentais de segunda dimensão.....	60
1.4.3.3 Os direitos fundamentais de terceira dimensão.....	61
 CAPÍTULO 2 – A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS DIREITOS SOCIAIS.....	63
2.1 O neoconstitucionalismo.....	68
2.2 As normas constitucionais: regras e princípios.....	74
2.3 A caracterização dos direitos sociais na Constituição da República.....	77
 CAPÍTULO 3 – NEGOCIAÇÃO COLETIVA DO TRABALHO.....	84
3.1 Reconhecimento e proteção do trabalho.....	86
3.2 O Direito Coletivo do Trabalho.....	93
3.3 Os sindicatos como atores coletivos.....	99
3.4 Conflitos coletivos do trabalho.....	106
3.5 Resistências coletivas.....	112
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	120

INTRODUÇÃO

A busca pela efetivação dos direitos sociais é um dos maiores desafios que os juristas enfrentam, uma vez que por seu intermédio é que se torna possível a concretização real dos desígnios presentes na Constituição ao cidadão.

Esta dissertação abordará o desenvolvimento dos direitos sociais a partir dos movimentos ocorridos na base econômico-social com reflexos na ordem político-jurídica, permitindo apontar ideologias que apoiaram e que resistiram ao desenvolvimento dos direitos sociais. Serão apresentados os direitos fundamentais do homem, considerando de forma integrada as estruturas sociais de cada época, a posição do Estado e dos direitos fundamentais em si, com enfoque especial aos direitos fundamentais sociais.

Os direitos fundamentais sociais presentes na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 serão apresentados e discutidos dentro do contexto de uma nova visão do direito constitucional, o neoconstitucionalismo.

Os conflitos coletivos do trabalho serão então explorados, indicando suas relações com a Constituição Federal, sua organização e influência na questão laboral e social.

Com o intuito de facilitar a compreensão do desenvolvimento dessa pesquisa, os temas serão relacionados sucintamente abaixo.

No primeiro capítulo, serão apresentados os direitos fundamentais do homem, as questões terminológicas envolvidas, as características comuns e uma breve visão histórica da evolução desses direitos fundamentais, demonstrando os movimentos de avanços e retrocessos ocorridos ao longo da história. Haverá um enfoque especial aos direitos sociais, relacionando-os diretamente com o modo de

produção à época e suas consequências, conceituando-os. Por fim, esse capítulo fará breves considerações a respeito das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, tema sempre presente nas discussões do tema em si.

Num segundo momento, a dissertação tratará dos direitos sociais existentes na Constituição Federal do Brasil de 1988, dando destaque ao neoconstitucionalismo, tratando dos diversos aspectos trazidos por essa nova concepção de direito constitucional e indicando alguns reflexos positivos na consideração dos direitos fundamentais do homem e nas questões que envolvem a dignidade da pessoa humana.

O terceiro capítulo voltar-se-á para a questão de como os conflitos coletivos ocorrem, quais os atores envolvidos, suas características, formas de pressão e mecanismos de resolução existentes, explicitando as relações com a atual Constituição e apontando os reflexos decorrentes.

Por fim, serão apresentados todos os referenciais teóricos que propiciaram e subsidiaram o desenvolvimento da presente pesquisa.

CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A questão terminológica

Antes de tratarmos do tema em si, é de suma importância analisarmos a questão terminológica envolvida, já que diversas visões e acepções podem ser consideradas quando se fala em “direitos fundamentais”, pois além das possibilidades de significado que envolvem o termo “direitos”, ainda temos a questão da fundamentalidade ao qual o segundo termo nos remete.

O termo “direitos” é impreciso, seja analisando-o do ponto de vista semântico, seja do ponto de vista sintético. Desse ponto de vista, possibilita diversas conexões, carregando de significação o termo inicial, como é o caso se realizada a conexão com o adjetivo “fundamentais” especializando-o sobremaneira. Daquele ponto de vista, carrega a ambiguidade e vagueza, dada a característica de poder variar o seu sentido, podendo ser utilizado de diversas formas e sentidos¹. Ao utilizarmos a expressão “direitos fundamentais” nessa dissertação, estamos adotando inicialmente uma visão sintética, demonstrando uma especificação dos direitos que serão o objeto do presente estudo e facilitando, também, uma abordagem semântica, atribuindo significado específico ao termo “direitos”.

Esse significado específico nos leva à existência de duas funções dos direitos fundamentais, uma função subjetiva e uma objetiva. A função subjetiva nos direciona ao direito que o indivíduo possui de resistir a uma intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual, delimitando uma possibilidade de liberdade do

¹ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 39.

indivíduo frente ao Estado e respeito por parte deste, não interferindo na sua esfera individual. A função objetiva se caracteriza por ser um exercício que independe dos sujeitos de direito, sendo voltado para a ação estatal, que deverá defender a todos de violações cometidas por particulares e pelo próprio Estado, devendo observar e proteger o princípio da dignidade da pessoa humana, base de toda a teoria de direitos fundamentais². Essa questão é uma questão essencial, já que tal adjetivo, frise-se, indica uma especialização que supera os conceitos subjetivos e institucionais dados ao termo “direito”. Sua qualificação indica uma relação de essencialidade com a questão da dignidade humana, das situações jurídicas que ocorrem e que, sem elas, impossibilita sua realização como pessoa, sua convivência social e até mesmo sua sobrevivência, devendo todos ser não só formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados³.

Nesse sentido, importantes também são os ensinamentos de Nunes Júnior sobre o significado da existência de um plano subjetivo e de um plano objetivo, relacionando esse último com a própria noção de Estado Democrático de Direito:⁴

A Constituição Federal, em mais de uma passagem, faz alusão aos Direitos Fundamentais não só como direitos subjetivos, mas também em uma dimensão institucional, indicando que o respeito e a observância constituem fundamento de nossa ordem política e princípio que deve nortear o país nas suas relações internacionais. Com efeito, não há como pensar em direitos fundamentais fora de um contexto generalizante, em que, de um lado, são concebidos como direito subjetivos e de outro, como instituições sedimentadas

² DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 118-119.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 149-150.

⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 12. O autor cita ainda, os ensinamentos do professor João dos Passos Martins Neto que define os direitos fundamentais subjetivos como sendo “a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como um dono, dentro de certos limites, de bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva”.

no tecido social e que devem condicionar as ações individuais e coletivas.

Outra dificuldade que se apresenta, ao tratarmos tão relevante assunto, é a quantidade de termos utilizados em geral para designá-los, como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”, “liberdades públicas” e “direitos fundamentais do homem”⁵. É de se registrar a posição defendida por Mello⁶ que indica que essa imprecisão é necessária para que se possa obter uma aceitação no âmbito do Direito Internacional Geral, sendo, assim, muitas vezes desejada⁷. Apesar dessa variedade de expressões, muitas delas não possuem significados coincidentes, o que dificulta sobremaneira esse entendimento e provoca diversas confusões.

As expressões “direitos naturais”, “direitos humanos” e “direitos do homem” são utilizadas, inicialmente, normalmente como direitos inerentes ao homem, pelo próprio fato de ele existir, um aspecto jusnaturalista, buscando justificar o adjetivo “naturais”. Associado a esse conceito, os direitos que o homem possui pelo fato de ser membro da sociedade, sendo reconhecidos e protegidos pelo Estado, os direitos civis, além das prestações positivas que esse presta, principalmente referente aos direitos econômicos e sociais, formam os chamados “direitos humanos” ou “direitos do homem”, que são termos muito utilizados em documentos internacionais. A utilização desse entendimento nos remete a um indicativo que tais direitos não devem ficar restritos à ordem interna de um Estado,

⁵ SILVA, 2007, p. 175. Nesse sentido também Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 486. Cf. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991. p. 29-30. Cf. LEMOS, Bruno Espiñera. *Direitos fundamentais: direito comparado e as Constituições brasileiras, efetivação em precedentes do STJ*. Brasília: Fortium, 2007. p. 12.

⁶ MELLO, 1994 apud TAVARES, 2010, p. 486.

⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 486.

reforçando a ideia de seu cumprimento por todos os Estados, cumprindo e protegendo as normas referentes, novamente, à dignidade da pessoa humana⁸.

Ainda no tocante às expressões utilizadas, o grupo de direitos fundamentais que correspondem aos direitos civis bem como os utilizados na Constituição para designar o conjunto dos direitos fundamentais referentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade são os chamados “direitos individuais”. No mesmo sentido, a expressão “direitos públicos subjetivos” está atrelada à concepção individualista do homem, adaptada em um momento passado da história e que também é insuficiente para se caracterizar os direitos fundamentais nos dias de hoje⁹. Nesse sentido, lapidar também as palavras de Luño¹⁰:

De esta forma la categoria de los derechos públicos subjetivos, entendidos como autolimitación estatal en beneficio de determinadas esferas de interes privado, pierde su sentido al hallarse superada por la propia dinámica económico-social de nuestro tiempo, en el que el disfrute de cualquier derecho fundamental exige una política jurídica activa por parte de los poderes públicos.

“Liberdades fundamentais” e “liberdades públicas” também são expressões insuficientes para a caracterização do que sejam os direitos fundamentais nos dias de hoje. Segundo Silva, a primeira é restritiva demais, elencando apenas algumas liberdades e a segunda, utilizada principalmente pela doutrina francesa, é pobre de conteúdo, aproximando-se da formulação tradicional individualista que caracteriza os direitos individuais e os direitos públicos subjetivos¹¹.

⁸ TAVARES, 2010, p. 487. No mesmo sentido, Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 5. Cf. LUÑO, 1991, p. 30. Esse autor realça essa ideia em seus ensinamentos: “La expresión ‘derechos humanos’ aparece generalmente relacionada con otras denominaciones que, en principio, parecen designar a realidades muy próximas, si no a una misma realidad.”

⁹ SILVA, 2007, p. 176.

¹⁰ LUÑO, 1991, p. 29-30.

¹¹ SILVA, op. cit., p. 178.

Por fim, a expressão “direitos fundamentais do homem” é a que mais se aproxima de uma ideia ampla de direitos fundamentais, que, de acordo com Silva, ilustra uma ideia de ser sua fonte a soberania popular. Em suas palavras¹²:

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Assim, a adoção de um conceito do que seriam os chamados direitos fundamentais é tarefa árdua, dadas as diversas possibilidades de visões e enfoques existentes, podendo ser adotado, alinhado com o objeto dessa dissertação, o conceito formulado por Nunes Júnior¹³:

Podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade, em suas necessidades e em relação a sua preservação.

O citado autor se refere como sendo um sistema aberto de princípios e regras, adotando um sistema dinâmico em que essas normas estão em constante interação, tendo sempre como objetivo a proteção do ser humano. Ainda nesse aspecto, reafirma a necessidade de se interpretar a norma levando em consideração sua realidade, considerando os diversos contextos que a contêm, como o político, o econômico e o social¹⁴.

¹² SILVA, 2007, p. 176.

¹³ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 15.

¹⁴ Ibid., p. 15. Também nesse sentido, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Internacional*. 7. ed. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 41 que conceitua como sendo “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores de igualdade e liberdade se conjugam e se completam.”

Ainda se refere como um sistema aberto de princípios e regras, esses últimos, caracteres que ainda estudaremos nesse trabalho.

1.2 Características comuns

Os direitos fundamentais, assim, são uma categoria jurídica, tendo características comuns que, apesar de variarem de Estado a Estado, guardam aspectos comuns e que as distinguem das demais categorias. As características que lhe são atribuídas com mais frequência são a universalidade, a historicidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a limitabilidade e a positivação.

A característica da universalidade já foi desenvolvida aqui, quando se discorreu sobre o termo “direitos humanos”, tendo o sentido de que são os direitos destinados a todos os seres humanos protegendo-os em todas as suas dimensões, ultrapassando as fronteiras de um Estado, valorizando o conceito da existência de uma noção de dignidade inerente a qualquer ser humano¹⁵.

Quanto à característica da historicidade, defende Silva que essa é uma característica evolutiva, já que os direitos fundamentais podem ser proclamados em uma época, transformados em outra, modificando-se e até desaparecendo ao longo dos tempos¹⁶. Essa evolução revela-se pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos, novas feições assumidas pelo poder¹⁷.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 239. Nesse sentido também Cf. SILVA, 2007, p. 181.

¹⁶ SILVA, 2007, p. 166.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5. O autor afirma que “a liberdade religiosa é efeito das guerras de religião, as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados”.

A inalienabilidade é uma característica que não admite que o titular de um direito fundamental o torne impossível de ser exercitado, deixando claro, por via indireta, que a preterição de um direito fundamental não está ligada ao consentimento do titular do direito. Essa característica está ligada à dignidade da pessoa humana, já que o indivíduo possui a potencialidade de ser autoconsciente e livre¹⁸. Nesse sentido, com enfoque diferente, Silva define essa característica da indisponibilidade, como sendo direitos que tem conteúdos inegociáveis, intransferíveis, já que não possuem nenhum cunho econômico-patrimonial. Ainda assim, Mendes ressalta que apenas os direitos fundamentais que visem resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar é que são suscetíveis a essa classificação, ficando os demais sem essa característica, apesar de pertencerem à mesma categoria jurídica.

A questão que envolve a característica da irrenunciabilidade é muito próxima da característica da inalienabilidade, já que os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia por seus titulares. Podem até não serem exercidos, seja por ato voluntário de seu titular, seja por uma finalidade acolhida pela ordem constitucional, mas não podem ser renunciados.

A característica da limitabilidade está relacionada com a discussão acerca da existência ou não de direitos fundamentais absolutos, que, assim, ocupariam posição máxima na hierarquia jurídica e não tolerariam restrições. Essa característica não é o entendimento corrente na ciência do Direito, principalmente quando estamos diante das situações de colisões entre direitos fundamentais¹⁹. Nesse sentido, os direitos fundamentais envolvidos em uma colisão devem reciprocamente impor uma restrição, para que possam existir de forma aplicável e

¹⁸ MENDES, 2008, p. 243.

¹⁹ Ibid., p. 240.

contemplem sua característica de obter a máxima efetividade. Importante frisar que, nas situações de colisão entre direitos fundamentais e outros direitos, aqueles prevalecerão sobre esses, dada a sua natureza de direito fundamental²⁰.

A positivação dos direitos fundamentais consagrando-os na ordem jurídica é outra importante característica desses direitos, sendo um divisor, conforme já explicado anteriormente entre as expressões “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”. Estando positivados nos diversos ordenamentos jurídicos, possibilitam que sejam internamente melhor implementados e exigíveis, fatos esses que ocorrem de maneira diversa no âmbito internacional. A importância dessa característica é assinalada nos ensinamentos Canotilho²¹:

A positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de “Fundamental Rights” colocados no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais.

Assim, sendo constitucionalizadas, essas normas se impõem a todas as pessoas e poderes constituídos, até mesmo ao poder de reforma da Constituição²².

²⁰ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 40-41.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 377.

²² MENDES, 2008, p. 245.

1.3 Breve evolução histórica dos direitos fundamentais

Ao analisarmos a questão da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos, culminando com seu reconhecimento constitucional ao final do século XVIII, diferentes teorias podem ser invocadas, como a histórica, a filosófica, a sociológica e a jurídica, não significando, contudo, que não existam relações entre essas teorias para a perfeita interpretação dessa evolução²³. Nesse trabalho analisaremos principalmente a perspectiva histórica, pois essa está associada ao próprio desenvolvimento do moderno Estado constitucional, que em última instância reconhece os valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem, possibilitando assim um duplo papel: como mecanismo de hermenêutica constitucional e como essência do Estado moderno²⁴. A compreensão desses direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana têm ao longo da história um grande movimento de avanços e retrocessos, frutos da dor física e de sofrimento moral, culminando com regras que beneficiam a vida de todos²⁵.

Nessa abordagem histórica, o aspecto social sempre será levado em consideração para demonstrar como as diversas forças sociais influenciaram no sentido de impulsionar, retardar ou modificar o desenvolvimento dos direitos

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31. Esse autor atribui o desenvolvimento dos direitos fundamentais às teorias históricas, o esclarecimento de seus fundamentos às teorias filosóficas, as funções dos direitos fundamentais no sistema social às teorias sociológicas e a determinação das estruturas necessárias dentro da dogmática jurídica às teorias jurídicas. Segundo o autor, "Teorias histórico-jurídicas, no âmbito da interpretação histórica e teorias de direitos fundamentais de outros países, no âmbito da interpretação comparada, podem desempenhar um significativo papel para a interpretação da constituição alemã".

²⁴ STERN, 1992, p. 269, ss apud SARLET, 2003, p. 42.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37. Segundo o autor, "A cada surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes fazem nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos".

fundamentais na sociedade. Esse aspecto social considera a tendência de unificação da humanidade em torno de si mesma ao longo da história, sendo impulsionada, levando em conta um sincronismo existente entre as descobertas científicas e as invenções técnicas, conjuntamente com a afirmação dos direitos humanos que, segundo Comparato, traduz dois fatores de solidariedade humana, um de ordem técnica e outro de ordem ética²⁶.

Nos primórdios da sociedade, os bens pertenciam a todos, verificando-se uma comunhão de interesses, já que existia a necessidade da sobrevivência. A opressão existente estava diretamente relacionada ao meio natural, sendo esse enfrentado de forma solidária como forma de garantia do próprio grupo social. Com o passar dos tempos e o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, essa situação se alterou, já que os que detinham a coisa apropriada, principalmente o território, passaram a oprimir os que com ele se relacionavam. Nesse contexto se forma o Estado, como forma de se garantir essa situação de subordinação, que gerou a luta do homem para se libertar dessa forma de opressão²⁷.

Essa forma de dominação econômica, de alguns sobre outros e o respectivo aparelhamento estatal garantista são analisados profundamente por Barros²⁸. Segundo seus ensinamentos, os homens, ao desenvolverem suas relações básicas para o sustento, realizam relações de produção e relações econômicas, formando a base material da sociedade. A soma de todas essas relações acaba formando uma estrutura maior, uma superestrutura cultural que se sustenta no todo

²⁶ COMPARATO, 2005, p. 37-38. Segundo o autor “A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e de troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação. Paralelamente a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva”.

²⁷ SILVA, 2007, p. 149-150.

²⁸ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. São Paulo: Millennium, 2008. p. 1-5.

social por intermédio de relações jurídicas, responsáveis pelas inúmeras possibilidades de interações existentes nessa superestrutura. Assim, a partir dessas relações jurídicas, acabam formando outra superestrutura, a superestrutura jurídica, gerando uma coação social, imposta pela ação de todos contra um:

Essa existência com essa essência resultou do desenvolvimento da sociedade humana pelas forças sociais geradas pelo capitalismo nas relações dos indivíduos enquanto cidadãos na sua comunidade, sobre a qual se ergueu uma superestrutura político-jurídico estável que, retornando sobre a sociedade civil com a qual surgiu historicamente, governa o todo social pelas relações dos cidadãos enquanto agentes políticos dotados de uma certa autonomia em relação aos agentes econômicos e demais agentes sociais.²⁹

O reconhecimento dos direitos fundamentais, nesse contexto e ao longo dos tempos, passa a ter outro papel, de resgate ao que no primitivo se perdeu, quando a sociedade se dividiu entre proprietários e não proprietários garantidos por um Estado que acaba sendo um suporte para uma escravidão sistemática, diretamente relacionada à aquisição de bens³⁰. Além do reconhecimento, a positivação dos direitos fundamentais é fruto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e, no terreno ideológico, das ideias de liberdade e dignidade humana³¹.

Nesse contexto, muitos foram os antecedentes e etapas que ao longo dos tempos foram contribuindo para as declarações formais de direitos constitucionalmente reconhecidos e positivados no final do século XVIII, sintetizadas por Stern em três etapas. A primeira relacionada a uma fase pré-histórica que se estende até o séc. XVI, a segunda relacionada a uma fase intermediária em que se

²⁹ BARROS, 2008. p. 1-5.

³⁰ SILVA, 2007, p. 150.

³¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 109.

desenvolve a teoria jusnaturalista e a afirmação dos direitos naturais do homem e a terceira relacionada à fase da constitucionalização desses direitos³².

O reconhecimento da função que o governo deve exercer, direcionado aos governados e não aos governantes, foi um reconhecimento que se deu após um longo período de preparação, como relembra Comparato em seus apontamentos, ao lembrar que, desde os séculos XI e X a.C., alguns movimentos se iniciaram nesse sentido, como o que ocorreu no reino de Davi (996 a.C. a 963 a. C.) onde pela primeira vez um monarca não se apresentou como um deus, e sim como um representante dele, responsável pela aplicação de suas leis, inferindo que esse fato seria o embrião do que se tornaria futuramente o Estado de Direito, em que a supremacia popular supera os interesses dos governantes³³.

Outro importante exemplo de limitação institucional, à época, ao poder governante ocorreu no século VI a.C. com o surgimento das primeiras instituições democráticas em Atenas, em que se tinha como base a supremacia da lei e da participação ativa do cidadão nas funções de governo. Esse sistema prevaleceu por mais de dois séculos na vida política ateniense, limitando o poder dos governantes e dando ao povo condições para exercer uma cidadania ativa.

Em Roma, esse controle político ocorreu de outra forma, por intermédio de controles recíprocos entre diversos órgãos políticos, composto de três espécies de regime, a monarquia, a aristocracia e a democracia, que se combinavam em uma mesma constituição, de natureza mista, com cada espécie controlando e se submetendo à outra, em um refinado mecanismo de *check and balances*³⁴. Fatos como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios, o *Interdito de Homine Libero Exhibendo* que proibia penas corporais contra cidadãos, demonstram

³² STERN, 1988, p. 56 apud SARLET, 2003, p. 45.

³³ COMPARATO, 2005, p. 40.

³⁴ Ibid., p. 43.

uma preocupação com a proteção jurídica da liberdade. Apesar de serem nessa época voltados para a classe dominante, são exemplos de garantias que um grupo de pessoas buscava frente ao poder estatal.

Com o fim da democracia ateniense e do Império Romano, teve início um novo tempo na história humana, a Idade Média, instaurando-se uma nova fase, a do feudalismo, fundada basicamente em uma rígida estratificação social baseada no princípio do privilégio do nascimento. Como a terra era a única fonte de sobrevivência e riqueza, seu controle garantia um imenso domínio político, jurídico e ideológico a seus nobres e membros da igreja. A rigidez desse sistema determinava a hegemonia do senhor do feudo nas terras sob seu domínio que continham pequenas aldeias de camponeses, sendo que toda a produção e os rendimentos dessas terras aráveis lhe pertenciam, cabendo aos camponeses a destinação das áreas não utilizadas, mediante o pagamento da chamada “*Corveia*”, que era uma forma de pagamento pela concessão da terra para cultivo, em troca de alguns dias de trabalho nas plantações do senhor do feudo. Essa forma de pagamento podia ser exigida de várias formas, não isentando, no entanto, esses camponeses de outras obrigações, como o pagamento de impostos e taxas ao rei e o dízimo à Igreja. Eram considerados servos, não escravos, pois não podiam ser vendidos separadamente da terra e tinham um frágil direito sobre a terra que fora cedida pelo senhor do feudo. Assim, nessa sistemática social e econômica, poucas eram as possibilidades de serem produzidos excedentes para a troca externa ao feudo, sendo normalmente destinados apenas para a sobrevivência de todos.

Importante ressaltar que, nessa época, as cidades começaram a existir à sombra dos senhores feudais, com pouca mobilidade social, cabendo aos mestres artesãos urbanos, juntamente com seus aprendizes e seus empregados, a

organização das chamadas corporações de ofício, que regulamentavam tudo, detalhadamente, desde a matéria-prima até o produto final, alinhando-se com os preceitos religiosos da época, que condenavam a usura, o lucro e a ambição por riquezas³⁵. Essas pessoas eram compostas predominantemente de judeus, que por sua crença religiosa não eram atingidos pelas regras rígidas da Igreja.

