

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO – TURMA ESPECIAL - URI – CAMPUS DE ERECHIM

**O DIREITO SOCIAL AO/DO TRABALHO:
UMA PERSPECTIVA GARANTISTA**

JOE ERNANDO DESZUTA

Florianópolis/SC

2000

JOE ERNANDO DESZUTA

**O DIREITO SOCIAL AO/DO TRABALHO :
UMA PERSPECTIVA GARANTISTA**

**Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito:
Instituições Jurídico-Políticas, do Curso de Pós-
Graduação em Direito, Universidade Federal de
Santa Catarina.**

Orientador: Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori

Florianópolis/SC

2000

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

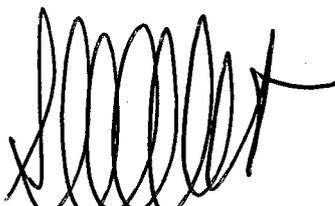
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO – TURMA ESPECIAL – URI – CAMPUS DE ERECHIM

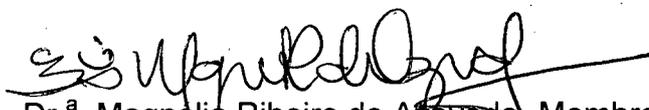
A dissertação O DIREITO SOCIAL AO/DO TRABALHO: UMA PERSPECTIVA GARANTISTA elaborada por Joe Ernando Deszuta e aprovada por todos os membros da banca examinadora foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO – INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2000.

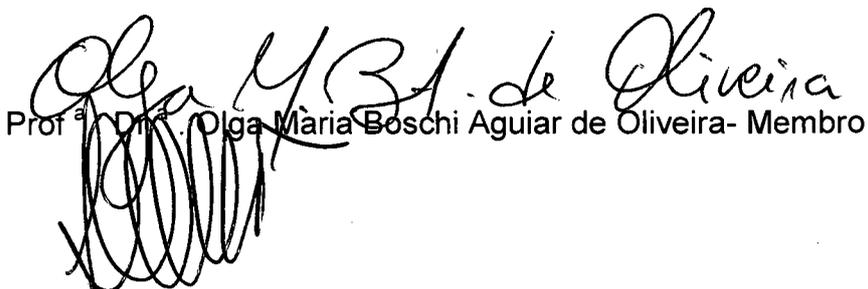
BANCA EXAMINADORA :



Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori - Presidente



Prof.ª Dr.ª Magnolia Ribeiro de Azevedo - Membro



Prof.ª Dr.ª Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira - Membro

Orientador : Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori



Coordenador do Curso : Prof. Dr. Chistian Guy Caubet

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Loecy e Félix. Para Eia, pela confiança e amor. Para Ele, já morto, por alimentar em mim um espírito inquieto. Aos dois, pelas lições de dignidade em uma vida simples. Aos meus irmãos - Gerta, Tânia e Félix - vencedores ao seu modo.

A Laura, minha filha, fonte inesgotável de alegrias e de motivação para busca de um mundo melhor e a sua mãe, Flávia, que sempre soube compensar minhas ausências.

A Rosália, pelo amor, confiança, incentivo e apoio incondicionais e por compartilhar comigo a vida.

Aos amigos - Francisco Rossal de Araújo, Marcelo Papaléo de Souza, Luís Antônio Mecca, Fernando Luiz de Moura Cassal, Altemir Delazeri e Jandir Schmidt - pelo companheirismo manifestado das mais variadas formas.

Aos meus alunos do Curso de Direito da UnC - Universidade do Contestado - Concórdia/SC - 1999/2000-, que, na busca de conhecimento, também me ensinaram.

Ao meu Orientador - Sérgio U. Cademartori, prova de que cultura e conhecimento não precisam, necessariamente, andar juntos com sisudez e circunspeção - pela forma de condução do estudo e pela disposição para a discussão.

Por fim, aos funcionários da Justiça do Trabalho da Vara de Erechim - exemplos de dedicação ao trabalho e resistência digna, em tempos de tentativas de aviltamento do Serviço Público Federal - que acompanharam minhas dificuldades cotidianas para conciliar trabalho e estudo.