Apesar desse aparente ambiente estático, forças sociais e econômicas começaram a germinar. Os camponeses servos, historicamente imóveis, começaram a se rebelar com frequência, utilizando-se muitas vezes da violência e conseguido, vez e outra, retirar alguma concessão importante do senhor feudal. Paralelamente, lentamente, veio ganhando espaço outra força, a chamada burguesia, composta por um grupo de pessoas que habitavam pequenas cidades ao longo das rotas comerciais³⁶, que ofereciam aos viajantes proteção contra a ação de salteadores e foram paulatinamente recebendo toda sorte de pessoas que antes estavam associadas a senhores feudais, seja porque tinham comprado sua liberdade, seja porque tinham fugido dos domínios do senhor feudal ou ainda por serem descendentes de famílias que se dedicavam a atividades desenvolvidas nessas pequenas cidades. Assim, esses burgueses aos poucos conseguiram acumular capital com o comércio e usura, bem como com a exploração de força de trabalho alheio, ainda muito insipiente, descolando-se da classe mais baixa dos habitantes da região, não mais realizando trabalhos braçais e possuindo um padrão de vida melhor.

Passado algum tempo, a classe social dos burgueses passou a ser muito ativa e influente na Europa, emprestando e financiando reis, mercadores,

³⁵ TRINDADE, José Damião de Lima. *Anotações sobre a história social dos direitos humanos*. São Paulo: Páginas & Letras, 1998. p. 27.

³⁶ *Ibid.*, p. 27. Conforme as lições de Trindade, essa classe denominada de burguesia era composta pelos habitantes das pequenas cidades chamadas de burgos e daí a origem da nomenclatura de burgueses para essa designação. (p. 31).

senhores feudais em dificuldade, estando envolvida em todos os negócios que surgiam, realizando uma especialização dentro da sua própria classe social e se tornando uma classe intermediária entre a aristocracia e a massa do povo. Nesse contexto social, a forma de exploração feudal passou a limitar além dos camponeses, também essa classe burguesa, que via nessa organização um grande obstáculo para a expansão de suas atividades, propiciando assim um movimento dinâmico de transformação. Os camponeses continuavam se rebelando, as cidades continuavam crescendo, o comércio se desenvolvendo, a classe dos burgueses se fortalecendo e os nobres e o clero perdendo espaço, principalmente espaço econômico, resistindo a essa nova configuração social e desejando manter antigas características e privilégios³⁷.

Se por um lado o sistema feudal era pressionado por essas forças, de outro, sua segmentação não favorecia um fortalecimento do poder político e, diante desse quadro, movimentos de unificação de poder começaram a ocorrer, buscando a supremacia sobre o terreno europeu. Destacam-se, nessa fase, a expansão do Império Carolíngio com apoio da Igreja, que, por intermédio de força militar, reconquistou diversas áreas perdidas por ocasião da queda do Império Romano, pressionando os bárbaros ali instalados, para que se convertessem ao catolicismo, garantindo ao imperador o poder econômico desejado, dadas as grandes áreas territoriais ocupadas e ao papa, a consolidação do clero³⁸.

Fica assim marcada essa época por diversos fatos que do ponto de vista dos direitos humanos, se preocupavam, buscavam e valorizavam o valor liberdade.

³⁷ TRINDADE, J. D. L., 1998, p. 32.

³⁸ O império carolíngio teve como principal destaque o imperador Carlos Magno e marcou um período de expansão militar, conferindo ao reino franco grandes expansões de terra na área central da Europa. Destacou-se ainda, nesse período, o apoio que esse imperador propiciou às questões educacionais, culturais e administrativas.

Retornando a essa fase de concentração de poder, com mais vagar, dentro do contexto citado anteriormente, começam a ocorrer manifestações de discordância com os abusos dos que detinham o poder, pressionando os reis a reconhecerem alguns direitos às classes sociais mais importantes, burguesia e clero. Nesse sentido, muitos podem ser os documentos citados, como as cartas de franquia e florais no século XII e XIII³⁹, destacando-se as cartas dos espanhóis de León e Castela de 1188, onde o rei Afonso IX jurou sustentar a justiça e a paz no reino, concretizando importantes direitos às pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação perante a justiça, dentre outros e as cartas de Aragão de 1265, que também continham direitos, só que limitados aos nobres⁴⁰. Essas cartas na Península Ibérica começaram a demonstrar a tendência de extinção do feudalismo, já que começaram a aparecer as limitações do poder político conjuntamente com o movimento de concentração de poder. Nas palavras de Comparato:

Mesmo na Europa feudal, foi-se afirmando, rapidamente, a predominância de um dos suseranos sobre outros, ou seja, teve um movimento gerador de um *primus inter pares*, que viria a ser o rei. Dado que o feudalismo consiste, substancialmente, na relação pessoal entre o senhor e o vassalo, o rei passava a destacar-se, dentre os senhores feudais, como primeiro entre todos os suseranos.⁴¹

Nessa linha, temos no início do século XIII um importante documento que marca essa evolução, a Magna Carta⁴² de 15 de junho de 1215, que retratou a

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-5. Segundo o autor, “as cartas de franquia e florais tem como fundamento o acordo de vontades e se caracterizaram por serem documentos escritos destinados à proteção dos direitos individuais, destacando-se em seu bojo a participação dos súditos no governo local, inserindo dessa forma um componente político, estranhos à maioria dos pactos até então”.

⁴⁰ SILVA, 2007, p. 151.

⁴¹ COMPARATO, 2005, p. 77.

⁴² *Ibid.*, p. 77. Esclarece o autor que o nome completo da Magna Carta é *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*” ou Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a

consequência de uma série de situações que ocorreram na Inglaterra, que enfraqueceram o poder do rei sobre os barões da época, no início do reinado de João sem Terra, devido principalmente a uma disputa com um rival pelo trono e a um ataque militar do rei francês, Filipe Augusto, às terras da Normandia, que pertenciam ao monarca inglês. Diante da necessidade de financiamento de suas campanhas bélicas, o rei aumentou as exações fiscais contra os barões e estes, pressionados pelo aumento dos impostos, passaram a exigir o reconhecimento formal de seus direitos, como condição para o pagamento desses impostos, resultando, assim, na elaboração da referida carta de direitos.

Além dessa situação de confronto com os barões ingleses, o rei João sem Terra também colidiu com o clero, ao apoiar outras pretensões territoriais que não as que eram apoiadas pelo papado em um conflito declarado com o rei da França. Como se não bastasse, tomou partido imperial na querela das investiduras em cargos eclesiásticos⁴³, recusando-se a designar um importante cardeal, que seria o primaz da Inglaterra, o que gerou posteriormente sua excomunhão da Igreja, acabando por se submeter ao papa posteriormente por conta do aprofundamento de suas dificuldades financeiras, declarando a Inglaterra um feudo de Roma e conseguindo com isso o levantamento de sua excomunhão.

Dois anos depois, estando diante de uma revolta armada dos barões, que chegaram a ocupar Londres, assinou a Magna Carta, fazendo cessar as hostilidades por parte dos barões. Após ter assinado, se socorreu do papa, que a

outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês. Segundo ele, a Magna Carta foi reafirmada solenemente em 1216, 1217 e 1225, tornando-se, a partir daí, um direito permanente. Ainda hoje, três disposições ainda fazem parte da legislação inglesa em vigor. Também nesse sentido, Cf. SARLET, 2003, p. 47. Para o ilustre professor, “o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos”. Também nesse sentido, Cf. FERREIRA FILHO, 2002, p. 4.

⁴³ COMPARATO, 2005, p. 72. “Essas querelas das investiduras era uma forma de afirmação do poder supremo entre o imperador e o papa, onde aquele, invocando seus poderes laicos confirmava a nomeação de bispos em suas terras e esses, confirmando ou recusando a investidura desses bispos pelo poder clerical”.

declarou nula, dado que ela foi assinada mediante coação e sem o consentimento pontifício⁴⁴.

A Carta Magna, apesar de garantir direitos apenas ao clero e aos nobres ingleses, subordinando o poder real a seu cumprimento, serviu de referência para o reconhecimento de direitos civis clássicos como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade⁴⁵. Ressalte-se sua importância, nas palavras de Sarlet:

Impede não negligenciar a importância desses pactos, de modo especial as liberdades constantes na “Magna Charta”, para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais das constituições, ainda mais quando é justamente no seu artigo 39 que a melhor doutrina vê a origem destes direitos na liberdade de locomoção e sua proteção contra a prisão arbitrária, por constituir o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades.

Esse importante documento já demonstra para essa época, uma vontade de mudança no equilíbrio da vida político-social, iniciando uma relativização da amplitude absoluta dos poderes que o rei possuía e fornecendo o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês⁴⁶. Nesse sentido, a Magna Carta deixou implícito que o rei também deveria se submeter às leis que editasse e que independentemente do consentimento do monarca, os direitos de dois estamentos (nobreza e clero) deveriam ser reconhecidos, não podendo ser alterados pelo monarca única e exclusivamente. Esse fato para Comparato refletiu na construção da democracia moderna: “Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas

⁴⁴ COMPARATO, 2005, p. 72.

⁴⁵ SARLET, 2003, p. 45. Segundo o autor, o artigo tido como mais importante desse documento foi o art. 39, que dispunha: “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra”. Além desse artigo, ainda dispunha o art. 40: “A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça.”

⁴⁶ SILVA, 2007, p. 152.

superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados”.⁴⁷

Também nessa época, principalmente na base da sociedade europeia, outros dois fatores contribuíram para o início de uma transformação social, o monaquismo e a revitalização urbana. O monaquismo, relacionado à fundação e à expansão da ordem beneditina, teve um papel importante na valorização do trabalho, de forma técnica e religiosa. Assim, aplicando seus ensinamentos, obtiveram grandes avanços técnicos, representando no modo de produção uma forma de fusão dos três estamentos sociais, em uma vida destinada ao trabalho e à oração⁴⁸. No que tange à revitalização urbana, a livre navegação no mediterrâneo continuou impulsionando a concretização dos espaços urbanos e da classe da burguesia.

Importante marco histórico nesse contexto de transformações sociais e que muito influenciou na evolução dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que determinou o enfraquecimento do poder da Igreja além de diversos outros documentos que também tiveram um importante papel no desenvolvimento dos direitos fundamentais, tais como o Édito de Nantes em 1598, em que o rei da França, Henrique IV, reconheceu a liberdade religiosa; os documentos firmados na Paz de Augsburgo (1555), em que também foram firmadas algumas possibilidades de liberdade religiosa, possibilitando que o súdito pudesse seguir a religião do príncipe da região, havendo um período para que ele escolhesse a qual príncipe se submeteria.

⁴⁷ COMPARATO, 2005, p. 75.

⁴⁸ Ibid., p. 75. Segundo o autor, as ordens beneditinas tiveram um papel de destaque no desenvolvimento das técnicas para a produção, sendo decisivas devido a seus resultados alcançados, para a ulterior Revolução Industrial que ocorreu, posteriormente, no séc. XVIII.

Em paralelo, nesse período da história do homem, a partir do século XVI e principalmente durante os séculos XVII e XVIII, ocorreu o desenvolvimento das doutrinas jusnaturalistas⁴⁹, principalmente no tocante às teorias contratualistas definidas a partir do conceito de que toda sociedade política autêntica é fruto de um acordo de vontades e fundamenta todas as instituições políticas⁵⁰, que juntamente com a crescente laicização do direito natural, atinge seu apogeu no Iluminismo, de inspiração jusracionalista. Várias pessoas da época, de teólogos a pensadores, formularam diversas teorias que sugeriam o reconhecimento de diversos direitos do homem, como os relacionados ao direito natural e a valores, como a dignidade da pessoa humana, direito à vida, à integridade física e principalmente à liberdade⁵¹. Importante ressaltar que para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, que, por ser um direito natural por excelência, cabe a todo homem em virtude da sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens. A importância desses fatos, no desenvolvimento

⁴⁹ FREITAS, Juarez. *As grandes linhas da filosofia do direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 1986. p.31, ss; FRIEDRICH, 1985, p. 25, ss apud SARLET, 2003, p. 42. Segundo os autores, “foi o pensamento de Santo Tomás e Aquino, que, além da concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população”.

⁵⁰ Temos em John Locke, Thomas Hobbes, Montesquieu e Jean Jacques Rousseau os principais expoentes nesse sentido. Cf. BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 116. Para ele, a teoria de Locke prevê um sistema político fundamentado na distinção entre duas partes do poder, representados pelo parlamento e pelo rei, e entre duas funções do Estado, a função executiva e a função legislativa e na correlação entre as duas distinções: “o poder legislativo emana do povo representado no parlamento” e o “poder executivo é delegado ao rei pelo parlamento”. Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 131-184. Segundo o autor, o contrato social se revela como se um homem dissesse a outro: “cedo e transfiro o meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens” sob a contrapartida de que “transfiras a ele teu direito, autorizado de maneira semelhante todas as suas ações” e acrescenta que a “multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado e sem ele, haveria uma guerra perpétua de cada homem contra o seu vizinho”. Segundo Bobbio, verificam-se na teoria de Montesquieu duas divisões, uma horizontal de poder e outra vertical de poder, culminando com a célebre teoria da separação dos poderes. Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 21-23. Segundo o autor, a igualdade e a liberdade existentes no estado de natureza também devem ser encontradas, através do contrato social, no estado de sociedade.

⁵¹ SARLET, 2003, p. 41.

dos Estados e conseqüentemente dos direitos fundamentais, pode ser medida nos ensinamentos de Luño⁵²:

Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a teoria contratualista de que os homens têm poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados.

Fica evidenciado, assim, que esses movimentos, das guerras religiosas e da reforma protestante, colaboraram decisivamente para que houvesse, posteriormente, no século XVIII as revoluções burguesas e para a formação dos direitos fundamentais. Vale lembrar nesse momento as lições de Schneider⁵³:

a circunstância de que foi justamente o entrelaçamento e interação dessas duas diretrizes – a secularização do direito natural e a individualização dos privilégios estamentais – que propiciaram a formação das garantias dos direitos fundamentais.

Posteriormente, na Inglaterra de 1628, foi elaborado, pelos membros do parlamento, um documento dirigido ao rei requerendo que fossem reconhecidos diversos direitos e liberdades. Este documento, conhecido como a Petição dos Direitos (*Petition of Rights*), foi reconhecido pelo monarca, dada a sua dependência ao parlamento quanto a questões financeiras. Assim, houve mais um passo para a limitação do poder real, uma vez que foram reconhecidos diversos direitos e liberdades aos súditos do rei, que apesar de já fazerem parte da anterior Magna Carta, não estavam sendo respeitados pelo poder real e que, aos poucos, com a consolidação do parlamento e das autoridades judiciais, foram sendo respeitados por todos⁵⁴. Importante lembrar que esse documento, associado às correntes culturais e filosóficas da época, foi inspirador na discussão sobre a tríade: vida,

⁵² LUÑO, 1991, p. 31-32.

⁵³ SCHNEIDER, 1979, p. 7 e ss apud SARLET, 2003, p. 47.

⁵⁴ SILVA, 2007, p. 153.

liberdade e propriedade, contribuindo para o pensamento individualista burguês e para o reconhecimento dos direitos fundamentais⁵⁵.

Outro importante documento, no âmbito europeu, foi o referente à Paz de Vestfália (1648), colocando fim à Guerra dos Trinta Anos e estabelecendo um importante marco para a formação dos Estados nacionais, pois foram proclamados dois importantes princípios: o da igualdade religiosa e o do equilíbrio europeu⁵⁶.

Na Inglaterra, também a lei de *Habeas Corpus*, aprovada em 1679, veio reafirmar a necessidade da existência de alguma segurança jurídica frente aos poderes reais, protegendo prisões, principalmente de cunho político, sem que houvesse posteriormente um processo criminal regular, determinando que o paciente detido fosse apresentado *incontinenti* em juízo. No seu bojo, confirmava a crença para os ingleses de que as garantias processuais é que criam os direitos das pessoas⁵⁷.

Nesse diapasão e considerando todo o contexto social vivido na Inglaterra no século XVII, após ter sido declarado vago o trono inglês pelo parlamento, em uma autêntica deposição do rei Jaime II do trono, o parlamento decidiu realizar uma mudança dinástica, coroando novos soberanos, os quais aceitaram, em sua integralidade, em 1688, o documento mais importante da época,

⁵⁵ SARLET, 2003, p. 43. Segundo o autor, o pensamento do juiz e parlamentar, Lord Edward, que discutiu e se manifestou publicamente, reconhecendo a existência de “*fundamental rights*” dos cidadãos ingleses, principalmente no tocante à proteção contra a prisão arbitrária e ao reconhecimento do direito à propriedade, sendo considerado o inspirador da referida tríade. Importante ressaltar que foi influenciado em sua obra por importantes autores iluministas, com destaque para John Locke, que fora o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem, uma eficácia oponível aos detentores do poder, baseados no contrato social.

⁵⁶ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 14-15. Segundo o autor, “a igualdade religiosa permitia que os Estados católicos e protestantes passassem a ter as mesmas prerrogativas gerando o equilíbrio europeu, relacionado a garantia de novos Estados e influenciando fortemente a ordem jurídica da época. Para ele, esse tratado é considerado o marco do surgimento do Direito Internacional Público, pois a partir dele, triunfa o princípio da igualdade jurídica entre os Estados. A partir dele também ocorreu um gradativo aumento de surgimento de tratados sobre distintos temas, os mais variados”.

⁵⁷ COMPARATO, 2005, p. 87. Segundo o autor, essa obrigatoriedade da apresentação *incontinenti* ao juízo presente nessa lei é que deu o nome ao instituto: *habeas corpus ad subjiciendum*.

a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), fruto, assim, de uma revolução, saindo fortalecido o poder do parlamento, confirmando a limitação dos poderes dos monarcas e sendo reconhecida por eles, iniciando uma nova fase no direito inglês, a fase da monarquia constitucional submetida à soberania popular⁵⁸.

Essa declaração de direitos tem importância ímpar na história dos direitos fundamentais, na medida em que trouxe como principal consequência a instituição da separação dos poderes permanentemente, com a definição de que o parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o rei e, cujo funcionamento não pode ficar sujeito ao arbítrio deste. Além disso, considerando que esse parlamento era composto em sua maioria por representantes da nobreza e do alto clero, serviria de base para uma posterior democracia representativa. Outros aspectos importantes dessa declaração foi o fortalecimento das instituições do júri e da proibição de penas inusitadas ou cruéis, fatos esses que permanecem até os dias de hoje⁵⁹.

Importante registrar que as declarações inglesas do século XVII, *Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act* e *Bill of Rights*, possuíram na história um importante papel de ampliação dos direitos estamentais medievais, seja no conteúdo das liberdades reconhecidas, seja na ampliação da titularidade dos beneficiados, no caso os cidadãos ingleses. Apesar dessa evolução para a afirmação dos direitos e liberdades civis na Inglaterra, elas não podem ser consideradas como marco inicial dos direitos fundamentais como hoje entendemos, nas palavras de Luño⁶⁰:

⁵⁸ SILVA, 2007, p. 153. Ainda segundo o autor, com a petição dos direitos ocorre uma mudança no rumo político da Inglaterra, encerrando um período em que o instituto da realização do direito divino prevalecia e colocando o Estado inglês em uma nova fase, uma fase apoiada na soberania popular.

⁵⁹ COMPARATO, 2005, p. 93.

⁶⁰ LUÑO, 1995, p. 34-35.

Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.

Esse reconhecimento dos direitos fundamentais, no sentido moderno, ocorreu posteriormente, por intermédio da Declaração dos Direitos do Bom Povo de Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América, em 12 de junho de 1776, tendo sido influenciada por outros documentos firmados durante o processo de colonização, como o *Mayflower Compact* em 1620, que já demonstrava a aceitação da teoria do contrato social como fundamento de todas as instituições políticas, reafirmando a ideia de que toda sociedade política autêntica é fruto de um acordo de vontades⁶¹.

Essa declaração consubstanciava as bases dos direitos do homem, preocupando-se com a estrutura de um governo democrático, com limitação de poderes⁶². Importante frisar que existia uma diferença crucial entre os direitos

⁶¹ GRIMM, 1994, p. 79-80 apud DIMOULIS, 2007, p. 61. Segundo o autor, essas ideias serviram de inspiração para as demais ex-colônias inglesas na América, como as da Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte (igualmente em 1776), Massachussetts (1780) e de New Hampshire (1784).

⁶² SILVA, 2007, p. 153. Essas bases eram retratadas com o reconhecimento de vários direitos, como: “(1) todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; (2) todo poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por eles responsáveis; (3) o governo é, ou deve ser, instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; (4) ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos serão hereditários; (5) os Poderes executivos e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário e, para garantia contra a opressão, os membros dos dois primeiros teriam que ter investidura temporária e as vagas seriam preenchidas por eleições freqüentes, certas e regulares; (6) as eleições dos representantes do povo devem ser livres; (7) é ilegítimo todo poder de suspensão da lei ou de sua execução, sem o consentimento dos representantes do povo; (8) assegurado o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento rápido por júri imparcial, e que ninguém seja privado de liberdade, exceto pela lei da terra ou por julgamento de seus pares; (9) vedadas fianças e multas excessivas e castigos cruéis e extraordinários; (10) vedada a expedição de mandados gerais de busca ou detenção, sem especificação exata e prova do crime; (11) a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade; (12) que a milícia bem regulada, composta de elementos do povo, com prática das armas, constitui defesa própria, natural e segura de um Estado livre; que os exércitos permanentes, em tempos de paz, devem ser evitados, como perigosos para a liberdade; e que, em todos os casos, o militar deve ficar em rigorosa subordinação ao poder civil e por ele governado; (13) todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência”.

conquistados até então pelos ingleses e os direitos reconhecidos nessa declaração, sendo inclusive uma condição para o sucesso da emigração para o novo continente. Isso fica claro nas palavras de Barros⁶³:

As liberdades civis despertaram bem antes na ilha inglesa que no continente. Sua transplantação foi uma das condições para viabilizar o deslocamento dos súditos ingleses para a América. Nenhum inglês viria para colonizar terras americanas, por mais rica que fosse a sua concessão, se o custo da exploração colonial fosse o de deixar para trás seus direitos imemorais.

Enquanto na Inglaterra existiam grupos sociais bem definidos, na América, a sociedade se formou com base na sua composição tipicamente burguesa, cidadãos livres, iguais perante a lei, com a diferença entre eles marcada em função da diferença material, sendo que a inexistência das amarras econômicas do velho continente, com liberdade de circulação de mercadorias e do comércio, representou um dos fatores mais importantes para o desenvolvimento do capitalismo⁶⁴.

Apesar de ter sido o primeiro documento a reconhecer os direitos fundamentais do homem, inspirados na crença da existência dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, não foi ela que obteve a maior repercussão. Tanto a Declaração da Virgínia, promulgada logo depois, em 12 de junho de 1776 e a Declaração da Independência americana em 4 de julho de 1776, ambas posteriores, sendo que essa última, de autoria de Thomas Jefferson, a que teve maior divulgação. Importante lembrar que inicialmente essa declaração não continha formalmente uma declaração dos direitos fundamentais do homem e para que

⁶³ BARROS, Sérgio Resende. *Direitos humanos: paradoxos da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 282.

⁶⁴ COMPARATO, 2005, p. 97. O autor ainda ressalta que “o sentido de honra e dos privilégios pessoais, típico do espírito aristocrático, como assinalou Montesquieu, jamais mudou entre os norte-americanos. Em seu lugar, instalaram-se o espírito empresarial e a paixão por lucro, o que acabou por tornar os Estados Unidos, em pouco mais de dois séculos, a maior potência capitalista de todos os tempos.”

entrasse em vigor, necessitaria da ratificação de nove dos treze Estados independentes. Nesse processo de ratificação, como condição, alguns Estados exigiram que fosse incluída uma carta de direitos, garantindo os direitos fundamentais do homem e dando origem às dez primeiras emendas na Constituição de Filadélfia, entrando em vigor em 1791⁶⁵.

Assim, essa carta representou um ato inaugural da democracia moderna, adotando o regime constitucional com respeito aos direitos humanos, limitando os poderes governamentais, possibilitando a participação popular e reconhecendo, frise-se, o reconhecimento dos direitos do homem, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.

O pensamento político, moral e social de todo o século XVIII também se manifestou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada posteriormente pela Assembleia Constituinte Francesa em 27 de agosto de 1789, na chamada Revolução Francesa⁶⁶. A influência que essa declaração sofreu da Revolução Americana ocorreu na utilização da mesma técnica das declarações lá firmadas, já que, em ambos os casos, os principais pensadores políticos eram europeus e ambas buscavam a libertação do homem do absolutismo e do sistema feudal. Tais influências ficam bastante claras nos ensinamentos de Sarlet⁶⁷:

A influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores, é inegável, revelando-se principalmente mediante a contribuição de Lafayette na confecção da Declaração de 1789. Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando a consagração em sua constituição do princípio democrático e da teoria da separação de poderes.

⁶⁵ SILVA, 2007, p. 153.

⁶⁶ SARLET, 2003, p. 49. Segundo o professor, “a revolução francesa foi uma revolução que promoveu a derrocada do antigo regime francês e a instauração da ordem burguesa na França.”

⁶⁷ Ibid., p. 49.

A Declaração Francesa de 1789, apesar de ter a mesma inspiração europeia da Declaração Americana, possuía características diferentes. A Americana era mais concreta, voltada para as comunidades, enquanto que a Francesa era mais abstrata, “universalizante”. Destacava-se por proclamar princípios como o da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade, além das garantias individuais, que, diga-se de passagem, se encontram na maioria das constituições contemporâneas. A preocupação era se estabelecer uma garantia formal das liberdades, garantindo uma democracia burguesa, já que essa classe social era oprimida apenas politicamente, uma vez que economicamente dominava a cena social⁶⁸.

Naturalmente que ambas, por terem a mesma fonte inspiradora, tinham valores em comum, como sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano, direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos esses de todos os homens e não apenas de um ou mais estamentos⁶⁹. Importante frisar ainda que esse aspecto universalizante da Revolução Francesa estava relacionado com a crença abstrata dos líderes revolucionários, alimentados pelos grandes pensadores da época, que estavam inaugurando um mundo novo, que se opunha radicalmente ao que até então existia⁷⁰.

Na forma como a Revolução Francesa aconteceu, acabou por associar a ideia de violência aos movimentos revolucionários e que quando ocorrem, até os

⁶⁸ SILVA, 2007, p. 153. Segundo seus ensinamentos, “possuía três caracteres especiais, a intelectualidade, que justificava ser a declaração um documento filosófico e jurídico, o mundialismo, no sentido dos valores nela contidos ultrapassarem as barreiras dos indivíduos de um país, alcançando o valor universal e o individualismo, onde são consagradas as liberdades dos indivíduos e não as coletivas”.

⁶⁹ SARLET, 2003, p. 49.

⁷⁰ COMPARATO, 2005, p. 97. Segundo o professor, essa crença era tão intensa que os revolucionários aboliram o calendário cristão, substituindo-o por um novo, que se iniciou em 22 de setembro de 1792 e substituíram os pesos e medidas por um novo método fundado no cálculo matemático, sendo que com o fim da revolução o novo calendário se findou, ficando até os dias de hoje a utilização do sistema métrico.

dias de hoje, acabam representando na maioria das vezes uma violação dos direitos humanos e da soberania popular. Tal ensinamento fica evidenciado nas palavras de Comparato:

A grande diferença é que a Revolução Francesa, desde logo, apresentou-se não como uma sucessora de um regime que desaparecia por morte natural, mas como destruidora voluntária do regime antigo por morte violenta. E essa violência, doravante ligada indissolúvelmente à idéia de revolução, representou sob muitos aspectos, ao longo da história, a negação dos direitos humanos e da soberania popular, em cujo nome se abriu o movimento revolucionário.

Ainda sobre essa universalização das ideias dessa revolução, o conceito que se difundia era que uma declaração de direitos não deveria ser voltada apenas para os homens da França e sim para todos os homens em geral. Nessa busca, pelo ideal da igualdade, presente na famosa tríade, foi o ponto central do movimento revolucionário. Com o passar dos tempos, no entanto, o que se viu foi que esse espírito estava muito mais relacionado com a eliminação das desigualdades que havia entre os estamentos, do que com o respeito e a conservação dos direitos individuais e, nessa conquista, ficou evidenciada uma grande diferença do que ocorreu nos Estados Unidos, uma vez que a separação de poderes, apesar de estar contida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França foi esquecida, pois esse movimento de supressão das desigualdades exigia uma forte concentração de poderes.

Outra característica importante, é que essa revolução trouxe ao cenário mundial o conceito de libertação dos povos que estivessem sofrendo opressão

interna e externa, pondo em prática ideias sobre a viabilidade de invasões militares em outros países⁷¹.

As diferenças entre a Revolução Francesa e o movimento de independência dos Estados Unidos ficam assim evidenciadas, já que, apesar de terem os mesmos ideais, trilharam caminhos diferentes. A independência americana, frise-se, ocorreu em uma sociedade que não tinha estamentos divisórios como os europeus, não sofreu as consequências de guerras de religião, podendo ser considerada até igualitária, se desconsiderarmos a questão da escravidão no sul. Na França, ao contrário, a burguesia reprimida associada ao povo humilde que sofria humilhações sob a égide da desigualdade promoveu essa revolução, rompendo estruturas feudais e estamentos existentes durante muitos séculos. Um outro aspecto dessa diferença está associado à ênfase desses movimentos. O movimento americano esteve sempre associado, seguindo a tradição inglesa, a valorizar mais as garantias judiciais do que a Declaração de Direitos, pura e simples, enquanto que na França ocorreu o contrário, valorizou-se muito mais a declaração de direitos do que os instrumentos de garantia desses direitos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento de referência desse novo momento histórico da humanidade, foi publicada inicialmente como uma declaração de princípios, sem que fosse considerada a sua força normativa, mas posteriormente essa condição se alterou, elevando o seu *status* a

⁷¹ COMPARATO, 2005, p. 134. Conforme o autor, colocou-se em prática o paradoxo que Rousseau formulou em sua obra “Contrato Social” onde “A fim de que o pacto social, portanto, não seja fórmula em vã, ele há de conter tacitamente esse compromisso, que é o único a dar forças aos demais, qual seja o de que todo aquele que se recusar a obedecer à vontade geral será compelido a isso por todo o corpo social: o que não significa outra coisa senão que ele será forçado a ser livre (livro I, capítulo VII)”.

uma verdadeira carta constitucional. Tal assento fica claro nas palavras de Comparato⁷²:

Pelo fato de ter sido publicada sem a sanção do rei, houve quem a interpretasse, de início, como simples declaração de princípios, sem força normativa. Mas em pouco tempo a assembléia aceitou as idéias expostas por Sieyès em sua obra famosa e reconheceu que a competência decisória por ela exercida emanava diretamente da nação, como poder constituinte, e que o rei não passava de poder constituído, cuja subsistência como tal, de resto, dependia ainda de uma votação explícita da assembléia, no texto constitucional a ser votado.

Assim, nesse primeiro momento as aspirações da burguesia foram atendidas, as liberdades individuais tiveram seus limites bem definidos, a propriedade privada teve garantias sobre expropriações abusivas e houve a estrita legalidade na criação e cobrança de tributos. Houve também, dada a mudança social que essa revolução acarretou, uma mudança na questão da propriedade, mudando a riqueza antes presente na terra para bens móveis.

Nesse sentido, a Revolução Francesa passou a ser um ponto de referência para os que defendiam a positivação da ideologia jusnaturalista, individualista e liberal, que bem nos ensinou Bobbio⁷³:

Por cerca de dois séculos, o modelo ideal para todos os que combateram pela própria emancipação e pela libertação do próprio povo, e foi com base nos princípios estabelecidos na Declaração de 1789 que se constituíram, no bem e no mal, um ponto de referência obrigatório para os amigos e inimigos da liberdade.

Em 1791, por ocasião da aprovação da Constituição francesa em 3 de setembro, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi colocada no preâmbulo dessa Carta, além de incluir em seu texto, diversos acréscimos. Nessa Constituição reafirmaram-se o caráter antiaristocrático e antifeudal do novo regime

⁷² COMPARATO, 2005, p. 146.

⁷³ BOBBIO, 1992, p. 85.

político. Assim, para financiar operações de guerras em que o movimento revolucionário se envolveu, foram vendidos diversos bens de nobres e eclesiásticos que emigravam para os comerciantes, que, como já foi dito, detinham o poder econômico da época⁷⁴.

Para os trabalhadores, no entanto, a Assembleia Constituinte votou uma lei, que levou o nome de seu relator, Le Chapelier⁷⁵, que proibiu sob pena de multa e prisão, que todos os operários autônomos ou assalariados se dissessem presidentes ou síndicos, tomassem decisões na qualidade de autoridades, manifestassem registros, se associassem com vistas a recusar trabalho ou a só desempenhá-los por determinadas tarifas. Qualquer reunião de artesãos, operários assalariados, autônomos ou jornaleiros seria dispensada a força. Para a organização dos trabalhadores foi sem dúvida um período de retrocesso no avanço das questões coletivas⁷⁶.

Menos de um ano depois de sua promulgação, o envolvimento da França em guerras externas e a queda da monarquia, levou a Assembleia Legislativa, posterior à de 1789, a convocar outra Assembleia Constituinte, que no primeiro dia de seus trabalhos extinguiu a monarquia e instituiu o regime republicano. Era uma demonstração clara de que a Constituição deveria surgir e ser aceita pelo povo e após várias discussões entre os denominados girondinos, que defendiam que os direitos individuais deveriam se sobrepor aos direitos sociais e os denominados jacobinos, que defendiam a proposição de Robespierre que alargava sobremaneira os direitos sociais existentes nas cartas constitucionais anteriores, seu texto definitivo foi votado com concessões de ambos os lados. Ao final, o texto

⁷⁴ COMPARATO, 2005, p. 149.

⁷⁵ A chamada Lei Chapelier foi votada em 14 de junho de 1791, sendo válida por mais de cem anos e sendo revogada somente em 1887.

⁷⁶ TRINDADE, 1998, p. 64.

aprovado limitou-se a enfatizar o conteúdo já estabelecido, sem promover avanços em comparação com a Constituição de 1791⁷⁷.

Assim, a partir desse momento histórico, existiu uma preocupação para se garantir os meios e recursos jurídicos, a fim de se assegurar sua efetividade, o que se convencionou chamar de garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Essa questão buscou, assim, o reconhecimento desses direitos por intermédio de sua inscrição nos textos constitucionais, garantindo a referida eficácia desses direitos⁷⁸. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Ruffia⁷⁹:

No curso do século XIX, a enunciação dos direitos e deveres dos indivíduos sofreu uma dupla transformação: passou para o próprio texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de normas jurídicas positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados, e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídica de seus pontos mais delicados, de modo a não esquecer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário.

A dupla transformação a que se referiu o autor se consolidou pela primeira vez na Constituição da Bélgica, em 1831, incluindo um título específico para o reconhecimento dos direitos fundamentais belgas. A partir daí, as constituições liberais democráticas passaram a trazer subjetivados e positivados os direitos fundamentais dos homens⁸⁰.

Sinteticamente, esse período de grandes transformações no mundo foi retratado por Barros⁸¹, que assim consolidou esse período:

Assim, se explica a diferença verificável na oposição de direitos nos condutores do constitucionalismo ocidental. Na Inglaterra, o empirismo local. Nos Estados Unidos, herança do empirismo inglês e

⁷⁷ COMPARATO, 2005, p. 150.

⁷⁸ SILVA, 2007, p. 167.

⁷⁹ RUFFIA, Biscaretti di apud COMPARATO, 2005, p. 150.

⁸⁰ SILVA, op. cit., p. 167.

⁸¹ BARROS, 2003, p. 371-372.

avanço para a racionalização universalizante. Na França, a consolidação da universalidade racional. Nesse sentido a Magna Carta de 1215, a Declaração de 1776 e a de 1789 foram o ponto alto dessas idéias.

Assim, esse movimento de positivação dos direitos fundamentais culminou com a afirmação do Estado de Direito, concretizando a concepção clássica de direitos fundamentais, conhecida como primeira geração ou dimensão⁸² desses direitos⁸³.

1.4 Os direitos sociais

1.4.1 Um breve histórico de sua origem

Uma contextualização histórica dos direitos sociais, nesse momento, também é primordial, pois eles estão diretamente ligados ao início da história do capitalismo, principalmente do capitalismo industrial.

Como já citado anteriormente, na formação das cidades, ao longo dos tempos foram se constituindo as chamadas corporações de ofício, que continham vários tipos de trabalhadores e que participavam ativamente do movimento de transformação da sociedade, concomitantemente com a valorização de outra classe, a dos burgueses, que foi dominando aos poucos os meios de produção e comércio,

⁸² Esse tema sobre as gerações ou dimensões dos direitos será abordado mais adiante no presente trabalho.

⁸³ SARLET, 2003, p. 49.

sendo decisiva para a eclosão de diversos movimentos e revoluções, culminando com a consolidação de um liberalismo burguês.

No período próximo à Revolução Francesa, em 1776, foi publicado um livro que se consolidaria como sendo o pensamento econômico burguês, chamado “A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas” de Adam Smith. Segundo essa obra, a natureza individual humana acarreta uma competição natural entre os homens e essa competição. Se não for interrompida pelo Estado ou por ação de outros homens, trará indubitavelmente uma maior riqueza para as nações e bem-estar para esses indivíduos competidores⁸⁴. Nela, o autor Smith, declarou:

A produção sob o regime de livre empresa privada, com a consequente acumulação de capital, é o caminho para se atingir esse fim. A classe dos capitalistas, proprietária dos meios sociais de produção, é necessária e benéfica a todos, mesmo aos trabalhadores, que se alugam aos capitalistas para fazer funcionarem aqueles meios. E também não é injusto com esses, pois embora o trabalho humano seja a verdadeira origem de toda riqueza, as relações serão baseadas na livre troca de equivalentes de mercado: O salário que o capitalista paga equivale ao trabalho que o operário lhe presta. Portanto, deixar livre a mão invisível do mercado é o meio mais sábio para que a economia se regule a si mesma, e todos possam chegar à felicidade individual.

Essas ideias, no entanto, se opunham à realidade fática e à burguesia, que já detinha o capital financeiro nessa época e associada a outros fatores, já discutidos anteriormente, ajudaram a promover a Revolução Francesa e a instalar um novo regime, que consolidaria os ideais burgueses da época. Vale relembrar as palavras de Silva que caracterizou as liberdades da burguesia, dessa época, como sendo “liberdades-resistência” dado o caráter de resistência como meio de limitar o poder, até então absoluto⁸⁵.

⁸⁴ TRINDADE, 1998, p. 47-48.

⁸⁵ SILVA, 2007, p. 159.

O mercado liberal passou, a partir desse momento, a regular a economia francesa e diante das limitações legais impostas aos trabalhadores, como a lei Chapelier, associado aos novos preceitos da relação de produção, estabeleceram uma relação de dependência entre os economicamente vulneráveis e os que detinham o poder econômico. Assim, se por um lado a revolução pregava a igualdade de maneira absoluta, o exercício dela, principalmente pelos trabalhadores frente aos que detinham o capital, os burgueses, gerava situações de confronto com tal preceito. O caráter liberal também demonstrava a incapacidade do Estado de intervir nessa relação, desenvolvendo uma classe operária oprimida no campo e nos centros industriais que se formavam na Europa⁸⁶.

Essa situação foi bem retratada nas palavras de Comparato⁸⁷:

Na França, o descontentamento do operariado urbano com os excessos capitalistas do reinado de Luís Felipe de Orléans, instalado no trono desde 1830, foi singularmente reforçado pelo agravamento da fome no campo, em consequência da desastrosa colheita de 1846-47. A revolta popular de Paris, irrompida em 23 de fevereiro de 1848, visou não só claramente à derrubada do rei, mas à restauração da república, nos moldes do espírito revolucionário de 1792/93. Instalado um governo provisório, do qual participava o operário Albert – fato altamente simbólico, que não se viu em nenhum momento da grande revolução do final do século XVIII – decidiu-se convocar de imediato uma assembléia constituinte.

Convém lembrar que nesse mesmo ano, 1848, foi publicado um dos mais importantes documentos desta fase, o “Manifesto do Partido Comunista”, idealizado por Karl Marx e por Friedrich Engels, que continha diversas críticas ao sistema liberal-burguês do ponto de vista do socialismo⁸⁸. Nesse documento, os autores afirmavam que a história do homem sempre foi uma história de luta de classes:

⁸⁶ TRINDADE, 1998, p. 82.

⁸⁷ COMPARATO, 2005, p. 147.

⁸⁸ SILVA, 2007, p. 160.

Homem livre e escravo, patrício ou plebeu, barão e servo, membros da corporação e aprendizes, em suma, opressores e oprimidos, estiveram em constante antagonismo entre si, travaram uma luta ininterrupta, umas vezes oculta, outras aberta, uma luta que acabou sempre com a transformação revolucionária de toda a sociedade ou com o declínio comum das classes em luta.⁸⁹

Na Inglaterra, vale lembrar, onde o movimento industrial da época chegou mais longe com consequências sociais drásticas, o movimento trabalhista organizou-se rapidamente. Nessa época, uma das formas mais comuns de demonstração de descontentamento com essa situação era a resistência trabalhista realizada através da destruição de máquinas, principalmente nas indústrias têxteis, que promovia uma multidão de desempregados e que por isso eram apontadas como culpadas pela situação de miséria. Esses movimentos foram severamente reprimidos, com a efetivação de prisões, deportações e até pena de morte, após a aprovação de uma lei em 1812. Apesar disso, o movimento trabalhista conseguiu, em 1824, pressionar o parlamento, revogando algumas leis que impediam a liberdade de associação. Nas décadas de 1830 e 1840, denunciou a situação em que se encontravam os trabalhadores e reivindicou alguns direitos como a jornada de trabalho de dez horas, a liberdade sindical e o direito de representação parlamentar do operário⁹⁰.

Demonstra-se assim que a classe operária estava oprimida, não havendo documentos legais que evitassem a situação de exploração ou de arbitrariedades patronais, legitimados pelo modelo econômico liberal adotado, resultando nesses grandes movimentos de resistência e de afirmação de direitos, ambos, se contrapondo a essa situação de opressão existente.

⁸⁹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Edipro, 1998. p. 68.

⁹⁰ TRINDADE, 1998, p. 124.

Nesse contexto de afirmação de direitos, nascem os direitos sociais, frutos da aspiração dessa classe de operários que, apoiados nos ensinamentos da própria classe burguesa quanto à necessidade de se realizar revoluções para promover uma mudança na sociedade contra a opressão, base da Revolução de 1789, entenderam ser legítima a organização dos trabalhadores para melhorar suas condições. Diante dessa possibilidade, dado que essa classe já era composta de milhares de pessoas, a burguesia recuou e se iniciou um processo de reconhecimento de direitos. Importante frisar que tais movimentos se estenderam por toda a Europa, sempre com as mesmas características e ideais⁹¹.

O primeiro documento histórico que reconheceu em seus dispositivos a questão dos direitos sociais foi a Constituição francesa de 1791, que apesar de não colocar o Estado francês como sendo um Estado Social, estatuiu em seu artigo 13, preceitos em que o Estado francês reconheceu o trabalho, ressaltando o apoio da sociedade para o desenvolvimento do operário, das suas relações com o patrão, com instituições de previdência e crédito, e principalmente, estabelecendo o papel de geração de empregos que o Estado deveria ter. Cuidou ainda nesse artigo de compromissos com a assistência aos desamparados, doentes e idosos⁹².

O capitalismo passou assim a se desenvolver e a se consolidar economicamente até o final desse século, expandindo sua atuação a todos os lugares da terra. Esse período ficou marcado pelo ritmo anárquico de desenvolvimento com crises cíclicas, nas quais flutuava uma situação social de

⁹¹ TRINDADE, 1998, p. 134-138. Segundo o autor, “Nesse período se promoveu a chamada Primavera dos Povos, assim chamada dada a sua internacionalização e a forte presença popular. Uma crise econômica fizera recrudescer o desemprego desde o início da década e as classes populares voltaram a se agitar. No primeiro semestre de 1948, a maioria das regiões da Europa central e ocidental – dentre outras, a França, Alemanha, Itália, Áustria, Hungria, Polônia e Bálcãs – foram tomadas por insurreições de cunho nacionalista, anti-monárquico, democrático e operário. Todas foram vitoriosas a princípio, e esmagadas posteriormente com o derramamento de muito sangue”.

⁹² NUNES JÚNIOR, 2009, p. 51.

desemprego e de falência de empresas, acarretando sistematicamente uma legião de operários desempregados. Apesar disso, o liberalismo econômico triunfou nessa época, havendo aumento internacional do intercâmbio comercial, queda nas barreiras alfandegárias, abertura de novos mercados à livre concorrência e possibilitando uma ascendente concorrência entre empresas. Essa situação de triunfo e liberdade ao final do século se transformou em uma concentração maciça de capitais das empresas, criando o modelo do capitalismo do século posterior, o modelo dos gigantescos monopólios dominadores do mercado⁹³.

No final desse século, em 1891, mais precisamente em 15 de maio, foi editado um importante documento da Igreja Católica, a encíclica *Rerum Novarum*, reforçando a ideia já presente no Manifesto Comunista de Marx de desigualdade econômica profunda entre opressores e oprimidos. Segundo esse documento, o Papa Leão XIII acreditava que essas duas classes não deveriam estar em constante conflito, esse era o erro principal da tese marxista. Para o Papa, as duas deveriam estar intimamente ligadas, já que uma dependia da outra, não podendo haver capital sem trabalho e nem trabalho sem capital. Trouxe em seu texto diversas discussões como a questão do trabalho humano, as questões que envolviam a relação empregador-empregado e as ideologias políticas. Por um lado, sempre defendeu os trabalhadores, condenando as práticas que não respeitavam a dignidade do homem, tratando-os como escravos ou que impusesse a eles uma carga de trabalho superior a suas forças ou desproporcional a sua idade ou sexo. Por outro lado, defendia o direito de propriedade, dando uma certa segurança à classe dominante à época⁹⁴.

Foi a Constituição mexicana de 1917 que instituiu pela primeira vez os direitos trabalhistas como sendo direitos fundamentais juntamente com as liberdades

⁹³ TRINDADE, 1998, p. 133.

⁹⁴ LEÃO XIII, Papa. *Encíclica Rerum Novarum*. São Paulo: Paulinas, 2002. p. 22-24.

sociais e direitos políticos. Nessa Constituição, o povo mexicano tinha uma participação mais ampla, não era reduzido de acordo com as concepções marxistas, somente como a classe dos trabalhadores, desmercantilizou a questão do trabalho, proibindo que ele fosse tratado como uma mercadoria qualquer e que, por isso, ficasse à mercê do mercado ou da lei da oferta e procura. Nas palavras de Comparato⁹⁵:

Ela afirmou o princípio de igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.

Ficava assim evidente a preocupação da Carta mexicana em limitar o poder econômico nas relações de trabalho, com atenção aos direitos sociais. Importante frisar que foi criado esse critério de participação do poder estatal na ordem econômica e social, porém não rompeu definitivamente com o capitalismo reinante em si⁹⁶.

Logo a seguir, em 1919, tivemos a Constituição alemã de Weimar (*Weimarer Verfassung*), em um momento histórico difícil para a Alemanha, já que acabara de ser derrotada na Primeira Guerra Mundial, submetendo-se ao tratado de Versalhes, que lhe impôs perdas territoriais, longas e pesadas reparações de guerra em favor das potências vencedoras. Sua economia estava passando por uma crise profunda, com muito desemprego e uma grave crise social, aproximando-se para se tornar uma crise política. A burguesia da época conseguiu manter o controle da

⁹⁵ COMPARATO, 2005, p. 177.