SUMÁRIO

RESUMO	VI
RESUMEN	VII
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	09
1.1 – Considerações iniciais.....	09
1.2 - Do Estado Absolutista ao Estado de Direito.....	11
1.3 - O Estado Constitucional de Direito.....	18
1.4 - Os Direitos Fundamentais, as Declarações de Direitos e a Constituição.....	25
1.5 – Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais e o Direito ao/do Trabalho.....	40
CAPÍTULO II - O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O GARANTISMO.....	52
2.1 – Breves Considerações	52
2.2 - A Teoria Geral do Garantismo. A definição de garantia.....	54
2.3 - O Garantismo e suas acepções.....	70
2.4 – Conceitos Tradicionais x Conceitos Garantistas.	76
2.5 - O problema das antinomias e das lacunas.....	88
2.6 - A Legitimação Formal e a Legitimação Substancial.....	94
2.7- Estado Constitucional de Direito, Direitos Fundamentais e Garantismo.....	96

CAPÍTULO III - O DIREITO AO E DO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 : UMA PERSPECTIVA GARANTISTA.....	101
3.1 – Prolegômenos.....	101
3.2 – Direito ao/do trabalho como Direito Fundamental Social. Evolução e Constitucionalização	103
3.3 – Um estudo sobre o trabalho, a produção, o emprego/desemprego e o discurso neoliberal	116
3.4 - A Constituição Federal de 1988 como Sistema de Garantias dos Direitos Sociais.....	134
3.5 – Um Direito do Trabalho renovado. Matrizes para um novo Direito ao/do Trabalho	138
3.6 - O Direito ao/do Trabalho : uma perspectiva garantista.....	144
3.6.1 – O Estado Constitucional de Direito e a Constituição.....	145
3.6.2 – Fundamentos da Constituição.....	146
3.6.3 – Um Positivismo Crítico.....	146
3.6.4 – Uma Conceituação Garantista.....	147
3.6.5 – Um Direito ao/do Trabalho fundado no Constitucionalismo Moderno...	148
3.6.6.- Um Direito ao/do Trabalho fundado e comprometido com os Direitos Fundamentais.....	150
CONSIDERAÇÕES FINAIS	159
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	165

RESUMO

Esta pesquisa faz uma abordagem garantista em relação ao Direito ao/do Trabalho – direito social por excelência, na medida em que regula o conflito capital/ trabalho – para afirmar a necessidade de manter a regulamentação dessa conflituosidade, em oposição ao projeto desregulamentador neoliberal que vem tomando espaço no discurso político e jurídico nacional.

A Teoria Geral do Garantismo propõe um renovado papel para o Direito e uma nova relação entre Direito e Poder (Direito/Estado). Aponta para a adoção do Constitucionalismo como um novo paradigma do Direito e também para uma redefinição dos conceitos de vigência, validade e eficácia normativas. O desenvolvimento de um Positivismo Crítico (ou Pós-positivismo) representa a construção normativa com vínculos formais e materiais entre normas inferiores e normas superiores. O limite material desta produção está centrado nos valores e princípios constitucionais – os Direitos Fundamentais entendidos de uma forma abrangente (Direitos de Liberdade e Direitos Sociais). Há uma proposta de inversão ao que sói acontecer : ao invés de o Direito servir à Política, esta é quem deve servir ao Direito.

No âmbito do Direito ao/do Trabalho a Teoria do Garantismo representa um instrumental teórico-jurídico capaz de, sem agredir o sistema, revitalizar o Direito para a busca da dignidade da pessoa humana e da igualdade social. Trata-se, assim, de uma proposta de Direito do Trabalho regulamentador da inescapável conflituosidade entre capital e trabalho, inclusive com novas tutelas/proteções para o trabalhador, recolocando o **trabalho** como categoria central da organização social e produtiva contemporânea.

RESUMEN

Esta investigación hace un plantamiento garantista con relación al Derecho al/del Trabajo - derecho social por excelencia – para afianzar la necesidad de mantener la reglamentación de esa conflictuosidad, en oposición al proyecto desregulamentador neoliberal que viene tomando espacio en el discurso político y jurídico nacional.

La Teoría General dei Garantismo propone un renovado papel para el Derecho y una nueva relación entre Derecho y Poder (Derecho/Estado). Apunta para la adoción dei Constitucionalismo como un nuevo paradigma dei Derecho y también para una redefinición de los conceptos de vigencia, validez y eficacia normativas. El desenvolvimiento de un Positivismo Crítico (o Pos-Positivismo) representa la construcción normativa con vinculos formales y materiales con las normas inferiores y con las normas superiores. El límite material de esta producción esta centrada en los valores y principios constitucionales - Los Derechos Fundamentales extendidos de una forma amplia (Derechos de Libertad y Derechos Sociales). Hay una propuesta de inversión/alteración al que suele ocurrir: al contrario dei Derecho servir a la Política, esta es quién debe de servir al Derecho.

En el ámbito del Derecho al/del Trabajo la Teoría dei Garantismo representa un instrumental teórico-jurídico con capacidad de, sin agredir el sistema, revitalizar el Derecho para la búsqueda de la dignidad de la persona humana y de la igualdad social. Se trata, así, de una propuesta dei Derecho dei Trabajo reglamentador de la natural conflictuosidad entre capital y trabajo, incluso con nuevas tutelas/protecciones para el trabajador, recolocando el **trabajo** como una categoría central de la organización social y productiva contemporánea.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa busca a afirmação de um enfoque garantista sobre o Direito ao/do Trabalho, justamente em um momento em que se observa a preponderância de um discurso neoliberal desregulamentador (sinônimo de desconstitucionalizador) e, portanto, descomprometido com o Direito como um sistema de regras que organiza o Estado e a Sociedade.