⁹⁶ SILVA, 2007, p. 160.

situação, mas fez concessões para que fossem inscritos direitos sociais na nova Carta⁹⁷.

Nesse contexto, surgiu a nova Constituição, que, segundo Nunes Júnior, teve um perfil social democrático de caráter transformador. Ele além de reconhecer os direitos trabalhistas, sem a quantidade de detalhes que a Constituição mexicana possuía, reconheceu diversos outros direitos fundamentais para a população alemã, principalmente os relativos à educação, sendo elevados a nível constitucional os direitos previdenciários e trabalhistas⁹⁸.

Pela sua natureza, essa Constituição influenciou diversas outras constituições contemporâneas, pois aprimorou a linha mestra traçada pela Constituição mexicana sobre a questão do Estado da democracia social.

Estava organizada em duas partes, a primeira voltada à organização do Estado em si e a segunda voltada para o reconhecimento de direitos e deveres fundamentais, incluindo, nesse bojo, direitos individuais e os novos direitos sociais. Nesse sentido, já se desenvolvia a ideia da participação ativa do Estado nessas questões. Nas palavras de Comparato⁹⁹:

Os direitos sociais, ao contrário, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à Saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental.

No entanto, começaram a se frustrar as esperanças que essas Cartas continham. No México, forças conservadoras foram minimizando o processo revolucionário até esgotá-lo na década de 40, sendo que os direitos sociais preconizados na Constituição de 1917 caminharam em marcha lenta no processo de

⁹⁷ TRINDADE, 1998, p. 148.

⁹⁸ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 52-53.

⁹⁹ COMPARATO, 2005, p. 190.

efetivação. Na Alemanha, a República de Weimar também fracassou ao tentar conciliar as diferenças sociais existentes no país. Consoante a isso, o país sofreu profundamente com a crise econômica de 1929, fazendo com que as forças da burguesia abandonassem as ideias presentes na Constituição e apoiassem a extrema direita, abrindo as portas para o que se transformou no movimento nazista de 1920 e, posteriormente, lançando a Alemanha em uma nova guerra mundial.

Importante lembrar também que, nessa época, a Rússia passava também por momentos difíceis, possibilitando que o movimento stalinista tomasse o poder, adotando a repressão massiva a todas as divergências. Outros movimentos fascistas também vinham ganhando força na Europa, como os que ocorreram na Itália, Portugal e Espanha. Esses movimentos, analisados de forma única, trouxeram um quadro desolador para os direitos humanos na década de 30, quando eram comuns as políticas racistas, xenófobas e imperialistas¹⁰⁰.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, considerando todo o contexto já colocado, além das atrocidades que ocorreram durante essa guerra, surgiu uma perspectiva ética baseada na revigoração dos direitos humanos. Essa perspectiva se traduziu no mais importante documento do século XX, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Nessa declaração, retoma-se a famosa tríade utilizada na Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Além disso, reafirmou-se a universalidade e a interdependência dos direitos humanos, tendo como valor o fato de que a lesão a um direito humano é algo muito grave que ultrapassa os limites de um Estado. Quanto à universalidade, registra que esses direitos reconhecidos são

¹⁰⁰ TRINDADE, 1998, p. 155-157.

para toda a raça humana, e não apenas para as pessoas de um determinado Estado e que dependem uns dos outros, em uma relação de mútua dependência.

Para os direitos sociais, essa declaração realizou um amplo reconhecimento desses direitos, incluindo, entre os artigos XXII e XXVIII, um grande rol de direitos sociais, como os referentes à segurança social, ao direito ao trabalho, à escolha livre de emprego, à proteção ao desemprego, à remuneração justa e satisfatória, à filiação a sindicatos, à instrução, dentre outros. Como desdobramento dessa declaração, em 1966 surgiu o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, se tornando um complemento dos princípios adotados pela declaração de 1948. Esse documento ratifica a ideia do respeito e proteção da dignidade da pessoa humana e realiza, de uma forma mais explícita, uma espécie de lapidação dos direitos sociais do homem. Nas palavras de Nunes Júnior¹⁰¹:

Acenando com a idéia de que os direitos sociais dizem respeito à proteção material do ser humano, mas, segundo uma perspectiva mais ampla, que se inicia a interferência estatal nas relações de trabalho, passa por uma atuação na prestação de serviços públicos, como educação e saúde, e caminha até a ressignificação de antigos direitos de liberdade, como a propriedade, emprestando-lhes a dimensão social.

Consolida-se assim, a ideia da existência de direitos sociais dos indivíduos, ampliando e alterando o enfoque dos direitos fundamentais do homem, que além dos individuais que já havia conquistado, começam a reconhecer também esse tipo de direito.

¹⁰¹ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 55-56.

1.4.2 Conceito

Analizando a história dos direitos sociais e suas diversas fases de consolidação como direitos fundamentais, tem-se a nítida sensação de que têm a característica de serem meramente direitos a prestações positivas por parte do Estado a todos os cidadãos. Na verdade, assim como os direitos fundamentais individuais, a conceituação do que sejam os direitos sociais não é tarefa fácil, por envolver diversos aspectos que devem ser considerados.

Preliminarmente, o reconhecimento de direitos como sendo direitos sociais atribuiu a essa categoria diversos direitos de natureza diferente, que exigem uma postura diferente do Estado, caso a caso. Além da natureza de prestação positiva por parte do Estado, como nos casos da educação e saúde, existem direitos que buscam uma atitude diferente, uma atitude regulatória, o que evidencia uma intervenção ativa do Estado na sociedade civil para a concreção desses direitos, como é o caso das limitações das jornadas de trabalho, participações no lucro das empresas, limites para horas extras e estabelecimento de pisos salariais. Ainda nessa linha, podemos identificar, também, a necessidade de uma postura de abstenção, como nas situações em que o Estado é chamado a se abster para que possam ser exercidas algumas liberdades, as chamadas “liberdades sociais”, como nos casos da liberdade de associação e no direito de greve¹⁰².

¹⁰² NUNES JÚNIOR, 2009, p. 63-64. O autor cita ainda Geraldo Pisarello que aponta nessa mesma direção: *“Cualquier definición de derechos sociales depende Del elemento que se torne como caracterizante. Por ejemplo, existen ciertos derechos sociales, como El derecho de huelga o La libertad sindical, a pesar de Haber sido positivados como derechos sociales. Su satisfacción se obtiene antes por una abstención que por una intervención de los poderes públicos y privados, y en realidad podrían considerarse como derechos de libertad de ejercicio coletivo. En El caso de los derechos sociales, su relevância jurídica y su complejidad estructural aparecen con mayor claridad si se los considera como derechos a prestaciones de bienes o servicios, principalmente frente AL Estado, tendentes a satisfacer las necesidades básicas que permitan a los individuos*

Bobbio reforça a ideia da evolução histórica dos direitos, nos ensinando que as sucessivas gerações de direito¹⁰³ são especificações, como se fossem novos direitos extraídos de um núcleo essencial de direitos que visam a preservação da dignidade da pessoa humana, que vão se revelando na medida em que tomamos consciência de que a ideia inicial já não atende mais as necessidades do homem concreto¹⁰⁴.

Essa importância também obtém destaque ao considerarmos a necessidade da inclusão social do homem como pressuposto de uma vida digna, imprescindível para a própria sustentação do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Sarlet¹⁰⁵:

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.

Com isso, já é possível entendermos que os direitos sociais acabam sendo mais uma face dos direitos fundamentais e pressuposto para a realização do homem na sociedade em que vive.

O adjetivo “sociais” associado ao termo “direitos” indica, segundo Sarlet, que podem ser considerados como sendo uma “densificação do princípio da justiça social”, indicando a necessidade de compensação a favor das classes menos favorecidas, diante da desigualdade que as caracterizava frente às de maior poder

desarrollar SUS propios planes de vida. Esta dimensión prestacional resalta El carácter económico de los derechos sociales, cuya satisfacción exige una transferencia de recursos de los sectores más ricos a los más pobres y, por lo tanto, genera fuertes reticencias en aquellos cuando se pretende garantizarlos jurídicamente”.

¹⁰³ A questão que envolve as gerações ou dimensões de direito serão tratadas mais adiante nesse trabalho.

¹⁰⁴ BOBBIO, 1992, p. 62-63, 127-128.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 584-585.

econômico-social. Por esse motivo, os direitos sociais também devem ser considerados como direitos que se referem à pessoa individual, não devendo, inclusive, ser confundidos com direitos coletivos ou difusos¹⁰⁶.

Esse processo de compensação das desigualdades econômico-sociais existentes na sociedade acaba sendo o mote desses direitos, sendo concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução dessas desigualdades, reforçando o princípio da igualdade, com a máxima de que devemos tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade. Daí se extrai a necessidade da participação do Estado nesse processo¹⁰⁷.

Alexy, discorrendo sobre o direito a ações estatais positivas¹⁰⁸, afirma que temos a favor dos direitos fundamentais sociais o argumento baseado na liberdade. Segundo o autor, estão associados dois aspectos nesse argumento, a liberdade jurídica e a liberdade fática. Discute se é possível se exercer a liberdade jurídica sem ter condições de escolher faticamente entre as alternativas permitidas e se é possível, nos dias de hoje, com a sociedade industrial moderna, exercer essa liberdade fática sem que exista uma dependência com as atividades estatais. Lembra o autor das constatações realizadas por Lorenz von Stein¹⁰⁹, que afirma que “A liberdade é real apenas para aquele que tem condições para exercê-la, os bens materiais e intelectuais que são pressupostos da autodeterminação.”

Para ele, é importante ressaltar o porquê que a liberdade fática deve ser considerada na liberdade garantida pelos direitos fundamentais, pois, sem isso, seria possível uma solução constitucional que tratasse a liberdade jurídica como direitos fundamentais e a liberdade fática como processo político. Dois são os

¹⁰⁶ SARLET, 2003, p. 53.

¹⁰⁷ MENDES, 2008, p. 711-713.

¹⁰⁸ ALEXY, 2008, p. 503-504.

¹⁰⁹ STEIN apud ALEXY, 2008, p. 504.

argumentos que firmam essa necessidade, o primeiro observando o valor que a liberdade fática tem para o indivíduo, que, diante de uma situação de absoluta necessidade, valorizará os direitos fundamentais que poderão lhe propiciar uma melhora da sua situação social, sendo nesse instante, mais importantes até do que as liberdades jurídicas que possui, mas que nessa situação de necessidade de nada lhe servem. O segundo argumento, de acordo com ele, se relaciona com o primeiro e está associado ao aspecto formal e substancial que a liberdade fática possui na Constituição. Associa que, se para o desenvolvimento dos direitos fundamentais está o livre desenvolvimento da personalidade humana, também estão orientados para a liberdade fática, regulando não só as possibilidades jurídicas, mas o poder de agir fático¹¹⁰.

Essa garantia dos direitos sociais como sendo fundamentais nos leva à constatação de que não se pode pensar em exercício de liberdades, de preservação da dignidade humana sem que possamos obter ou proporcionar aos homens uma condição mínima, um “mínimo vital”, que seja o suficiente para que sua convivência social seja possível. Esse aspecto de manter o ser humano nesse nível mínimo justifica a fundamentalização dos direitos sociais, frise-se, necessária situação para salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

Devemos frisar que os direitos sociais estão relacionados com a situação de desigualdade existente entre as pessoas na sociedade e o direito que essas têm de participar das riquezas que nela são produzidas. Nesse contexto, o Estado exerce um papel importante, de referência, seja em uma perspectiva normativa e reguladora, seja em uma perspectiva prestacional.

¹¹⁰ HÄBERLE, 1972, p. 731 apud ALEXY, 2008, p. 504.

Alinhado aos objetivos desse trabalho, ilustre a definição de direitos sociais, proferida por Nunes Júnior¹¹¹:

Podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer pela normatização e regulação das relações econômicas ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

1.4.3 Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais

É muito utilizada, pelos que estudam os direitos fundamentais, a separação dos direitos fundamentais em etapas evolutivas, chamando-as de “gerações de direitos” ou “dimensões de direito”.

Essa ideia partiu do professor de Direito, Karel Vasak, em 1978, que organizou uma obra científica que propunha a separação evolutiva dos direitos fundamentais em etapas, dimensões, conforme o próprio título da obra indicava: *“Les dimensions internationales des droits de l’homme – manuel destine à l’enseignement des droits de l’homme dans les universités”*. Um ano mais tarde, em 1979, ocupando o cargo de Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO, foi convidado a ministrar uma aula inaugural no famoso Instituto de Direitos Humanos em Estrasburgo, sob o título *“Pour les droits de l’homme de la troisième génération de droits de solidarité”* ou “Pelos direitos do homem da terceira geração: os direitos de solidariedade”. Nessa palestra, fazendo um relacionamento entre os ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) com a

¹¹¹ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 67.

evolução dos direitos fundamentais, utilizou a ideia da existência de gerações de direito. Conquistou com essa abordagem, um grande reconhecimento pela ideia e pela forma didática com que expôs o tema, se propagando a toda comunidade científica a existência de gerações de direitos fundamentais¹¹².

A partir daí, a utilização de uma nomenclatura ou de outra varia de autor a autor, gerando discussão de qual nomenclatura é a mais adequada a ser utilizada, pois o próprio criador desse método didático de entendimento da evolução histórica dos direitos fundamentais gerou uma controvérsia a respeito do termo mais adequado a ser utilizado: gerações ou dimensões?

Apesar de alguma controvérsia a respeito, importante frisar, primeiramente, que essa ideia muitas vezes induz ao pensamento de conquistas estanques dos direitos, desvalorizando os movimentos sociais de conquistas, com avanços e retrocessos ao longo da história. Essa ligação e importância de se considerar o movimento histórico fica evidente nas palavras de Barros¹¹³:

Na realidade, os direitos humanos são um produto histórico-social íntegro. Resultam da própria evolução da sociedade humana, marcada pelo progresso moral expresso no aprimoramento constante e contínuo das regras de conduta, no interior e no exterior das nações contemporâneas. Nesse contínuo histórico, os novos direitos vão surgindo em meio aos anteriores e, na realidade em que progredem, constituem evolução uns dos outros ou de uns para os outros, ao longo do crescente aumento da complexidade social, o que torna difícil distingui-los e dispô-los em gerações sucessivas.

¹¹² BARROS, Sérgio Resende de. *Noções sobre gerações de direitos*. Disponível em: <[HTTP://www.srbarros.com.br](http://www.srbarros.com.br)>. Acesso em: 27 abr. 2010. Este autor, além de discorrer sobre o tema, infere que o professor Karel Vasak por ter sua origem na Tchecoslováquia, se utilizou da separação em gerações para dar um charme a sua apresentação ao público que era formado principalmente de franceses. Assim, associou o lema da Revolução Francesa às gerações, conseguindo grande êxito e tornando essa abordagem um modismo europeu na separação dos direitos fundamentais.

¹¹³ Id., 2008, p. 133.

Assim, a importância dessa abordagem é realmente didática, fornecendo elementos ao estudioso do Direito dos momentos históricos em que se consolidaram ou se efetivaram os movimentos de conquista de direitos.

O uso da terminologia “gerações” ou “dimensões”, nesse sentido didático, pode facilitar esse entendimento, já que separa historicamente os principais momentos históricos em que se verificou a consolidação de uma fase, de uma evolução, havendo diferenças na utilização das duas terminologias. Ao empregar o termo “gerações”, reforça-se a ideia da existência de etapas dessas conquistas, que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento, ficando muito presente a ideia de seccionamento dos eventos que, como já dito, não transmite a ideia real de como esses direitos surgiram e surgem. A ideia de “dimensões”, por sua vez, indica uma espécie de existência de vários núcleos sobrepostos de direitos, de dentro para fora, dando para muitos, uma melhor impressão de evolução desses direitos, já que os núcleos mais externos contêm os mais internos, passando a impressão da coexistência dos direitos e da evolução desses propriamente ditos.

Independentemente da questão terminológica, importante frisar que essa questão dimensional dos direitos fundamentais não engloba apenas essa questão do caráter cumulativo do processo evolutivo, mas afirma sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno, bem como na esfera do moderno direito internacional de direitos humanos¹¹⁴.

Nesse trabalho utilizaremos a expressão “dimensão de direitos” preferencialmente, mas ressaltando que tanto essa quanto a outra possuem essa

¹¹⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 25. Essa constatação não é compartilhada pelos professores Jorge Miranda e Pères Luño, uma vez que adotam uma posição formalista, reconhecendo como direitos fundamentais do homem apenas os direitos positivados na Constituição de um Estado.

característica principal, de destacar um determinado momento histórico em que, após um movimento social histórico de avanços e retrocessos, determinados direitos foram conquistados, fortalecidos, reconhecidos, seja no âmbito interno, seja no âmbito internacional.

Essa divisão dos direitos fundamentais é comumente realizada como existindo três dimensões, existindo autores que reconhecem quatro e até cinco dimensões¹¹⁵. A discussão de quantas gerações devemos considerar e quais são os seus limites parece nesse momento ser uma discussão secundária, pois como nos ensina Silva, a conquista de novos direitos são uma tendência natural da evolução da humanidade¹¹⁶:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos.

Assim, a seguir, passaremos a fornecer comentários caracterizadores de cada geração ou dimensão dos direitos fundamentais.

¹¹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 24. Esse autor classifica como direitos de quarta geração "o direito de ser diferente, incluindo as questões relativas ao direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, a recusar tratamentos médicos que levem à morte. Também nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 570-593. Para o autor, os direitos de quarta geração são os decorrentes da globalização política, entre os quais estariam o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, entendendo serem reflexo do momento de universalização do direito, concretizando uma sociedade aberta no futuro fruto do movimento de globalização que agora verificamos. Reconhece ainda, a existência de uma quinta geração voltada ao direito à paz, relacionando-o diretamente à vida, sendo pressuposto para o progresso de todas as nações. Apenas para relacionar e lembrar, esse direito à paz era um item do direito à fraternidade, colocado como direito de terceira geração pelo professor Karel Vasak.

¹¹⁶ SILVA, 2007, p. 149.

1.4.3.1 Os direitos fundamentais de primeira dimensão

A primeira dimensão dos direitos fundamentais está relacionada com o próprio reconhecimento da existência de direitos fundamentais do homem, de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas e do poder de resistência desse homem frente aos abusos do Estado¹¹⁷. Estão relacionados ao pensamento liberal-burguês do século XVIII, sendo caracterizados como direitos de cunho negativo, dirigidos a uma abstenção e não a uma ação positiva por parte dos poderes públicos¹¹⁸.

Eles se caracterizam pelo direito à liberdade que todos os indivíduos possuem, liberdade no sentido da faculdade de exercício dos direitos civis e políticos, demonstrando a existência de uma clara separação entre a Sociedade e o Estado, marcando a possibilidade de resistência ou oposição perante o Estado.

1.4.3.2 Os direitos fundamentais de segunda dimensão

Essa dimensão está relacionada com direitos relativos à noção de igualdade em um sentido material, em que o Estado necessita ter, dentre outras coisas, uma postura positiva, prestacional frente às pessoas¹¹⁹.

Nesse sentido são os ensinamentos proferidos por Barros¹²⁰:

¹¹⁷ Tal evolução foi tratada no capítulo 1 desse trabalho.

¹¹⁸ SARLET, 2003, p. 51. Segundo o autor, “Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições do mundo ocidental”.

¹¹⁹ Essas características foram desenvolvidas nesse trabalho no capítulo 1, item 1.4

¹²⁰ BARROS, 2010.

Cobram atitudes positivas do Estado, obrigações de fazer, com a finalidade de promover a igualdade – não a mera igualdade formal de todos perante a lei, mas a igualdade material de oportunidades, ações e resultados – entre partes ou categorias sociais que são desiguais em certas relações específicas, como a de trabalho assalariado, a de inquilinato, a de concubinato, a de consumo e outras, protegendo e favorecendo juridicamente os hipossuficientes nessas relações sociais.

Importante lembrar que, como ressalta Sarlet, eles englobam além de direitos de cunho positivo por parte do Estado, como também as chamadas “liberdades sociais”, como o direito de greve, direito à sindicalização, dentre outros¹²¹. Além disso, nessa dimensão já está presente de forma significativa a preocupação pelo respeito à dignidade da pessoa humana, bem como da responsabilização por parte do Estado para além de protegê-la, desenvolvê-la.

1.4.3.3 Os direitos fundamentais de terceira dimensão

Essa dimensão, fundada nos reflexos pós-guerras mundiais, tem como valor maior a solidariedade entre os povos. O termo “solidariedade” é utilizado nessa dimensão como sinônimo do termo “fraternidade”, que historicamente, pela própria ideia da teoria das dimensões ou gerações de direitos, se relacionava ao bordão da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Com o final da Segunda Guerra Mundial, percebeu-se a insuficiência do reconhecimento dos direitos em direitos de primeira e segunda dimensões, pois verificou-se a necessidade da caracterização de outros direitos, que não apenas os relativos aos indivíduos. Assim, nessa dimensão estão presentes o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos.

¹²¹ SARLET, 2003, p. 53.

A distinção dos demais está relacionada à titularidade coletiva, pertence a toda coletividade. Essa distinção é bem explicada nos ensinamentos de Sarlet¹²²:

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

Salienta ainda o autor, que, apesar desses direitos poderem ser exercidos coletivamente, não significa que eles não possam ser exercidos individualmente, mesmo mantendo a titularidade coletiva, sendo inclusive esse um dos motivos por serem chamados de direitos de solidariedade.

¹²² SARLET, 2003, p. 54.

CAPÍTULO 2 – A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS DIREITOS SOCIAIS

A relação existente entre a proteção dos direitos fundamentais sociais e as Constituições Federais que o Brasil possuiu e possui, começou somente em 1934, com a chamada primeira Constituição Econômica, fruto dos movimentos sociais da época e sob forte influência das Constituições europeias, principalmente da Constituição alemã de Weimar, inaugurando o que se denominou de “Estado Social brasileiro”, reconhecendo uma série de direitos sociais e que, apesar de ter curta duração, contribuiu para que posteriormente fossem firmados diversos preceitos e inovações nela presentes¹²³.

Nessa Constituição, proibiu-se a ocorrência de diferenças de salários por motivos de idade, sexo, religião, nacionalidade e estado civil, fixou-se jornada de trabalho de oito horas, repouso semanal, férias remuneradas, indenização por dispensa sem justa causa, assistência médica ao trabalhador e à gestante, reconhecendo a existência de sindicatos e associações profissionais. Estabeleceu-se também que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo¹²⁴.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, fortaleceu o Poder Executivo, enfraquecendo sobremaneira o Poder Legislativo. Dada a sua inspiração na Constituição polonesa, de origem totalitária e fascista, ficou conhecida

¹²³ Importante citar que na Constituição de 1891 já havia previsão que possibilitava, assegurava palidamente o direito de reunião e a liberdade do exercício profissional (art. 72, §§ 8º e 24º), mas que não são normalmente considerados como direitos sociais reconhecidos propriamente ditos.

¹²⁴ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 35.

como “A Polaca”. Foram vários os desrespeitos aos direitos fundamentais do homem, nas palavras de Guimarães¹²⁵:

A carta de 1937 restringiu direitos e garantias individuais, abolindo o mandado de segurança e alijando os princípios da legalidade e irretroatividade da lei, instituiu censura prévia e a pena de morte em casos expressamente especificados, inclusive para a subversão da ordem política e social por meios violentos e para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

Após esse período autoritário, os direitos individuais e coletivos voltaram a integrar com destaque a Constituição de 1946, restabelecendo além dos direitos individuais, os direitos sociais nos moldes do que preconizava a Carta de 1934, com o mesmo direcionamento social. Instituiu, ainda nesse campo, a participação obrigatória e direta nos lucros da empresa pelo trabalhador, reconheceu o direito de greve e o repouso semanal remunerado¹²⁶.

Mesmo com o golpe militar ocorrido em 1964, a Constituição de 1946 foi mantida, apesar dos militares editarem atos que centralizavam o poder em torno do Poder Executivo. A título de exemplo, esses atos atacaram frontalmente diversos direitos fundamentais como o Ato Institucional nº 1, que suspendeu as garantias constitucionais da vitaliciedade e estabilidade dos juízes, permitiu a cassação dos mandatos do Poder Legislativo e a suspensão de direitos políticos. Já o Ato Institucional nº 2 deu poderes ao presidente da república de decretar recesso no Congresso Nacional e extinguiu os partidos políticos. Posteriormente, o Ato Institucional nº 4 convocou o Congresso Nacional a discutir e votar um novo texto Constitucional, pois os militares não queriam a caracterização de um momento ditatorial no mundo democrático global. Elaborada e aprovada pelo voto de

¹²⁵ GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Comentários à Constituição* (Direitos e garantias coletivas). Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 2.

¹²⁶ SILVA, 2007, p. 85-86.

deputados eleitos, foi promulgada em 1967, garantindo tanto os direitos e garantias individuais, como direitos sociais dos trabalhadores¹²⁷.

Após um longo período de luta pela redemocratização do país e pela conquista do Estado Democrático de Direito, repudiando o autoritarismo que prevaleceu por vinte anos, incluem-se nessa trajetória de mudança diversos eventos como a vitória expressiva dos governadores de oposição ao regime em 1982, a campanha das Diretas-Já em 1984, a eleição por via indireta de Tancredo Neves com a consequente convocação de uma Assembleia Constituinte, tendo sido desenvolvida, votada e posteriormente promulgada em outubro de 1988 e considerada uma Constituição com um texto razoavelmente avançado, com muitos avanços de grande importância, sendo uma referência no constitucionalismo mundial¹²⁸.

Os direitos sociais na Constituição de 1988 estão posicionados em um capítulo próprio (Capítulo II, Título II) e, na segunda metade da Carta, está um capítulo especial destinado à ordem social (Título VIII). Apesar de aparentemente estarem separados, dada a uma falha metodológica do Constituinte Originário, fica claro que os direitos sociais estão inseridos na ordem social. Isso se verifica na medida em que o objeto do artigo 6º ¹²⁹, destinado ao conteúdo dos direitos sociais, é tratado de forma sistemática no título da ordem social, tratando de seus mecanismos e aspectos organizacionais. Importante frisar também que normalmente, nas Constituições, os Direitos Sociais emergiam do capítulo da Ordem Social e se confundiam com os chamados Direitos Econômicos. Nessa Constituição,

¹²⁷ BREGA FILHO, 2002, p. 38-39.

¹²⁸ SILVA, 2007, p. 89. Para o autor é importante destacar que “é a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, por que teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”.

¹²⁹ “Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (alterada pela emenda constitucional n. 24 de 14 de fevereiro de 2000).

os direitos dos trabalhadores, que por vezes foram relacionados com os direitos econômicos, dada sua ligação com as relações de produção, foram colocados como sendo uma espécie dos direitos sociais e o trabalho como primado básico da ordem social¹³⁰.

Não menos importante é a constatação de que, além de possuir um artigo próprio para inserir os direitos sociais na Carta maior, ela possibilita ainda a inserção de outros, fora da Constituição escrita, como possibilita o entendimento do artigo 5º, §2º desta Carta, possuindo inclusive aplicação imediata, de acordo com o §1º do mesmo artigo, na medida do possível¹³¹.

No reconhecimento de sua importância, o Supremo Tribunal Federal também já se posicionou a respeito do assunto¹³²:

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, §1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais.

¹³⁰ SILVA, 2007, p. 285-286. O autor inclusive opina favoravelmente com essa colocação realizada pela Constituinte, declarando que entende ser a posição correta na Constituição. Acrescenta ainda que isso ocorre, pois “o direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto que os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal”.

¹³¹ De acordo com o 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 fizer parte.” e o art. 5º §1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Malheiros, 2000. p. 165. O autor a respeito da questão da aplicabilidade imediata nos ensina que “Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a tê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Então, que valor tem o disposto no §1º do artigo 5º? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.” (grifo nosso).

¹³² Decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes em 22 de dezembro de 2008, em uma Ação de Suspensão de Tutela Antecipada (STA no 198/2008) tendo como requerente o estado de Minas Gerais em um caso que envolvia o fornecimento de remédio a uma determinada pessoa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2010.

Assim, pelas razões expostas, integram o rol dos direitos sociais na Constituição de 1988, à vista do direito positivo, todos os direitos delineados entre o artigo 6º e o artigo 11º, sendo agrupados em seis classes: os direitos sociais relativos ao trabalhador, os direitos sociais relativos à seguridade (saúde, previdência e assistência social), os relativos à educação e à cultura, os relativos à moradia, os relativos à família, criança, adolescente e idoso, e os direitos sociais relativos ao meio ambiente¹³³.

Ainda nessa questão, ao se analisar a colocação desses direitos sociais na Constituição Federal da República do Brasil e as regras previstas pelo Poder Constituinte Originário quanto à imutabilidade constitucional, fica o questionamento da amplitude de proteção dos direitos sociais previstos¹³⁴. Essa questão já foi superada no sentido de que, para o desenvolvimento de todos os direitos e garantias previstos no artigo 5º da Constituição, é necessário o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, viabilizando a conquista por parte dos indivíduos de um mínimo existencial, situação esta somente possível se forem respeitados os direitos sociais do artigo 6º e, mais especificamente, no caso do direito dos trabalhadores, o respeito e a promoção dos direitos previstos no artigo 7º. Cabe ressaltar que essa imutabilidade é parcial, pois para todos os dispostos presentes no artigo 5º, a supressão de direitos não é permitida, sendo possível apenas o acréscimo de novos direitos, ampliando a proteção dos direitos fundamentais, daí a se considerar que essa imutabilidade é parcial e não total.

¹³³ SILVA, 2007, p. 287.

¹³⁴ As cláusulas pétreas são definidas no artigo art. 60 § 4º que determina os assuntos que não poderão ser objeto de proposta de emenda constitucional (grifo nosso):

“Art.60 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - **os direitos e garantias individuais.**”

2.1 O neoconstitucionalismo

O vocábulo neoconstitucionalismo tem sido utilizado por parte da doutrina para indicar o estado do constitucionalismo moderno¹³⁵. Essa é a intenção da utilização do prefixo “neo”, indicar que estamos diante de um constitucionalismo novo, diferente do constitucionalismo que o antecedeu. Essa situação reforça a ideia de que o constitucionalismo atual possui diversos elementos novos, alguns com um enfoque intenso, como a distinção entre regras e princípios, por exemplo, mas sem significar de alguma maneira um rompimento total da ordem anterior, é um novo momento, um novo período do direito constitucional. Esse novo período traz no seu bojo dois aspectos que o evidenciam, um que congrega elementos metodológico-formais e outro que reúne os elementos materiais¹³⁶.

O aspecto relacionado aos elementos metodológico-formais está relacionado ao papel que a Constituição passou a ter ao longo dos tempos nos ordenamentos jurídicos. As premissas desse aspecto são três. A do reconhecimento das normas constitucionais como sendo normas jurídicas e, por isso, possuindo imperatividade. A segunda está relacionada à posição da Constituição em um patamar superior frente às demais normas jurídicas e a terceira está relacionada com a compatibilidade necessária que os demais ramos do direito devem ter com a Constituição, a partir dela. Essa situação fica evidenciada nas palavras de Barcellos¹³⁷:

¹³⁵ Existem diversas outras denominações adotadas no mesmo sentido, como “novo constitucionalismo” pelo professor Inocêncio Mártires Coelho, “novo direito constitucional” e “pós-positivismo” por Barroso, somente “pós-positivismo” por Guimarães e “neopositivismo” pelo professor Almiro Couto e Silva.

¹³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 84

¹³⁷ Ibid., p. 84.

Essas características demonstram o processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega.

A autora atribui à Constituição, a partir desse aspecto, o papel de determinar quais são os conjuntos de decisões valorativas, essenciais e consensuais, atribuindo a esse aspecto a nomenclatura de concepção substancialista.

O aspecto relacionado aos elementos materiais está diretamente relacionado com o cerne do positivismo, diferenciando-os, sendo dividido em dois grupos, um relacionado ao respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, incorporando explicitamente valores e opções políticas nos textos constitucionais e o outro, relacionado à expansão de conflitos gerais e específicos entre as opções normativas e filosóficas existentes no próprio sistema constitucional, ressaltando que neste conflito também está presente o próprio papel que a Constituição deve possuir. Essa ideia assegura o próprio sistema democrático, por intermédio da definição de valores e opções políticas, chamando essa ideia de procedimentalismo¹³⁸.

Quanto ao possível conflito existente entre a concepção substancialista e a corrente procedimentalista, importante colocar que elas não são totalmente inconciliáveis, uma vez que o aspecto democrático não pode funcionar de maneira adequada se as pessoas não tiverem seus direitos respeitados, minimamente, bem como se não tiverem condições de dignidade.

Nesse sentido, quanto à posição e ao papel que a Constituição deve possuir, são sempre lembrados os ensinamentos realizados por Alexy, que discute essa situação a partir de duas nomenclaturas diversas, a “constituição fundamento”

¹³⁸ BARCELLOS, 2005, p. 85-87.

e a “constituição moldura”. Para ele, a primeira, corrente fundamentalista ou substancialista, está relacionada aos que entendem que a Constituição deva ser uma lei fundamental, não só voltada a regular a atividade estatal e as atividades relacionadas ao Estado, mas uma lei que regule a própria vida social. Com ela, a liberdade legislativa ficaria bem restringida, uma vez que todo o ordenamento infraconstitucional seria direcionado como mero instrumento de realização da Constituição, daí ser chamada por muitos como sendo Constituição Total e ter, na sua crítica, o receio da instituição de uma ditadura do judiciário, em uma clara visão da importância que esse Poder teria na interpretação e consequente condução das questões que envolvem a sociedade. A segunda, inserida no pensamento procedimentalista, seria a “Constituição moldura” que tem uma ideia diferente, indica que a Constituição age como limite para a atividade legislativa, não possui nenhum preenchimento, cabendo-lhe a tarefa de verificar se o legislador está agindo dentro dessa moldura, considerando as diversas oportunidades políticas que possui. Nesse sentido, ficaria a cargo do legislador a definição de muitas questões substanciais, ao contrário da ideia anterior¹³⁹.

Ambas as teorias são insuficientes para resolver as questões que surgem com a atual complexidade da sociedade. Ainda nos ensinamentos do referido autor, existe a necessidade de uma solução para essa situação por intermédio da conjugação de elementos da ordem-moldura com elementos da ordem-fundamento. Para exemplificar, a leitura do artigo 6º da Constituição apontaria para a impossibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a uma prestação, pois seguindo o modelo de Constituição moldura, procedimentalista, faltaria ser uma legislação infraconstitucional. Por outro lado, se for seguido o

¹³⁹ ALEXY, 2008, p. 575-584.

modelo de Constituição fundamento, fundamentalista, seria reconhecida a existência de normas programáticas, deixando um grande espaço para a discricionariedade das decisões judiciais.

Considerando essa situação, é necessária a adoção de uma concepção mista, considerando parte das duas teorias, procedimentalista e fundamentalista. Nesse sentido, a Constituição procura antes de tudo estabelecer um fundamento constitucional para a política, traçando as opções de cumprimento da norma quando esta admitir várias formas (fundamentalismo) e definindo moldes dentro dos quais o legislador e administrador público devem desempenhar suas funções (procedimentalismo). Assim, para que essa teoria mista seja considerada adequada, temos que admitir a existência de normas nas Constituições com grau variado de eficácia e nesse sentido, com relação aos direitos sociais, admitirmos que existam direitos sociais que podem ser direta e imediatamente exigidos pelo cidadão e outros que não¹⁴⁰.

Assim, o momento é de concretizar essas teorias, elaborando técnicas jurídicas que possam refletir na aplicação do direito em nosso dia a dia¹⁴¹:

O neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, da feérica, instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar as idéias da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica.

A discussão da criação de instrumentos ou técnicas jurídicas que propiciem tal “evolução”, desconsiderando-se o posicionamento e o valor dado à

¹⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Edições Técnicas. p. 40, 1999.

¹⁴¹ BARCELLOS, 2005, p. 88.

Constituição, ocorre na transformação dos instrumentos criados pelo próprio positivismo com valores colocados anteriormente pelo jusnaturalismo.

Nesse sentido, as Constituições contemporâneas incluíram em seus textos constitucionais diversos elementos normativos ligados a valores ou opções políticas. Essa inserção está relacionada com diversos movimentos históricos ocorridos ao longo do século XX, que, diante dos abusos cometidos com os ideais iluministas da liberdade e igualdade, inseriram em seus textos constitucionais dispositivos voltados a garantir um consenso mínimo que deve ser observado por todos, relacionados a valores e opções políticas fundamentais. Esse movimento, em um plano superior, é o movimento que ressalta os valores e dá início à superação de uma fase anterior, a do positivismo jurídico¹⁴².

Assim, o chamado “neoconstitucionalismo” possui características próprias que o diferencia do sistema anterior, o positivismo jurídico. A junção da ideia de valores com o positivismo está progredindo e gerando um conjunto de elementos com carga valorativa, objetivando o máximo de eficácia jurídica. A busca dessa eficácia exige a construção de novos meios jurídicos, que não são nem positivistas e nem jusnaturalistas, é uma ideia nova com características de ambos.

Também assim entende Barroso ao nos ensinar que gradativamente, ao longo do século XX, se desenvolveu um esforço teórico que procurou e procura transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos¹⁴³.

É a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da

¹⁴² BARCELLOS, 2005, p. 88-89.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 335-336.

dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre o Direito e a Ética.

Outro autor que também se manifesta nesse sentido, apesar de utilizar de nomenclatura diversa, “novo constitucionalismo”, é Coelho¹⁴⁴, que proclama:

Diferentemente do constitucionalismo tradicional, que proclamava a soberania da lei, relegando a Constituição a simples instrumento de organização do poder e/ou de distribuição de competências entre os órgãos da soberania estatal, o novo constitucionalismo encara a Constituição como uma unidade material, que sintetiza determinada ordem de valores, vinculante para todos, inclusive e imediatamente para o legislador, que já não dispõe do texto constitucional para emitir comandos em que todo conteúdo pode ser direito.

O mesmo autor aponta também que existem traços característicos do novo constitucionalismo associados diretamente a uma interpretação especificamente constitucional, que pode ser sintetizada em considerar mais a Constituição do que leis, termos mais juízes do que legisladores, mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, mais concretização do que interpretação. Essa interpretação constitucional, portanto, realiza uma verdadeira mudança do constitucionalismo tradicional, daquele que se estabeleceu a partir do século XVIII até o século XX. Importante frisar que a questão de termos mais princípios do que regras e mais ponderação do que subsunção traz um ajuste necessário quanto ao seu entendimento, uma vez que não podem ser encarados de forma absoluta, pois só se realizará o sopesamento quando necessário, não necessariamente em todas as situações¹⁴⁵.

Na ideia do neoconstitucionalismo fica evidente a ideia da existência de uma nova interpretação constitucional, partindo da distinção entre texto e norma,

¹⁴⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão normativa da interpretação constitucional. *Revista de Direito Público*, a. 30, n. 22, Porto Alegre, IOB/IDP, p. 112, 2008.

¹⁴⁵ Ibid., p. 114-115.

especialmente as que tratam dos princípios e regras, ponderação e subsunção e da concretização da interpretação, realçando sobremaneira as distinções entre princípios e regras e à sua força normativa e eficácia¹⁴⁶.

Assim, por intermédio do neoconstitucionalismo será possível a distinção entre princípios e regras, realizando o enquadramento adequado dos direitos sociais no ordenamento constitucional brasileiro.

2.2 As normas constitucionais: regras e princípios

Há muito se discute na doutrina a distinção das normas jurídicas constitucionais entre regras e princípios, havendo grande divergência sobre o tema¹⁴⁷. Apesar dos fatores que levam a essas divergências, essa distinção pode ser um critério para uma compreensão concreta dos direitos sociais e de sua eficácia.

Na divergência existente para a classificação das normas constitucionais, na definição de quais critérios que devem ser adotados para se elencar quais são as espécies de normas constitucionais, segundo Barcellos, existe a possibilidade de identificação de sete formas diferentes de classificação das normas constitucionais utilizadas pelos diversos autores, a saber: origem e validade, compromisso histórico, função no ordenamento, estrutura linguística, conteúdo,

¹⁴⁶ BERCOVICI, 1999, p. 39.

¹⁴⁷ ALEXY, 2008, p. 86-87. O autor, ao tratar dos critérios tradicionais para distinção entre regras e princípios na Constituição, nos ensina: "Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de uma espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas".

esforço interpretativo exigido e aplicação. Reafirma ainda que, apesar da divergência existente na doutrina, existe consenso de que as normas jurídicas, incluindo as constitucionais, podem ser classificadas quanto à estrutura em regras e princípios e que ambas são dotadas de imperatividade¹⁴⁸.

Nesse caso, um problema que se apresenta, se considerarmos essa classificação das normas constitucionais classificadas entre regras e princípios, são os critérios que devem ser utilizados para a distinção entre ambas.

Segundo Alexy, existem diversos critérios para que seja feita essa distinção, indicando o critério da generalidade como sendo, provavelmente, o mais utilizado o critério da determinabilidade de casos de aplicação, da forma de surgimento da norma, do caráter explícito de seu conteúdo axiológico, da referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e da importância para a ordem jurídica¹⁴⁹.

Ao adotarmos a classificação tendo como referencial a estrutura dessas normas nesse trabalho, o fazemos devido à possibilidade desta distinção ser aplicada no ordenamento brasileiro, porque na sua estrutura se possibilita uma incorporação de valores ao ordenamento jurídico, consoante com a ideia trazida do neoconstitucionalismo, seja porque possui critérios para a solução de conflitos entre as normas constitucionais, seja porque possibilita que seja realizada a concreção de sua teoria.

Nessa linha, importante salientar ainda que Alexy aponta que existem três teses possíveis para a distinção entre princípios e regras. A primeira, que estaria, segundo ele, fadada ao fracasso, sustenta a impossibilidade de se realizar

¹⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 43-50.

¹⁴⁹ ALEXY, 2008, p. 87. Segundo o autor esse critério “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”.

essa distinção dada à diversidade existente, a segunda, é a que se propõe a realizar uma análise de grau para essa diferenciação e a terceira, que adota um critério qualitativo, de qualidade, entendendo o autor ser esse o mais correto¹⁵⁰.

Nessa lição sobre essa diferenciação, antes de concluir no sentido de que uma regra contém determinações do que é fática e juridicamente possível e que os princípios dependem das possibilidades fáticas e jurídicas, salienta o autor¹⁵¹:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua aplicação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Assim, as normas jurídicas, considerando um critério estrutural, qualitativo, podem ser princípios ou regras, sendo essas determinações que devem ser cumpridas integralmente e aquelas, mandados de otimização, devendo ser realizados na maior medida possível¹⁵².

Desta forma, os princípios, por serem mandados de otimização, podem ser razões para decisões ou elaboração e fundamentação de outras normas. Havendo colisões entre dois princípios, deverá ser resolvida a questão a partir da dimensão do peso que se dá a cada princípio no caso em concreto, ou seja,

¹⁵⁰ ALEXY, 2008, p. 89-90. Segundo o autor, na primeira tese, sustenta que esteja fadada ao fracasso devido principalmente às grandes possibilidades de convergências e divergências existentes na classe das normas, que indicaria a necessidade de uma classificação bem mais detalhada do que as duas realizadas. Além disso, a subjetividade na combinação das possibilidades de graduação dos critérios expostos reforçam essa dificuldade. A segunda tese, considerando uma análise de grau, é a que mais se aproxima dos que adotam o critério da generalidade para a distinção e a terceira tese, a qualitativa, tida por ele como a ideal, indica a existência de um valor qualitativo nessa distinção e não só uma questão de grau.

¹⁵¹ Ibid., p. 90-91.

¹⁵² Segundo o próprio autor Alexy, é importante esclarecer que o termo “mandamento” utilizado em sua teoria deve ser utilizado em sentido amplo, incluindo as permissões e proibições.

realizando o sopesamento. Por serem esses conflitos resolvidos no caso concreto, caracterizam-se “razões *prima facie*”¹⁵³.

Em relação às regras, possuem uma estrutura mais rígida, ou se aplicam de forma integral ou não se aplicam, um “tudo ou nada”, sendo razões de decisões com destinatário certo. A questão do conflito entre regras não se resolve por intermédio do sopesamento entre as regras colidentes, mas com a decisão sobre a questão da validade entre essas normas, se utilizando de regras como “*Lex posterior derogat legi priori*” e “*Lex specialis derogat legi generali*”, ou lei posterior revoga a anterior e lei especial revoga lei geral, dentre outros critérios. No caso do conflito entre regras, elas nunca poderão valer ao mesmo tempo, o que no caso dos princípios é por si só uma grande diferença.

2.3 A caracterização dos direitos sociais na Constituição da República

A aplicação dessa teoria sobre os princípios, considerando essa característica estrutural, pode ser aplicada aos direitos sociais na Constituição. Esses direitos devem ser considerados como sendo direitos a prestações por excelência, havendo um feixe de posições que em parte são prestações positivas por parte do Estado e em parte são prestações normativas¹⁵⁴. Essa divisão realizada evidencia primeiramente, a obrigação do Estado em realizar uma prestação fática,

¹⁵³ ALEXY, 2008, p. 104-105. Segundo o autor Alexy, os princípios “não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”.

¹⁵⁴ Ibid., p. 442-443. Segundo o autor, deve-se entender a expressão “feixe de posições” como sendo um conjunto de normas e de fatos envolvidos na aplicação desses direitos.

realizar um direito a algo que o Estado deve fornecer, já a segunda está associada ao direito de prestações normativas, ligadas principalmente à criação de normas que possibilitem o exercício de um direito.

As estratégias utilizadas na positivação dos direitos fundamentais sociais também suscitam o aspecto da garantia institucional, ou seja, na criação de uma ordem protetiva de valores que incorporados por instituições jurídicas, definirão mecanismos que irão promover a sua proteção e garantir sua existência. Isso se dará na busca de um mecanismo de máxima efetividade dos direitos sociais envolvidos¹⁵⁵.

Essa situação alude à constatação de que é perfeitamente possível que uma Constituição possa inscrever no âmbito dos direitos subjetivos do indivíduo, certos direitos sociais, indicando que alguns direitos materiais, necessários à preservação e desenvolvimento da vida, integrem a noção de dignidade da pessoa humana, sendo passíveis de exigibilidade judicial por serem direitos públicos subjetivos, ficando pendente a questão de quais direitos sociais o indivíduo pode exigir e, principalmente, em que medida pode ser realizada essa exigência.

No que concerne à positivação dos direitos sociais, é importante ressaltar outra característica, a da interveniência ordenadora no domínio de algumas relações privadas. Essa característica está presente na própria história dos direitos sociais, surgindo principalmente na ordenação das relações de trabalho. Se por um lado o detentor do capital possuía ampla liberdade para contratar e, de outro, o trabalhador tinha necessidade de alimentar sua família, a desigualdade nessa

¹⁵⁵ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 85-87. O autor exemplifica uma situação que contém esses diversos tipos de estratégia de positivação e de funções das normas programáticas: “Considerando especificamente os direitos sociais, tome-se como objeto de estudo a educação. De um lado, a Constituição a identifica como um direito público subjetivo, prescrevendo que todos os indivíduos têm o direito à educação, o que, pode ser indicado judicialmente. De outro, garante a instituição educação, dentre outras maneiras, determinando a vinculação de percentual da receita orçamentária no desenvolvimento e manutenção do ensino”.

relação econômica ocorre e cabe ao Estado intervir, evitando que abusos sejam cometidos de parte a parte. Sobre esse assunto são as palavras de Nunes Júnior¹⁵⁶:

Ao invés de se deixar as relações contratuais ao sabor das definições daqueles que detinham uma situação de verdadeira prepotência econômica, o Estado, sobretudo pela consolidação e aplicação de leis protetivas, deveria intervir nas relações privadas, garantindo um mínimo de igualdade, quer dizer, o Estado, por meio de uma postura pró-ativa deveria assegurar a dignidade humana nas relações do trabalho.

Ensina-nos ainda o autor que, nesse sentido protetivo, temos outras normas que trazem uma conformação jurídica buscando uma conformação social. Essas estão relacionadas à incorporação em nossa Constituição de normas e diretrizes para que os fundamentos da ordem econômica estivessem subordinados aos objetivos sociais do Estado, como a questão da função social da propriedade, a da justiça social na livre iniciativa, dentre outras.

A questão que envolve o direito ao recebimento de prestações positivas por parte do Estado decorre do caráter programático da Constituição e de normas com esse conteúdo, com esse valor, “normas programáticas”, mas não só disso. Como só se conhece o conteúdo e o alcance de uma disposição constitucional após ter sido realizada sua interpretação, a Constituição pode lançar mão de outros tipos de normas, não só as programáticas, buscando a vinculação do poder estatal e dos particulares em geral, podendo em muitos casos, positivar o mesmo dispositivo de várias formas, com estratégias diferentes, apoiando possibilidades diferentes de concreção¹⁵⁷.

¹⁵⁶ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 91-92.

¹⁵⁷ Ibid., p. 75-77. O autor, ao explicar tal posicionamento, novamente cita como um exemplo de estratégia colocada na Constituição Federal do Brasil para a proteção e desenvolvimento da educação básica: “A preocupação com a efetividade do direito foi tão grande pelo constituinte que o mesmo foi positivado por meio de três estratégias diferentes: 1) consolidou-se a educação como um dever do Estado, revelando-se, portanto, uma tarefa ou programa cometido ao Poder Público; 2) clausurou-se a educação como um direito de todos, cuidadosamente minudenciado no art. 208

A associação das normas programáticas e as definidoras de direitos sociais, portanto, não são a única associação possível, e sim uma das formas buscadas pelo constituinte originário para a positivação dos direitos sociais. Dado esse caráter de definição de diretrizes e programas do Estado, várias constituições modernas optaram por incluí-las em um ideário estatal, ficando sua efetivação sujeita à vontade política e administrativa de cada Estado. Alguns Estados diante desse quadro de uma possível inércia optaram por incluir formas que garantissem alternativas para serem efetivados esses direitos sociais, alinhados com mecanismos de previsão e proteção desses direitos. Na Alemanha, por exemplo, se estatuiu a noção de limiar mínimo e o Brasil investiu seu cidadão de direitos subjetivos à prestação, por intermédio de normas autoaplicáveis.

Nesse passo, a definição de um conceito sobre as normas programáticas é também objeto de muitos debates, seja na questão da sua natureza, seja na questão de sua eficácia, estando a doutrina longe de um consenso. Em suas lições, Ferrari delimita o objeto desse tipo de norma e a conceitua¹⁵⁸:

A norma constitucional programática, ao determinar princípios, tarefas a cumprir, fins a atingir, dirigidos às transformações não só da ordem jurídica, mas também das estruturas sociais e sua concretização, implica em um exercício de um verdadeiro poder discricionário. [...] ora determinam um princípio, ora um fim ou objetivo a atingir, cuja realização depende da liberdade de escolha dos meios conveniente e razoavelmente adequados.

de nossa Carta, sobrescrevendo-a, assim, como um direito público do cidadão; 3) criou-se, finalmente, uma garantia institucional pela vinculação de verbas orçamentárias a despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212)".

¹⁵⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 253.

Também ao tratar da questão da aplicabilidade das normas constitucionais, as normas programáticas foram assim definidas por Silva¹⁵⁹:

Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus Órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins do Estado.

Assim, fica claro que, apesar de serem positivados com estratégias diferentes, podem diferenciar a intensidade da proteção desejada ao referido direito, mas se direcionam ao mesmo fim, à busca de um melhor bem-estar social e, por intermédio desse tipo de norma, direcionam as ações do poder público, independentemente da vontade política dos governantes e das opções orçamentárias que esses venham a fazer. Nesse sentido, ao negar ao indivíduo um direito social, privando-o da satisfação de suas necessidades mais básicas, violam-se seus Direitos Fundamentais, tanto que a Constituição os coloca como autoaplicáveis, considerando-os como direitos subjetivos, exigíveis por todos e por cada um como forma de proteção.

Essas normas programáticas podem ser desdobradas e positivadas, conforme nos ensina Queiroz, segundo diferentes estratégias, métodos ou técnicas. Para ela, podem ser como tarefas legislativas, como determinação dos fins do Estado, como tarefas constitucionais, como princípios diretivos e como mandatos de otimização, sendo que a intensidade de sua vinculação jurídica depende do caráter mais concreto, mais determinado que a norma formulada possua¹⁶⁰.

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 138.

¹⁶⁰ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 64-66.

Esse sistema jurídico aberto com normas que possuem um caráter indeterminado no que tange aos direitos fundamentais sociais gera uma confusão entre o conteúdo de um direito juridicamente definido e uma sugestão de conteúdo, sempre suscetível a uma adequação político-jurídica. Tal quadro é explicado por Canotilho¹⁶¹:

é esse transformismo normativo que está na origem da passagem de um discurso jurídico rigoroso centrado em categorias como direitos subjetivos e deveres jurídicos para um discurso político-constitucional baseado em programas concretizadores de “princípios-sectores” e de diretivas políticas.

Disso decorre que, a partir dos meios orçamentários, dos recursos disponíveis, existe uma necessária comunicação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, já que é sobre o direito que se assenta o quadro institucional no qual atua uma política. Do ponto de vista da política, cabe a ela estabelecer o modelo atendendo os interesses em questão, resolvendo conflitos, estabelecendo prazos e expectativas ao longo do tempo. Já ao Direito cabe, por intermédio dos diversos diplomas legais existentes, dar condições institucionais para que a política e seu plano de ação possam se concretizar. A partir dessa ligação de política e direito, que não deve ser considerada de forma absoluta seja a partir de uma visão positiva ou negativa, temos a importância das políticas públicas na concretização do Estado Social.

Com essas considerações, Bucci¹⁶² propõe um conceito de políticas públicas:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados –

¹⁶¹ CANOTILHO, 2004, p. 101 apud QUEIROZ, 2006, p. 80-81.

¹⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37-41.

processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Assim, com a definição e implementação de políticas públicas é que poderemos medir o seu grau de eficiência em relação à concretização dos direitos fundamentais sociais, que será aferido pelo grau de seriedade, responsabilidade, habilidade, honestidade e bom senso utilizado pelo gestor público e, sobretudo, com o diálogo entre a sociedade e a Administração Pública. É sabido que o volume de garantias insertas na Constituição Federal, destinadas ao ser humano, não condiz com a capacidade econômica do Estado em concedê-las¹⁶³. Portanto, será por intermédio da efetiva gerência das políticas públicas que uma maior porcentagem da população necessitada poderá ser assistida, atendendo o que preceitua o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶³ BUCCI, 2006, p. 10.

CAPÍTULO 3 – NEGOCIAÇÃO COLETIVA DO TRABALHO

Conforme já demonstrado anteriormente, busca-se a superação do positivismo também por intermédio de uma nova interpretação dos direitos fundamentais sociais e de sua dogmática, valorizando sobremaneira o papel dos princípios no ordenamento jurídico, reconhecendo nesses uma grande carga valorativa, um fundamento ético, uma direção a seguir e, dentro desse novo contexto, reconhecendo sua característica normativa juntamente com as regras, definindo um sistema que norteia a Constituição, que institui valores, cuja ideia de justiça e realização dos direitos fundamentais é seu foco principal. Essa importância dos princípios fica novamente bem evidenciada nas palavras de Barroso¹⁶⁴:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. [...] O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão supra positiva.

Outro fator também delineado anteriormente é o que diz respeito às normas programáticas existentes na Constituição Federal da República que, não só por meio de programas, apontam diretrizes, regras ou finalidades a serem atingidas, mas vinculam também todos os órgãos e autoridades públicas ao seu conteúdo, impondo muitas vezes ao administrador público um dever de agir. Dentro desse contexto, as políticas públicas aparecem efetivamente como um instrumento de

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 329.

concretização dos direitos fundamentais sociais, levando em conta a capacidade financeira e operacional do Estado.

A complexidade inerente ao assunto do estabelecimento e implantação efetiva de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais sociais é alta, indicando que o Estado deverá fazê-lo por intermédio de políticas integradas entre várias áreas de atuação, como educação, saúde, indústria e comércio, dentre outras. No tocante à questão do direito social ao trabalho, verifica-se que têm sido promovidas diversas ações governamentais fomentando a criação de novos postos de trabalho, mas em sua maioria são ações que atendem determinadas categorias ou situações pontuais, longe de ser uma política nacional para o atendimento desse direito fundamental social. Nesse contexto, insere-se também a discussão do papel que o Poder Judiciário deve ter na coerção do poder público para o controle e cumprimento das políticas públicas, assunto esse de grande complexidade, fora, portanto, do objeto dessa dissertação¹⁶⁵.

Assim, considerando essa situação, associada à dinâmica social existente na sociedade capitalista ocidental, principalmente com o advendo do fenômeno da globalização, é necessária a utilização de instrumentos de preservação do trabalhador, enquanto essa realidade fática não se altera. Esse é o objetivo desse capítulo, apresentar diversos aspectos que circundam as questões das negociações coletivas de trabalho, envolvendo empregadores e empregados.

¹⁶⁵ KRELL, Andreas Joaquim. A efetividade dos direitos sociais no Brasil. In: PIMENTEL JUNIOR, Paulo Gomes (Org.). *Direito constitucional em evolução: Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 219- 237. Tais programas podem ser pesquisados no sítio do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/portal-mte/>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

3.1 Reconhecimento e proteção do trabalho

Nessa linha, evidenciam-se os direitos sociais ao trabalho, representados antes da Constituição de 1988 pelos direitos dos trabalhadores que, estando inseridos nos capítulos que tratavam dos direitos econômicos, eram tratados unicamente como um dos componentes dos meios de produção. Com o advento da Constituição Federal de 1988, essa situação se alterou, foi substituída a abordagem anterior, estritamente econômica e adotada uma nova postura, reconhecendo o direito social como fundamento da República Federativa do Brasil e como um primado básico da ordem social.¹⁶⁶ Nessa Carta, o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou uma dimensão social, conferindo ao trabalho um papel de destaque na sua realização.

Nesse sentido, considerando os fatos ocorridos ao longo da história, o trabalho é peça essencial no desenvolvimento das democracias do Ocidente, participando intensamente no desenvolvimento do capitalismo, assumindo o Estado um papel regulador nas relações entre os detentores de capital e os que dele necessitam para sobreviver, face essa já discutida.

No desenvolvimento ao longo dos tempos dos direitos fundamentais, nos diversos movimentos de avanços e retrocessos, de conquistas e derrotas, os trabalhadores sempre tiveram uma posição de destaque, enfrentando os abusos cometidos pelo capitalismo, principalmente os relacionados com condições indignas

¹⁶⁶ O reconhecimento como fundamento da República está expressamente definido logo no Art.1º da Constituição que determina “Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

III – **Dignidade da pessoa humana**;

IV – **Os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa”. (grifo nosso).

Quanto à questão de ser um primado da ordem social, determina o Art. 193 do mesmo diploma: “Art. 193. **A Ordem Social tem como base o primado do trabalho**, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. (grifo nosso).

de trabalho, situação essa comum diante da adoção do liberalismo econômico, que, em última instância, massacra as classes sociais menos favorecidas¹⁶⁷.

Paralelamente a isso, antes mesmo da constitucionalização do Direito do Trabalho, esse se desenvolveu seguindo a evolução da sociedade, guardando uma íntima relação com o desenvolvimento dos direitos fundamentais do homem, relação essa iniciada nos primórdios da história, no relacionamento dos homens entre si. São nesse sentido as palavras de Zainaghi¹⁶⁸:

A primeira forma de trabalho que o estudo da história da humanidade nos mostra é a escravidão [...], o trabalho escravo foi o grande responsável pelo impulso inicial da humanidade, o escravo não era tido como pessoa, mas como coisa, uma vez que podia ser vendido ou trocado.

Assim, da Antiguidade aos dias atuais, a eliminação do trabalho escravo e o aprimoramento das relações entre os detentores do capital e os que só dispõem de sua força laborativa para sobreviver, são o objeto do desenvolvimento do Direito do Trabalho. Essa evolução, expondo sucintamente, já que não é o foco desse trabalho, pode ser dividida em fases evolutivas que possuem características distintas entre si¹⁶⁹.

A primeira fase da evolução do Direito do Trabalho é a fase das manifestações incipientes ou esparsas, que se inicia com o *Peel's Act* (1802) na Inglaterra, por intermédio de uma norma voltada a fixar certas restrições à utilização do trabalho de menores, dirigida à redução da exploração que mulheres e crianças sofriam na época. A segunda fase, iniciada em 1848 nos países centrais europeus,

¹⁶⁷ ACCIOLY, Gustavo Tenório. Direito fundamental ao trabalho e implicações no plano processual. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, 16-12, p. 18, dez. 2010.

¹⁶⁸ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de legislação social*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 75-76.

¹⁶⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2008. p. 92-96. Nesse trabalho adotamos a visão da evolução do direito do trabalho em fases, pois se alinha pela forma didática com que foi elaborado pelo autor com as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, descritas no primeiro capítulo desse trabalho.

caracteriza-se por uma fase de sistematização e consolidação do Direito do Trabalho como um ramo jurídico especializado. Estende-se até 1919 com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e tem como marco inicial a associação de muitas ideias presentes no manifesto do partido comunista, divulgado nesse mesmo ano. Nessa fase surgem diversos movimentos coletivos, reconhecendo o direito de associação e greve na França e fixando jornadas de trabalho também na França e Inglaterra. É considerada uma importante fase no tocante à organização coletiva dos trabalhadores e de sua relação com a classe detentora do capital. Tal situação fica bem evidenciada nas palavras de Santos¹⁷⁰:

O ano de 1848 é, de fato, marco decisivo à compreensão da história do direito do trabalho. Os trabalhadores passam a se voltar a uma linha de incisiva pressão coletiva sobre os empregadores e sobre a ordem institucional em vigor, de modo a inserir no universo das condições de contratação da força de trabalho e no universo jurídico seus interesses coletivos.

A terceira fase do desenvolvimento desse ramo do Direito, inicia-se após o término da Primeira Guerra Mundial, sendo identificada como a fase da institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho. Como a própria classificação nos apresenta, caracteriza-se por um momento de reconhecimento histórico do Direito do Trabalho, tendo como marcos, à época, a Constituição de Weimar (1919) e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) já citada acima. Assim, a partir desse momento o Direito do Trabalho passa a ser reconhecido como um ramo da ciência do Direito, ganhando importância indiscutível nos países da Europa Central sendo incorporado pela sociedade civil e pelo Estado, produzindo normas no âmbito da sociedade civil, normas autônomas, e normas no âmbito do

¹⁷⁰ SANTOS, Ramon Bezerra. Direito do Trabalho ou Direito ao Trabalho? Reflexões sobre essa tensão sob a perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Trabalho / Procuradoria-Geral do Trabalho*, Campo Grande, p. 72-84, 1991.

Estado, normas heterônomas. Posteriormente, esse ramo do Direito atinge o seu ponto maior, o do reconhecimento por parte das Constituições, coincidindo com sua inserção na categoria de direitos fundamentais. Sobre isso, nos ensina Delgado¹⁷¹:

O Direito do Trabalho consolidara-se, respeitando as particularidades nacionais européias, como o patamar fundamental da afirmação da cidadania social da grande maioria das pessoas que participavam do sistema econômico mediante a oferta de seu labor e, nessa medida, veio a se constituir em um dos principais instrumentos de generalização da democracia no plano daquelas sociedades, distribuindo renda por meio das normas reguladoras dos contratos de trabalho e distribuindo normas e dinâmicas inerentes ao Direito Coletivo Trabalhista.

Os direitos fundamentais do homem ao trabalho têm estreita relação com esse ramo do Direito, uma vez que após um longo período de desenvolvimento do capitalismo, que foram do fim da Segunda Guerra Mundial aos anos de 1970, marcado pelo consumo crescente, lucros fartos e pleno emprego, essa situação se alterou radicalmente com a ocorrência da chamada terceira revolução industrial, que introduziu a robótica nos meios de produção, além da ocorrência da crise do petróleo que abalou o uso de energia de baixo custo e o surgimento de países que tem como cultura a questão do vencer a qualquer preço, chamados de “tigres asiáticos”. Além disso, com o advento da massificação tecnológica, outro fator também se tornou decisivo nessas relações dos homens com o trabalho que executam, a globalização. Com o aumento da produtividade nos empreendimentos econômicos, com o aumento do uso das ferramentas informatizadas e de telecomunicações, automatizando operações e procedimentos, no mundo todo a questão do pleno emprego acabou sendo afetada, passando a ter nessa nova lógica

¹⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTR*, São Paulo, p. 70-06/657, jun. 2006.

uma missão difícil de ser preservada, deixando uma legião de trabalhadores desempregados.¹⁷²

Como consequência dessa nova realidade, ocorre o desemprego estrutural¹⁷³, fenômeno esse existente não só nos países subdesenvolvidos, mas também nos países que possuem economia forte. Nessa lógica, a competição desenfreada afeta frontalmente diversos preceitos do Estado Democrático de Direito, nas palavras de Gomes¹⁷⁴:

Por consequência, mesmo sob a égide de um Estado Democrático de Direito, são tolerados de fato, comportamentos e posturas anti-sociais que propiciam a própria exclusão do ser humano, a precariedade das condições de trabalho e de vida, o que configura persistente agressão aos direitos fundamentais.

Diante dessa realidade social é que o Direito do Trabalho também assume o papel de ação e transformação da realidade social, combatendo situações que acabam por afetar a própria democracia, que deve ser um regime de oportunidade para todos, indistintamente, coibindo dessa nova ordem as exigências que colidem com os princípios fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito, que, sob a bandeira da agilidade e eficiência e da produtividade máxima, atingem significativamente a dignidade do trabalhador.

Fica evidenciada assim a necessidade de atuação positiva do Estado que, juntamente com a sociedade civil organizada, deve estabelecer uma

¹⁷² VIANA, Márcio Túlio. Direito do trabalho e flexibilização. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyará*. São Paulo: LTR, 1997. p.132-155.

¹⁷³ O conceito de desemprego estrutural está relacionado com a qualificação que se exige que o trabalhador possua para ocupar postos de trabalho antes ocupados por trabalhadores menos qualificados e da redução de empregos ocasionados pelo aumento da produtividade no meio produtivo. Dada a velocidade do capital e da economia nesse modelo, os trabalhadores não têm oportunidade de se qualificar adequadamente e acabam por não conseguir novos empregos dada essa exigência que é realizada no momento da seleção de novos trabalhadores.

¹⁷⁴ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A constitucionalização do direito do trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito à dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, p. 19, 2007.

conformação social que possua políticas públicas que propiciem o crescimento econômico e social, em suas mais variadas áreas, como forma de se praticar a justiça social. É o que apregoa o instituído no artigo 174 da Constituição Federal da República que atribui essa função de “fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicado para o setor privado”. Nesse sentido, são as palavras de Ledur¹⁷⁵:

Isso é perfeitamente compreensível, quando se pensa nas tarefas que uma pessoa se propõe, ao organizar a sua vida cotidiana. Por outro lado, o planejamento é algo essencial da administração de uma empresa. Com maior razão quando se pensa na administração da vida de uma nação.

Assim, ao serem constitucionalizados os direitos fundamentais ao trabalho, fica evidenciada sua importância no atingimento do respeito à dignidade da pessoa humana em consonância com o desenvolvimento da sociedade como um todo, dentro do regime capitalista em que vivemos. Vale lembrar que em um sistema democrático, a preservação do Estado Democrático de Direito é tarefa realizada pelo Poder Judiciário que quando provocado, deve agir para preservar os direitos e, no caso, preservar os trabalhadores de políticas que facilitem a exploração da mão de obra mais barata. Enfatiza esse aspecto Barroso¹⁷⁶:

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzindo novas ações e ampliando a legitimação ativa para a tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo.

¹⁷⁵ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito do trabalho*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 152.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 242-243.

Dessa forma, fica evidenciado o papel que o Direito do Trabalho e, conseqüentemente, o papel que a justiça trabalhista devem desempenhar no Estado Democrático de Direito, realizando os princípios constitucionais, interpretando as normas infraconstitucionais sempre sob o prisma da justiça, observando os ditames da justiça social e econômica¹⁷⁷, além da preservação da dignidade do trabalhador em oposição ao forte movimento de desigualdades como efeito do movimento de globalização, evitando, a todo custo, políticas que possibilitem retrocessos nas difíceis conquistas dos trabalhadores já realizadas ao longo da história¹⁷⁸.

Cumprido ressaltar que, ao se interpretar o Direito do Trabalho sob a égide da Constituição, realizamos uma forma de viabilizar a unidade e a harmonia presentes nos preceitos constitucionais com os demais ramos do Direito que se encontram no ordenamento jurídico. Nesse sentido ressalta Barroso¹⁷⁹:

Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como principal marca a inclusão na lei maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Assim, considerando a Constituição como um instrumento que deve ser interpretado de maneira única, de forma integrada, o papel do trabalho na sociedade brasileira tem um destaque ímpar, pois é um elemento essencial para a viabilização de todos os objetivos e preceitos contidos nessa mesma Carta, daí se afirmar a

¹⁷⁷ Essa função e relação com o trabalho em si, é explicitada no art. 170 da Constituição Federal: “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, observados os seguintes princípios:

VII – **redução das desigualdades regionais e sociais**

VIII – **busca pelo pleno emprego**

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”. (grifo nosso).

¹⁷⁸ GOMES, 2007, p. 33.

¹⁷⁹ BARROSO, 2007, p. 227.

importância do reconhecimento e do desenvolvimento do direito social ao trabalho na sociedade brasileira, cabendo, enquanto isso não ocorre plenamente, ao Direito do Trabalho tutelar as relações entre trabalhadores e empregadores para que a exploração humana não aconteça, que o desenvolvimento nacional ocorra dentro de uma normalidade em que o respeito da dignidade humana seja preservado, com todas as forças disponíveis.

3.2 O Direito Coletivo do Trabalho

Inicialmente, cumpre lembrar que o Direito do Trabalho como ramo do Direito engloba dois tipos de segmentos, um segmento individual e outro coletivo. Aquele se caracteriza por ser um segmento que possui forte proteção estatal, dado que a relação contratual que se estabelece é desigual, deixando os trabalhadores em uma posição de hipossuficiência em relação aos empregadores, que, por deterem o capital e os meios produtivos, possuem maiores instrumentos de pressão nas diversas situações. O segmento coletivo, ao contrário, possui condições teoricamente equivalentes. O empregador e o conjunto de empregados têm condições de produzir um impacto comunitário com suas ações¹⁸⁰.

Também nesse sentido, Nascimento aponta essa diferenciação interna do Direito do Trabalho, salientando que a diferença entre os dois segmentos se faz a partir dos sujeitos, interesses e causa final. Quanto aos sujeitos, realça a questão da individualidade e da coletividade nas relações negociais e na questão dos

¹⁸⁰ DELGADO, 2008, p. 1.301.

interesses. Os interesses individuais são isolados, autônomos, pertencendo à esfera jurídica de cada trabalhador, enquanto que os interesses coletivos referem-se a uma coletividade, sendo comuns a todos os seus membros. Por fim, um fator de diferenciação entre esses segmentos é a causa final a ser buscada, que no segmento individual é concreta e específica e no coletivo é abstrata e geral, sempre valorizando o ser coletivo, de maneira impessoal¹⁸¹.

Apesar dessa colocação inicial, importante frisar que essa separação tem a função de deixar claro que essa diferença propicia que cada segmento possua categorias teóricas, processos e princípios também distintos. Esse fato, no entanto, não elimina uma característica integrativa e disciplinadora existente, que possibilita que as relações coletivas complementem as relações individuais porque criam normas jurídicas nas quais os sujeitos das relações individuais as tomam como referência para a composição de seus direitos e obrigações.

Buscando uma definição para o Direito Coletivo do Trabalho, alguma controvérsia aparece na doutrina. Para alguns doutrinadores, temos as chamadas definições subjetivistas em que o enfoque deve ser nos sujeitos das relações jurídicas desenvolvidas, já para outros, são chamadas de definições objetivistas em que o enfoque fica centrado no conteúdo objetivo das relações jurídicas desenvolvidas, havendo ainda um grupo intermediário que indica uma definição mista, agrupando características das definições subjetivistas e das objetivistas¹⁸². Dada a controvérsia, para esse trabalho adotaremos uma definição mista, dada por

¹⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.125.

¹⁸² Essa questão está longe de ser resolvida. Juristas, como Cesarino Júnior, adotam uma definição subjetivista definindo o direito coletivo do trabalho como sendo “um conjunto de leis sociais que consideram os empregados e empregadores coletivamente reunidos, principalmente na forma de entidades sindicais”. Já para outros, como o jurista Amauri Mascaro Nascimento, ofertam uma visão objetivista onde “ramo do Direito do Trabalho que tem por objeto o estudo das normas e das relações jurídicas que dão forma ao modelo sindical”.

Delgado¹⁸³ que nos parece estar mais alinhada com o que já foi discutido anteriormente:

Complexo de institutos, princípios e regras jurídicas que regulam as relações laborais de empregados e empregadores e outros grupos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas entidades sindicais.

Fica evidenciado, assim, que o Direito Coletivo do Trabalho tem seu conteúdo baseado no seu conjunto, nas relações grupais, coletivas, entre empregados e empregadores, que, ao longo da história, se firmaram na própria evolução do capitalismo por intermédio da ação dos movimentos sindicais obreiros que alterou a fórmula liberal individualista, que reconhecia apenas o ser coletivo empresarial, mas negava uma real ação do trabalhador individualmente considerado. Assim, os trabalhadores passaram a agir coletivamente, surgindo no âmbito político e jurídico também com uma vontade coletiva e é, nesse contexto, das relações jurídicas coletivas trabalhistas, que esse ramo se desenvolve, caracterizando-se pelos princípios e normas regulatórias dos sindicatos, da negociação coletiva, da greve, do dissídio coletivo, dentre outros¹⁸⁴.

O Direito Coletivo do Trabalho, considerando o momento histórico que vivencia, cumpre uma função finalística, teleológica, buscando no conjunto de suas regras, princípios e institutos um valor extremamente importante para a sociedade como um todo, quer seja o da melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica, função essa impossível de ser alcançada se considerarmos apenas o ser individual, uma parte do todo. Outra função de

¹⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 22-23.

¹⁸⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2001. p. 123.

destaque do Direito Coletivo do Trabalho é seu caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social. Em um mundo em que as corporações se reinventam a todo instante, onde a dinâmica capitalista age de forma intensa e veloz, a legislação trabalhista e seus mecanismos de negociação coletiva cumprem um papel de generalizar ao mercado de trabalho as condutas e direitos conquistados pelos trabalhadores impondo desse modo melhores condições para a gestão da força de trabalho, além de servir de paradigma para o aperfeiçoamento legislativo do país, contribuindo para uma constante adequação da interpretação das normas vigentes frente à realidade social.

Os princípios coletivos desse ramo do Direito acabam por influir diretamente sobre o Direito individual do trabalho, pois por intermédio de seus instrumentos podem alterar o conteúdo do contrato individual de trabalho de um trabalhador que seja da categoria que possua um instrumento específico. Esses princípios se estabelecem no contexto do ser coletivo, obreiro e empresarial, suas inter-relações e interesses de parte a parte e podem ser alguns deles encontrados no artigo 8º da Constituição Federal da República.

Assim, tem-se inicialmente uma preocupação com as condições para que seja possível a observância do ser coletivo, essencial para que o Direito Coletivo do Trabalho floresça, apresentando-se o princípio da auto-organização, limitado pela unicidade social e pelo princípio confederativo, presentes nos incisos I e II do referido artigo, sendo ambos discutidos, posteriormente, neste trabalho.

Ainda nessa questão de viabilização da organização e fomento das condições do ser coletivo, estão os princípios relacionados com a autonomia e liberdade sindical. Para que o ser coletivo obreiro tenha condições de desempenhar suas funções de maneira independente, é importante que tenha condições

econômicas de fazê-lo, surgindo aí o princípio da combinação de receitas estatal e não estatal, presentes no inciso IV do artigo supramencionado. Essas receitas são provenientes da contribuição sindical oficial prevista em lei e das contribuições fixadas em assembleias ou convenções ou acordos coletivos de trabalho. No tocante à liberdade sindical, o inciso V do artigo em análise possibilita que cada trabalhador opte se deseja ou não se filiar ao sindicato e, caso queira, deve fazê-lo no respectivo sindicato da categoria a que pertence.

Existem ainda princípios relacionados com a relação negocial coletiva realizada entre os seres coletivos, trabalhadores e empregadores. Nesse grupo de princípios, o princípio da interveniência sindical na normatização coletiva realça a importância do ser coletivo nas negociações coletivas, atribuindo a ele a representatividade necessária para que exista e seja mantido o equilíbrio nas negociações realizadas, como disposto no inciso III do artigo 8º da Constituição Federal. Nesse sentido, são as palavras de Delgado¹⁸⁵:

O princípio visa assegurar a existência de efetiva equivalência entre os sujeitos contrapostos, evitando a negociação informal do empregador com grupos coletivos obreiros estruturados apenas de modo episódico, eventual, sem a força de uma institucionalização democrática como a propiciada pelo sindicato.

Nessa linha de atuação, o princípio da equivalência dos contratantes coletivos reafirma a igualdade de condições para uma negociação dos seres coletivos, seres normalmente ocupando opostos, com diferentes interesses e que se utilizam de instrumentos eficazes de pressão para a busca de sucesso nessas negociações. Esse princípio cumpre um importante papel no equilíbrio das relações coletivas do trabalho, apesar de não garantir plenamente ao ser coletivo obreiro proteção real contra represálias posteriores por parte do empregador, embora

¹⁸⁵ DELGADO, 2008, p. 1.314.

existam proteções, mas que são tímidas, temporais. Associados a esses dois princípios, o princípio da lealdade e transparência na negociação coletiva indica a conduta reta e transparente com que as negociações devem ocorrer, devendo ser respeitados outros princípios que norteiam todo o Direito, como o da boa-fé e o da lealdade. A importância desse princípio também está ligada à questão da responsabilidade dos envolvidos nas negociações, que produzem normas que serão seguidas pela categoria, podendo alterar até contratos individuais de trabalho, indicando que todos os envolvidos devem discutir e considerar todas as condições objetivas e subjetivas envolvidas nessas negociações, dado o impacto que elas podem ter.

Além dos princípios relacionados às relações entre os seres coletivos, existem os que se referem às relações das normas produzidas pela negociação coletiva e com as demais normas, com os efeitos que elas produzem na sociedade, no ambiente em que são utilizadas, principalmente as relacionadas com o Direito individual do trabalho.

Nesse contexto, o princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva traduz de certa forma a essência da negociação coletiva. Os seres coletivos, ao terem essa possibilidade de negociação, criam regras jurídicas em um movimento de descentralização política desse tipo de decisão. São regras jurídicas que, por serem lançadas de forma coletiva, diferem de cláusulas contratuais existentes nos contratos individuais de trabalho. Associado a esse princípio, temos o princípio da adequação setorial negociada, que limita, dá o contorno dos limites de criação dessas normas de negociação coletiva. Assim, na definição desses limites devem ser observadas duas características, a primeira determina que o padrão estabelecido pela negociação coletiva deve ser superior ao padrão da legislação

heterônoma aplicável, indicando a necessidade de preservação de outros princípios, como o da indisponibilidade de direitos, muito presente no Direito individual do trabalho. Quando não atendida a primeira característica, busca-se verificar se o direito indisponível transacionado atingiu parcelas de indisponibilidade relativa, verificando-se se isso ocorreu frente a um permissivo legal ou diante da natureza da própria parcela. Assim, importante frisar que no princípio da adequação social negociada existem outros limites, limites objetivos que garantem a validade das normas jurídicas autônomas coletivas frente às normas heterônomas imperativas, não sendo possível, por exemplo, realizar-se uma renúncia sobre direito de terceiros, apenas uma transação, bem como não prevalecerá esse tipo de princípio se envolver direitos com características de indisponibilidade absoluta.¹⁸⁶

3.3 Os sindicatos como atores coletivos

Conforme discurremos anteriormente no capítulo 1, a evolução dos direitos fundamentais do homem foram, ao longo da história, movimentos de avanços e retrocessos, sendo os direitos fundamentais conquistados aos poucos em consonância com a realidade social de cada época. A história do movimento sindical no mundo não foi diferente, principalmente após a Idade Média, os movimentos de organização e reação foram e são constantes, demonstrando uma intensa resistência contra a exploração pelos detentores do capital. Nesse sentido, os

¹⁸⁶ NASCIMENTO, 2008, p. 1.122-1.123. Também nesse sentido, DELGADO, 2008, p. 1.301-1.323; PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; BARRETO, Gláucia. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 12.

sindicatos cumprem um papel essencial para que exista um equilíbrio nas relações que são a base de toda a estrutura capitalista ocidental.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), após a aprovação de algumas convenções mais tímidas¹⁸⁷, estatuiu como condição essencial para a liberdade dos direitos dos trabalhadores, por meio da Convenção nº. 87 de 1948, a liberdade sindical, expondo uma ideia de organização sindical moderna e democrática. Dispõe esse diploma:

Art. 2º - Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão o direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.

Traz ainda nos demais artigos outras características marcantes, como a da livre administração, organização e funcionamento, abstendo-se o Estado de qualquer tipo de interferência (art. 3º), tendo garantias de que não serão dissolvidas ou suspensas por ato administrativo (art. 4º), organizando-se em forma de federações e confederações, filiando-se às mesmas e a organizações internacionais de trabalhadores e empregadores (art. 5º), dentre outros temas.

Esse importante diploma no âmbito trabalhista mundial estabeleceu alguns dos princípios que devem ser assegurados a todos os empregadores e empregados, como o da liberdade de fundação e de atuação de sindicato, consagrando o princípio da autonomia sindical, dando-lhe independência funcional, liberdade de adesão sindical e liberdade de filiação, podendo nela figurar tanto

¹⁸⁷ A OIT estabeleceu primeiramente o princípio da liberdade sindical em 1919 nos textos do tratado de Versalhes, defendendo o direito de associação tanto para trabalhadores quanto para empregados. Posteriormente em 1921, aprovou a Convenção nº. 11, que versava sobre o direito de associação na agricultura e em 1944, na declaração da Filadélfia, estatuiu que “a liberdade de expressão e de associação são essenciais para o progresso constante”.

trabalhadores civis como públicos¹⁸⁸ e o da liberdade para a contribuição financeira sindical¹⁸⁹.

Apesar de ter sido enviado ao Congresso Nacional em 1949 pelo presidente Eurico Gaspar Dutra, até hoje o Brasil não aderiu a esse tratado multilateral. Em vez disso, adotou um sistema de organização sindical que, apesar de instituir inicialmente a liberdade sindical como um valor constitucional, coloca em seus incisos diversos dispositivos que limitam significativamente o exercício desse valor.¹⁹⁰ Essa liberdade existe, mas depende de aprovação de registro em órgão competente, proíbe a criação de representantes da mesma categoria em uma mesma base territorial e limita a área dessa base a no mínimo a área de um município¹⁹¹.

Outro importante documento da Organização Internacional do Trabalho é a Convenção 98, em vigor no Brasil desde 1953, após ter sua aprovação firmada pelo Decreto Legislativo nº 49/1952 e promulgada pelo Decreto 33.196/1953. Essa Convenção trata do direito de sindicalização e negociação coletiva, protegendo os trabalhadores de medidas restritivas por parte de seus empregadores diante da participação ou não de atividades sindicais. Veda expressamente, assim, a proibição de subordinar a manutenção do emprego de um trabalhador à condição de não se

¹⁸⁸ Nesse sentido, a OIT estabeleceu a Convenção nº. 151 que critica a pressão que o servidor público possa vir a sofrer por conta de sua sindicalização ou não. No tocante aos servidores públicos, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, VI, liberou-os para a livre associação sindical, in verbis: “Art. 37, VI é **garantido ao servidor público civil** o direito à **livre** associação sindical”. (grifo nosso).

¹⁸⁹ SILVA, 2007, p. 302. Também sobre o tema, STOLL, Luciana Bullamah. Convenções 87 e 98 da OIT, compatibilidades e incompatibilidades com o sistema constitucional brasileiro em face da unicidade sindical. *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, n. 80, p. 31-42, 2004.

¹⁹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998. p. 467.

¹⁹¹ Dispõe o art. 8º na Constituição Federal: “Art. 8º. **É livre a associação profissional ou sindical**, observado o seguinte: I – A lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, **ressalvado o registro no órgão competente**, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II – **é vedada a criação de mais de uma organização sindical**, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, **na mesma base territorial**, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, **não podendo ser inferior à área de um Município**”. (grifo nosso).

filiar a um sindicato ou deixar de fazê-lo, veda a dispensa ou alguma forma de prejuízo a um trabalhador em virtude de sua filiação a um sindicato ou por participar em atividades sindicais fora do seu horário de trabalho ou sem o consentimento do empregador. Recentemente, em 1991, no mesmo sentido, passou a vigorar a Convenção 135, ampliando a compreensão de que, além de coibir abusos cometidos, é necessária a existência de condições favoráveis para o desenvolvimento do sindicalismo nacional¹⁹².

Assim, as críticas dirigidas a esse Sistema de unicidade sindical apontam para a falta de uma real liberdade de constituição dos sindicatos, que, de uma forma ou de outra, submetem-se a regras pré-estabelecidas pelo ordenamento constitucional. Esse regramento impossibilita a movimentação dos trabalhadores sindicalizados diante de eventual discordância dos rumos, políticas e diretrizes que o sindicato esteja praticando no âmbito de sua categoria profissional, restando apenas a possibilidade de mudança por intermédio da renovação dos quadros diretivos sindicais por ocasião de novas eleições. Por outro lado, o sistema de unicidade sindical também é reconhecido como eficaz quando é inserido em um contexto social específico em que a consciência de seus integrantes do papel que o coletivo deva desempenhar não prepondera. Nesses casos, a unicidade tende a promover melhor a visão de conjunto, dando uma maior legitimidade à categoria no momento das negociações coletivas¹⁹³. Essa ideia de unicidade é corroborada também com o argumento de que a coexistência de vários sindicatos da mesma classe ou profissão pode ser fonte permanente de lutas, dissídios e mal-entendidos, influenciando em

¹⁹² SÜSSEKIND, 1998. p. 308.

¹⁹³ MORAIS FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978. p. 77-80; NASCIMENTO, 2008, p. 1.137-1.138.

toda a cadeia produtiva capitalista e conseqüentemente no próprio funcionamento do Estado. Sobre essa situação, são as palavras de Viana¹⁹⁴:

O princípio de colaboração entre os sindicatos na solução de problemas ou dissídios oriundos das relações de trabalho entre empregadores e empregados iria culminar na colaboração de uns e de outros com o Estado, o qual se tornava, entre eles, uma espécie de poder moderador, ao mesmo tempo com iniciativa de os estimular, de os favorecer em tudo que contribuísse para coordená-los dentro de uma ação conjunta em prol do desenvolvimento econômico e social do país. Ora, sem o sindicato único representando a profissão, como seu órgão exclusivo, jamais seria possível uma cooperação eficiente entre ele e o governo. Desde que cada grupo se fragmentasse em numerosos sindicatos, quando muito, representariam estes seus interesses, nunca, porém, os interesses integrais de toda a comunidade.

Outro sistema, o da pluralidade sindical, adotado em muitos países, como Uruguai, Alemanha e França, prega a liberdade total para a organização dos trabalhadores e empregadores, alinhando-se totalmente com a Convenção nº. 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), citada anteriormente, mas tem, nas considerações de que possibilitam a divisão dos interesses coletivos na formação de mais de um sindicato da mesma categoria profissional, seu maior argumento contrário, pois as reivindicações do grupo podem ser representadas de uma maneira mais amena, segmentada, não favorecendo alguns segmentos no momento da negociação. Além disso, há uma natural competição entre os sindicatos de uma mesma categoria profissional, o que, em última instância, não favorece o fortalecimento do ente coletivo, principalmente do ente obreiro.

Assim, o sistema da unicidade e o da pluralidade sindical possuem prós e contras que estão relacionados diretamente com o nível de consciência do trabalhador que compõe o sistema produtivo. A questão da pluralidade sindical está mais relacionada ao aspecto democrático que deve vigor no Estado e o da unicidade

¹⁹⁴ VIANA, 1943 apud NASCIMENTO, 2008, p.1.140.

sindical mais relacionado com a proteção real do trabalhador em um contexto específico social. O ideal seria uma mesclagem dos dois sistemas, em que os trabalhadores teriam a liberdade de associação a qualquer sindicato e a consciência para se organizarem em torno de um único sindicato, tornando-o, por intermédio dos seus estatutos, verdadeiro representante da categoria. Nas palavras de Nascimento¹⁹⁵: “Mais democrático é o sistema da unidade sindical, que significa a união dos trabalhadores não como decorrência da imposição da lei, mas como resultado da sua livre opção, como na República Federal da Alemanha e em outros países.”

Assim, os sindicatos estão organizados sob a égide da unicidade sindical, tendo como dever o depósito de seus estatutos no Ministério do Trabalho e Emprego, mas sem que se autorize qualquer intervenção administrativa na organização desses sindicatos¹⁹⁶. No tocante à organização, seguem um modelo piramidal, ocupando o sindicato sua base, as federações sua parte intermediária e as confederações sua parte superior. Essa hierarquia se configura diante da regra que determina que as federações são formadas a partir da união de pelo menos cinco sindicatos da mesma categoria profissional e as confederações a partir da reunião de três federações, respeitando-se as respectivas categorias profissionais.

Importante alertar que, apesar de terem ocupado lugar de destaque nos últimos anos na mídia em geral, as centrais sindicais não pertencem ao modelo corporativista, não tendo poderes de representação e, por isso, não participam das negociações coletivas trabalhistas e não podem declarar greves nem representar a categoria¹⁹⁷. Apesar de aparentemente não terem legitimidade para representar os

¹⁹⁵ NASCIMENTO, 2008, p. 1.143.

¹⁹⁶ Tal situação foi reafirmada pela súmula 677 do STF e Instrução Normativa nº. 1 do Ministério do Trabalho e Emprego.

¹⁹⁷ DELGADO, 2008, p. 1.338.

trabalhadores das diversas categorias profissionais, elas existem na prática, sendo organizadas sob o manto de associações civis, pertencentes ao Direito privado portanto. São totalmente desregulamentadas, têm como membros os sindicatos, federações e confederações, com âmbito nacional, sendo entendidas como órgãos intercategoriais, acima das confederações. A legislação já reconhece sua existência, atribuindo a elas, em alguns casos, a representação em certos órgãos dos interesses dos trabalhadores, como nos casos em que são membros do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador, no Conselho Curador do FGTS, no Conselho Nacional de Previdência Social, dentre outros¹⁹⁸.

Além do aspecto da organização sindical, importante ressaltar que os sindicatos cumprem uma primordial função para a sociedade, a de representação de sua categoria, defendendo seus interesses sob diversos aspectos, como no âmbito privado, administrativo, público e judicial. No âmbito privado, sua principal função é a de ser o interlocutor diante dos empregadores, seja dialogando, seja confrontando, tendo sempre em vista os interesses coletivos da categoria. No aspecto administrativo, cumpre uma tarefa de buscar junto ao Estado a solução de problemas trabalhistas existentes em sua área de atuação, buscar junto aos órgãos públicos o reconhecimento de necessidades de melhoria para a categoria que representam. No âmbito público, estabelece uma relação com a sociedade civil, demonstrando suas necessidades e dialogando no intuito de conseguir suporte para suas ações e teses laborativas. No âmbito judicial, principalmente nos casos dos dissídios coletivos e casos de substituição processual, atua judicialmente também na defesa dos interesses da categoria. Ressalte-se aqui a importância dessa função judicial no aspecto negocial coletivo, uma vez que por seu intermédio são realizadas

¹⁹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 711-712. A participação das Centrais Sindicais, acima citada, está disposta nos seguintes diplomas legais, respectivamente: Lei 7.998/90, art. 18, §3º, Lei 8.036/90, art. 3º, §3º e Lei 8.213/91, art. 3º, §2º.

as negociações coletivas que criam regras jurídicas alterando até o contrato de trabalho individual, como veremos mais adiante¹⁹⁹.

Também, como uma função dos sindicatos, temos a função assistencial, que é direcionada a dar atenção a seus associados, principalmente nas questões que envolvem serviços educacionais, médicos e jurídicos, dentre outros, destacando-se um papel social coletivo, que é desempenhado, auxiliando todos os seus associados em assuntos que, por vezes, não seriam de sua competência.

3.4 Conflitos coletivos do trabalho

Essa característica da negociação coletiva, com atores coletivos bem definidos e distintos entre si, capital e trabalho acabam por necessitar de meios para a resolução dos conflitos coletivos laborais que surgem ao longo do tempo.

Inicialmente, importante frisar que na doutrina existe alguma divergência quanto à definição de qual seria o melhor termo a ser usado, existindo, muitas vezes, significados diversos para os termos “conflito”, “dissídio”, “controvérsia” e “reclamação”. Na Constituição Federal inclusive, ao tratar da fixação da competência da Justiça do Trabalho, utiliza-se o termo “controvérsias” das relações de trabalho e o termo “dissídio” em um sentido processual, um sentido ligado à atuação jurisdicional²⁰⁰. Para Martins, devemos considerar que²⁰¹:

¹⁹⁹ DELGADO, 2008, p. 1.341.

²⁰⁰ Está previsto no Art. 114 da Constituição Federal: “Art. 114. Compete à justiça do Trabalho processar e julgar: §2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, **ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica**, podendo a Justiça do Trabalho **decidir o conflito**, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionados anteriormente.” (grifo nosso).

Conflito, do latim *conflictus*, tem o significado de combater, lutar, designando posições antagônicas. Analisando o conflito dentro de um contexto sociológico, pode-se dizer que as controvérsias são inerentes à vida, sendo uma forma de desenvolvimento histórico e cultural da humanidade.

Assim, o termo “conflito” tem uma abrangência maior, tem um sentido amplo e geral, diante da existência de uma divergência de interesses, podendo esse conflito ser de duas naturezas, econômica ou de interesse jurídico. A primeira relativa às questões que envolvem as condições salariais ou de trabalho e a outra nas situações em que ocorre uma divergência na aplicação ou interpretação dos dispositivos legais em vigor, com as partes ofertando interpretações diferentes das regras existentes²⁰². Tanto em um caso como no outro, para a caracterização de um conflito coletivo, devem estar presentes cumulativamente a presença de um grupo de assalariados e a existência de um interesse coletivo a ser protegido²⁰³.

Caracterizando-se essa situação de conflito, algumas formas de resolução estão disponíveis, sendo basicamente divididas em dois grandes grupos, as de solução autocompositivas e as de solução heterocompositivas. As soluções autocompositivas se baseiam na composição do conflito pelas próprias partes envolvidas, sem a intervenção de terceiros, e nelas, após uma negociação, chega-se a um termo que atenda ambas as partes. Constituem a melhor forma de solução dado que o conhecimento de todas as particularidades pode ser considerado pelos próprios atores dessas categorias. Sobre a autocomposição coletiva, são as palavras de Delgado²⁰⁴: “A autocomposição ocorre quando as partes coletivas

²⁰¹ MARTINS, 2008, p. 756-757.

²⁰² A Seção Especializada do Tribunal Superior do Trabalho (TST) emitiu em seu precedente jurisprudencial de número 7 que o dissídio coletivo de natureza jurídica não se presta à interpretação de norma de caráter genérico, indicando essa importante função de interpretação.

²⁰³ NASCIMENTO, 2008, p. 1.199.

²⁰⁴ DELGADO, 2008, p. 1.294.

contrapostas ajustam suas divergências de modo autônomo, diretamente, por força e atuação próprias, celebrando um documento pacificatório.”

Ainda sobre a possibilidade de autocomposição, ressalta Nascimento que ela pode se dividir em autocomposição unilateral ou bilateral, indicando o nível de concessões que as partes realizam durante a negociação, ficando aquela definida quando somente uma renuncia a sua pretensão e essa quando ocorrem renúncias recíprocas²⁰⁵. Como exemplos de autocomposição coletiva, temos os chamados acordos coletivos de trabalho e a convenção coletiva de trabalho.

O acordo coletivo de trabalhadores tem no parágrafo 1º do artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a indicação no sentido de ser:

facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

Nessa linha, fica explícita uma de suas principais características, a de não ser necessária inicialmente a participação dos sindicatos em um dos polos da negociação, apesar de ser obrigatória que a pactuação ocorrida se faça por intermédio de um deles, o da respectiva categoria, condição essa expressa em nossa Constituição²⁰⁶, visando garantir que a negociação se faça por intermédio de seres coletivos e, por isso, exigindo que pelo menos no âmbito obreiro tenhamos essa condução final da pactuação. Assim, os acordos coletivos são realizados no âmbito de uma empresa ou de empresas com o seu resultado limitado ao escopo dos trabalhadores que a elas pertencem, com acordos que traduzem regras jurídicas

²⁰⁵ NASCIMENTO, 2008, p. 756.

²⁰⁶ Dispõe o Art.8º, VI, “**é obrigatória** a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. (grifo nosso).

típicas, sendo impessoais e abstratas, participando os sindicatos, no mínimo, em sua fase final de pactuação.

A definição de convenção coletiva de trabalho também decorre da própria consolidação das leis trabalhistas (CLT) que em seu artigo 611 a define como “acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.” Temos, assim, a caracterização que tem caráter coletivo e genérico, abrangendo todo o âmbito de uma categoria profissional. Apesar de serem verdadeiros contratos privados sociais, produzem regra jurídica e não apenas cláusulas obrigacionais, possibilitando que sejam fixados benefícios acima dos estatuídos nos diplomas legais, como os relacionados aos reajustes salariais, ao percentual de hora extra a ser pago, dentre outros²⁰⁷.

Temos também as fórmulas heterocompositivas, que se caracterizam por serem situações em que as partes não conseguiram chegar a um acordo, a um ponto em comum e precisam da ajuda de um terceiro para que isso ocorra. Essa ajuda pode ser espontânea ou não, dependendo do caso em análise, sendo os instrumentos para essa composição a mediação, a arbitragem e o dissídio coletivo.

A mediação, como uma fórmula de composição de conflitos coletivos do trabalho, caracteriza-se pela eleição pelas partes de pessoa estranha à relação, um terceiro, que ouvindo as partes e fazendo propostas para ambas, resolva o conflito²⁰⁸. O chamado mediador não possui poder de coação sobre as partes,

²⁰⁷ DELGADO, 2010, p. 33-37.

²⁰⁸ A Organização Internacional do Trabalho (OIT), por intermédio da recomendação de número 92 de 1951, estimulou formas alternativas de conciliação dos conflitos trabalhistas, elegendo a conciliação e a arbitragem como esses instrumentos.

servindo apenas de intermediário entre elas, fazendo ponderações, propostas e agindo como um facilitador para que se chegue a um termo comum.

O instituto da arbitragem se difere do instituto da mediação exatamente no papel que o terceiro realiza, sendo que na arbitragem o terceiro, além de tentar a conciliação entre as partes envolvidas, tem o poder de decidir as questões que lhe são submetidas. Essa característica do árbitro decidir as questões sem que seja necessária a concessão de renúncia de interesses pelas partes a diferencia do instituto da transação, caracterizada como uma concessão mútua de vantagens. Na arbitragem o árbitro é um particular, não é um terceiro investido de jurisdição, tendo uma natureza de justiça privada mista, envolvendo um terceiro e o contrato de trabalho.

Ainda sobre a arbitragem, importante frisar que ela não impede de maneira alguma o acesso ao Poder Judiciário, fato esse que violaria frontalmente preceitos constitucionais inseridos no capítulo de direitos e garantias individuais²⁰⁹, sendo considerada uma fórmula alternativa e facultativa, pois a sua utilização é de livre decisão por parte das partes envolvidas, sendo normalmente utilizada como forma de agilizar a solução do litígio em si. No tocante ao seu poder decisório, as decisões tomadas pelo árbitro, se não cumpridas, podem ser objeto de execução, pois possuem a eficácia de título executivo judicial²¹⁰. Sobre a importância desse instituto são as palavras de Ruprecht²¹¹: “As vantagens da arbitragem são evidentes; ela é uma firme garantia da paz industrial e de que os conflitos se solucionam em um marco de justiça e equidade, evitando os grandes prejuízos que ocasionam as lutas entre o capital e o trabalho.”

²⁰⁹ Dispõe o Art. 5º, XXXV, “a lei **não excluirá da apreciação** do Poder judiciário lesão ou ameaça de lesão;” e ainda o Art. 5º, XXXVII, “**não haverá** juízo ou tribunal de exceção. (grifo nosso).

²¹⁰ MARTINS, 2008, p. 764.

²¹¹ RUPRECHT, Alfredo J. *Conflictos colectivos del trabajo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

O dissídio coletivo por sua vez, como forma de heterocomposição de um conflito estabelecido, caracteriza-se pela participação ativa do Estado em sua solução. A Constituição Federal da República determina a competência da Justiça do Trabalho para decidir esses dissídios (art. 114, §2º, já citado acima), sendo que o objeto de discussão versará sobre a criação ou alteração de normas laborais das condições de trabalho de uma determinada categoria profissional. São legítimos para a propositura de um dissídio coletivo os sindicatos, as federações ou as confederações de trabalhadores e empregadores, além das empresas e grupo de trabalhadores que não possuam categorias organizadas em sindicato. Recentemente, por intermédio da Emenda Constitucional nº. 45, alterou-se a exigência quanto à proposição de um dissídio coletivo, obrigando sua realização de forma bilateral, por ambas as partes coletivas, não permitindo a proposição unilateral, anteriormente existente. O Ministério Público do Trabalho possui legitimidade parcial, uma vez que só pode propor um dissídio coletivo quando ocorrem situações de greve que prejudiquem serviços considerados essenciais.

Um resultado importante de um dissídio coletivo é que as decisões decorrentes de sua utilização, chamadas sentenças normativas, fixarão as normas e condições de trabalho que passarão a ser adotadas por toda a categoria, alterando, mesmo que temporariamente, os contratos individuais de trabalho, por meio de cláusulas especiais destinadas a esta finalidade²¹². Outra característica dessa sentença normativa é que ela poderá, mediante decisão do próprio órgão julgador, estender seus efeitos aos demais empregados da mesma profissão de uma empresa, no caso de serem normas quanto às condições de trabalho.

²¹² O Tribunal Superior do Trabalho por intermédio da súmula 277 entende que “as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando de forma definitiva, os contratos”.

Essa atuação do Poder Judiciário, em determinar normas a serem cumpridas pelos trabalhadores e empregadores, dá a exata noção do poder normativo da Justiça do Trabalho, que, frise-se, faz parte do Poder Judiciário e, por isso, tem como atividade típica a judicante e não a legislativa. Nesse sentido, são as palavras de Delgado²¹³:

A sentença normativa, resultante do dissídio coletivo, insculpe um conjunto de regras gerais, abstratas, impessoais, obrigatórias, como resultado de um único e específico processo posto a exame do tribunal trabalhista para aquele preciso e especificado fim, no exercício de função típica e tradicional do Poder Legislativo (e não do Judiciário).

3.5 Resistências coletivas

Inserido juntamente com as soluções autocompositivas e heterocompositivas como fórmulas para encaminhamento de solução de conflitos coletivos trabalhistas, a autotutela se caracteriza principalmente pela presença de dois instrumentos, a greve e o *lock-out*²¹⁴. Ambas tendem a ser instrumentos de pressão, seja para que se inicie uma negociação coletiva, seja para mostrar a força coletiva em determinadas situações negociais. A greve tem sido historicamente o grande triunfo por parte dos trabalhadores para o enfrentamento do capital, sendo reconhecida como um direito fundamental por ser uma forma de afirmação do ser coletivo obreiro, situação essa que não ocorre para os empregadores, que possuem naturalmente instrumentos de grande pressão. Já o *lock-out* ou locaute é um

²¹³ DELGADO, 2008, p.1.298.

²¹⁴ Existem diversas outras formas de pressão como os piquetes, bloqueio de mercadorias, boicote, sabotagem, listas negras, *label*, etc.

instrumento utilizado pelos empregadores que paralisam as atividades da empresa, como forma de pressão sobre os trabalhadores.

O direito de greve é direito constitucionalmente assegurado em seu artigo 9º, não subordinando, em regra, a nenhuma regulamentação em lei²¹⁵. De modo mais abrangente do que define o art. 2º da Lei n. 7.783/1989²¹⁶, Delgado define o instituto da greve²¹⁷:

Paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando a defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos.

A partir dessa definição, ficam claros alguns aspectos característicos do instituto da greve, como o caráter coletivo do movimento, a sustação das atividades contratuais e o exercício coercitivo coletivo. O caráter coletivo do movimento, como o próprio nome diz, caracteriza-se por ser um movimento necessariamente coletivo, nunca individual. A manifestação individual, como instrumento de pressão, não se caracteriza como pertencente ao instituto da greve, influenciando apenas no contrato individual do trabalho que realizou a referida manifestação, sendo, portanto, necessária a natureza grupal, coletiva para a caracterização do movimento grevista. O segundo aspecto característico, o de sustação das atividades contratuais, ocorre por força da própria sustação do serviço a ser prestado ao empregador, ou seja, há uma sustação das obrigações nos

²¹⁵ Dispõe o Art. 9º da Constituição Federal, “Art.9º - **É assegurado o direito de greve**, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.” (grifo nosso). No tocante a eventuais limitações ao seu livre exercício, com necessária regulamentação infraconstitucional, dispõe no capítulo da administração pública, o art. 37, VII da mesma Carta: “Art. 37, VII o direito de greve será exercido **nos termos e nos limites definidos em lei específica**” limitando assim, o amplo exercício do direito de greve dos servidores públicos federais. (grifo nosso).

²¹⁶ Em seu art. 2º define a greve como sendo a “suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.”

²¹⁷ DELGADO, 2008, p. 1.414.

contratos de trabalho por iniciativa dos próprios trabalhadores. Por fim, o exercício coercitivo coletivo aparece como uma força que se caracteriza na própria essência do instituto, conquistado ao longo de dois séculos de lutas e conquistas. Esse poder entra em choque aparentemente com os objetivos que se almeja conquistar, pois cria uma tensão entre os trabalhadores e seus empregadores, mas é exatamente nesse direito coercitivo que atua como um instrumento de pressão como forma de preservação, em seu turno final, da relação de emprego e como instrumento de equiparação entre os seres coletivos existentes na relação²¹⁸.

Importante ressaltar que o instituto da greve não precisa necessariamente ser de omissão coletiva, é possível a caracterização do movimento grevista mesmo com uma ação coletiva. É o caso de ocupação por parte dos trabalhadores de forma pacífica dos locais de trabalho, apesar de dar ao empregador o direito de desocupação desses locais, por intermédio de medidas possessórias judiciais. Isso ocorre normalmente com o intuito de embaraçar as ações administrativas do empregador, é uma forma de luta sindical que pode ocorrer em apoio a uma greve, ou ainda com o prosseguimento das atividades laborais contra a vontade do empregador.

Tanto nos casos de omissão coletiva quanto nos casos de ação coletiva, caso ocorram atos ilícitos, individuais ou coletivos, com danos ao patrimônio do empregador, serão objeto de punição na forma da lei.²¹⁹

No entanto, o exercício do direito de greve não é absoluto, existem limitações relacionadas às pessoas, aos fins, ao momento de deflagração e à forma da greve. Quanto às pessoas, os servidores públicos militares não podem fazer greve e os servidores públicos civis podem exercê-la de acordo com os termos e nos

²¹⁸ DELGADO, 2008, p. 1.414-1.417.

²¹⁹ De acordo com o Art. 9º, §2º “Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.”

limites de lei específica, ainda não existente. Outra importante ressalva é a que está relacionada com as atividades essenciais, atividades inadiáveis da comunidade que devem ser preservadas do movimento paredista, determinando por via indireta a participação de um grupo de trabalhadores ao referido movimento.²²⁰

Quanto aos fins, normalmente as greves atuam como instrumento de pressão em torno de interesses relativos ao contrato de trabalho, podendo ser de natureza de solidariedade ou de natureza política, indicando interesses diversos da relação contratual. Nesse sentido são as palavras de Delgado²²¹:

Nas democracias, havendo significativa aproximação de interesses, aptas a gerar instrumental solidariedade, ou havendo significativa aproximação de problemas, apta a gerar instrumental insurgência paredista, o exercício de greve não se qualifica como abuso de direito. Essa é a linha matriz apontada pelo art. 9º da Constituição Federal da República.

Quanto ao momento da deflagração, um movimento paredista deve respeitar o princípio básico de todo acordo firmado, "*pacta sunt servanda*". Assim, não deve ser deflagrado um movimento grevista na vigência de um acordo ou convenção coletiva, que, por serem formas de resolução de autocomposição, reafirmam o caráter de acordo e, por isso, não devem ser desrespeitados. Além disso, o já citado art. 9º da Constituição Federal prevê a possibilidade dos trabalhadores deflagrarem a greve de acordo com a oportunidade de exercer o direito de greve. Saliente-se que o termo "oportunidade" empregado deve ser

²²⁰ A vedação do exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos militares está inserida na Constituição Federal, Art. 142 §3º IV "ao militar são proibidas a sindicalização e a **greve**" (grifo nosso) e a autorização para os servidores públicos civis está prevista no art. 37, VII "o **direito de greve** será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica" (grifo nosso). A questão das atividades essenciais está disposta no Art. 9º §1º "**A lei definirá os serviços ou atividades essenciais** e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade" (grifo nosso).

²²¹ DELGADO, 2008, p. 1.423.

entendido como conveniente, indicando uma vontade do constituinte de que exista a prévia negociação entre as partes²²².

Quanto à forma, a greve é um ato jurídico e, como tal, deve respeitar os requisitos exigidos em lei para seu exercício, sendo os mais comuns a sua declaração, o aviso prévio ao empregador e o início de negociações.

O instituto da greve não é reconhecido pela Convenção nº 87 da OIT de maneira direta, mas entende sua doutrina que é um instituto essencial que dispõe os trabalhadores para promover e defender os interesses profissionais de uma determinada categoria, um instrumento de pressão portanto²²³.

Além da greve, como um dos principais instrumentos de pressão, existe o instituto do “*lock-out*” ou locaute que tem sua definição dada pelo art. 17 da Lei n. 7.783/89: “a paralisação realizada pelo empregador, com o objetivo de exercer pressões sobre os trabalhadores, visando a frustrar negociação coletiva ou dificultar o atendimento a reivindicações.”

Esse instituto é bem mais restritivo, não sendo utilizado para outros fins, senão os descritos na definição acima, além de que, por ser praticado pelo empregador, não gera a suspensão dos contratos de trabalho, e sim interrupção, o que pode, inclusive, gerar uma rescisão indireta do contrato de trabalho, ressaltando que seu exercício é expressamente proibido na referida lei²²⁴.

Normalmente, a utilização desse instrumento atende ao objetivo de dificultar a ação dos trabalhadores, evitando a ocupação dos escritórios ou oficinas, bem como, em tempos de greve, dispensar o empregador de ter que remunerar os trabalhadores que não aderiram ao movimento paredista, demonstrando o poder de autoridade da direção sobre os empregados. Muitas vezes, esse instrumento de

²²² NASCIMENTO, 2008, p. 1.222.

²²³ BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 248.

²²⁴ MARTINS, 2008, p. 840.

pressão divide os trabalhadores, entre os que apoiam o movimento grevista e os que não apoiam, enfraquecendo o referido movimento, agindo como uma manobra eficaz para reduzir o vigor da greve.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conflitos coletivos do trabalho e a tutela dos direitos sociais representam o contínuo movimento social existente na busca de melhores condições de sobrevivência para o homem, em um ambiente capitalista de constantes atritos entre o capital e o trabalho.

Há tempos ocorre o movimento na base social sobre a estrutura político-jurídica da sociedade, gerado pela evolução do modo de produção adotado pelo capitalismo. Esse movimento acaba influenciando, gerando outro movimento sobre a estrutura econômica, nas relações de produção, seja limitando, contendo essas relações, seja exigindo uma maior participação na formação de recursos que serão necessários para que o movimento inicial da base social tenha as prestações necessárias para garantir uma condição de vida melhor, atendendo à pressão social. Esse é o ambiente que preserva a manutenção do modo de produção capitalista em um movimento de degradação e de construção da condição humana.

A evolução dos direitos fundamentais do homem segue seu desenvolvimento caracterizando-se na luta constante por direitos e pelo reconhecimento desses por parte dos Estados, exigindo que esses Estados transformem o direito positivo existente em ações efetivas.

Nesse processo de evolução dos direitos fundamentais do homem, atinge-se uma fase de reconhecimento dos direitos sociais, que, apesar de serem constitucionalmente reconhecidos, tornaram-se meras promessas, sem prazo de efetivação definido. Essas promessas passam a ter no Estado ou no mercado os

atores que têm a responsabilidade de provê-las, passando gradualmente do governo baseado no Direito para o governo baseado em políticas públicas.

Diante desse contexto, a estrutura político-jurídica necessita de um novo modelo, introduzindo os valores nesse sistema, o neoconstitucionalismo que associado à valorização dos direitos fundamentais do homem buscam promover, na medida do possível, a valorização do homem, enaltecendo a dignidade humana.

O ambiente laboral, resultado também de avanços e retrocessos ao longo da história, age como principal agente de pressão e contenção do modo de produção capitalista, tendo nos movimentos coletivos seu maior triunfo. O ser coletivo obreiro, quando organizado, possui a sinergia necessária para o enfrentamento do capital, conquistando espaços que antes não possuía.

Diante da constatação de uma impossibilidade de um efetivo exercício de um direito fundamental social, no caso o direito fundamental ao trabalho, fortalecem-se mecanismos e estruturas para proteção dos envolvidos enquanto o Estado não propicie condições que relativizem as tensões historicamente existentes.

Os conflitos coletivos do trabalho, por intermédio das suas várias formas de pressão e de resolução, fazem esse papel de resistir à exploração do capital sobre o trabalho, influenciando de maneira decisiva na vida do obreiro e, em última instância, preservando sua dignidade como um bem maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ACCIOLY, Gustavo Tenório. Direito fundamental ao trabalho e implicações no plano processual. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, 16-12, p. 18, dez. 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, jul./set. 1999.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes: teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Globo, 1941.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discrecionalidade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. XIV, n. 57-58. São Paulo: jan./jun. 1981.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. São Paulo: Millennium, 2008.

_____. *Noções sobre gerações de direitos*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

_____. *Direitos humanos: paradoxos da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 329.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 227, 242-243.

_____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2005.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 248.

BERCOVICI, Gilberto. O estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. *Boletim de ciências econômicas de Coimbra*, Coimbra, v. 47, 2004.

_____. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, 2003.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Edições Técnicas, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Escritos de derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras públicas: de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão normativa da interpretação constitucional. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, a. 30, n. 22, IOB/IDP, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 737, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Os writs na constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Liberdades públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1974.

_____. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Ministério Público e a garantia de direitos fundamentais sociais diante do princípio da eficiência nas políticas públicas*. São Paulo: Informações Objetivas, 2003. CD ROM.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Elementos de teoria geral de Estado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 22-23.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2008.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTR*, São Paulo, p. 70-06/657, jun. 2006.

_____. *Introdução ao direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. *Dogmática dos direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madri: Trotta, 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIORAVANTE, Maurício. *Los derechos fundamentales: apures de la historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FREITAS, Juarez. *As grandes linhas da filosofia do direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 1986.

FRISCHEISEN, Luísa Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

GIORGI, Tânia Giandoni Wolkoff. Princípios constitucionais e o princípio da dignidade humana. *Revista de Direito Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59. abr./jun. 2007.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A constitucionalização do direito do trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito à dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, p.19, 2007.

GÓMEZ, Jose Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Comentários à Constituição* (Direitos e garantias coletivas). Rio de Janeiro: Forense, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

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

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Montivideo: B de F. 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KIM, Richard Paulro Pae. Direito subjetivo à educação infantil. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Fortaleza.

KRELL, Andreas Joaquim. A efetividade dos direitos sociais no Brasil. In: PIMENTEL JUNIOR, Paulo Gomes (Org.). *Direito constitucional em evolução: perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 219- 237.

_____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LEÃO XIII, Papa. *Encíclica Rerum Novarum*. São Paulo: Paulinas, 2002.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito do trabalho*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

LEMOES, Bruno Espíñera. *Direitos fundamentais: direito comparado e as Constituições brasileiras, efetivação em precedentes do STJ*. Brasília: Fortium, 2007.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Edipro, 1998.

MEIRELLES, J. H. Teixeira. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MELLO, Celso Albuquerque de. Análise do núcleo intangível das garantias dos Direitos Humanos em situações extremas: uma interpretação do ponto de vista do Direito Internacional Público. In: *Direito, Estado e Sociedade*, PUC-RJ, Departamento de Ciências Jurídicas, Rio de Janeiro, n. 5, ago./dez.1994, p. 13-23.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Uma ação de suspensão de tutela antecipada (STA n. 198/2008)*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/portal-mte/>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; BARRETO, Gláucia. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

RÚBIO, David Sanchez. *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RUPRECHT, Alfredo J. *Conflictos colectivos del trabajo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

SANTOS, Ramon Bezerra. Direito do Trabalho ou Direito ao Trabalho? Reflexões sobre essa tensão sob a perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Trabalho / Procuradoria-Geral do Trabalho*, Campo Grande, p. 72-84, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Interesse Público*, São Paulo: Notadez, 2001.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y funcion de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 7, p. 7 e ss, 1979.

SCHUBSKY, Cássio; BIERRENBACH, Flávio. *Estado de Direito já: os trinta anos da carta aos brasileiros*. São Paulo: Lettera, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000.

STOLL, Luciana Bullamah. Convenções 87 e 98 da OIT, compatibilidades e incompatibilidades com o sistema constitucional brasileiro em face da unicidade sindical. *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, n. 80, p. 31-42, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

TRINDADE, José Damião de Lima. *Anotações sobre a história social dos direitos humanos*. São Paulo: Páginas & Letras, 1998.

VIANA, Márcio Túlio. Direito do Trabalho e Flexibilização. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyará*. São Paulo: LTR, 1997. p.132-155.

VIANA, Oliveira. *Problemas de direito sindical*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1943.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1988.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de legislação social*. São Paulo: Atlas, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Seqüência*, Florianópolis: UFSC, 1982.