Pretende-se, pois, responder à seguinte indagação : A constituição Federal de 1988 pode ser concebida como um sistema de garantias no âmbito dos Direitos Sociais ? , conforme formulação proposta no projeto de pesquisa. A resposta a esta indagação passa, necessariamente, pela verificação de questões relacionadas com (1) o direito social ao trabalho como direito fundamental ao trabalho ou não; (2) sobre qual a relação que se deve fazer entre as normas dos Artigos 6º e 7º da Constituição Federal/88;(3) sobre qual a noção que se deve atribuir ao chamado direito do trabalho como direito social diante da escassez do emprego e (4) quais as possibilidades de alargamento da definição de trabalho como bem juridicamente protegido.

O enfoque garantista se funda na Teoria Geral do Garantismo elaborada por Luigi Ferrajoli (Itália) e desenvolvida, preponderantemente, por Nicolás María López Calera, Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Antonio Manuel Peña Freire, Perfecto Andrés Ibáñez, Jose Luis Serrano (Espanha) e Sérgio Cademartori (Brasil). É construída nas seguintes bases: 1) O Positivismo Jurídico, não apenas formalista ou clássico, como orientação teórica; 2) O Constitucionalismo como um novo paradigma do Direito para o estabelecimento de uma normatividade superior – A Constituição - suprema, vinculante de todos os poderes públicos e privados, com limites formais e substanciais para a produção normativa; 3) Os Direitos Fundamentais como limites materiais a todos os Poderes; 4) Uma matriz liberal, identificada com a busca da plena liberdade (prestações negativas) e com o comprometimento social para a implementação dos Direitos Sociais (prestações positivas), mas que não estende o garantismo ao direito de propriedade e às liberdades econômicas; 5) a centralidade da pessoa humana como categoria prevalente da Sociedade e da Organização Estatal.

Fala-se em Direito ao/do Trabalho, sem que se ignore as distinções de um e de outro, para o estabelecimento das necessárias vinculações entre o Direito ao Trabalho previsto no Artigo 6º, e os direitos trabalhistas previstos no Artigo 7º, bem como os princípios fundamentais do artigo 1º, incisos III e IV, todos da Constituição Federal. Afirma-se que o conteúdo das normas do Artigo 7º representa o substrato da norma do artigo 6º (quanto ao Direito ao Trabalho), evidentemente sem esgotá-lo. Tal enfoque conduz à conclusão de que o compromisso do Estado e da Sociedade não se limita à oferta de qualquer trabalho, mas necessariamente de um trabalho

digno, em atenção às normas do Artigo 1º, incisos III e IV. Com isso, pode-se dizer que eventual supressão de qualquer dos direitos trabalhistas enunciados no Artigo 7º (ainda que regulamentados por legislação infraconstitucional) representará flagrante inconstitucionalidade por ofensa às normas dos Artigos 6º, combinado com o Artigo 1º (Incisos III, IV), além do artigo 170 que remete aos princípios gerais da atividade econômica, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

O mencionado discurso neoliberal, que propositadamente confunde flexibilização, desregulamentação e globalização, pretende um Estado mínimo e um mercado máximo, sinalizando para um retorno à barbárie e ao que se tem denominado de neofeudalismo¹. Trata-se de um discurso desagregador e excludente, com absoluto desprezo aos Direitos Sociais e conseqüentemente, à Dignidade da Pessoa Humana e à Igualdade como princípios e valores de uma sociedade. O Direito ao/da Trabalho, como direito social por excelência, se constitui em alvo privilegiado desse discurso, cujo esvaziamento tem sido buscado insistentemente, ora sob a pecha de tratar-se de um direito retrógrado, ora sob o indistigável argumento do alto custo.

A pesquisa se justifica para a busca de instrumental necessário à efetivação do Direito, inclusive pela não-aplicação do direito ilegítimo, e, principalmente, como resistência ao discurso neoliberal. Remete também para a afirmação e manutenção de uma Constituição rígida, analítica, vinculante e

¹ Trata-se de expressão utilizada por FARIA, José Eduardo, O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 322 e seguintes – , ou seja, de um neofeudalismo jurídico “...na linha do multilateralismo, das polaridades indefinidas ou da regionalização (...) Dito de outro modo, as instituições de direito surgidas com a ‘economia-mundo’ parecem desenvolver-se na perspectiva de uma regulação de caráter ‘neofeudal’”.

suprema, tal qual a Constituição Federal de 1988, onde todo o Ordenamento Jurídico se compromete com valores e princípios ali inscritos.

Para a elaboração desse enfoque garantista e para confirmar a hipótese formulada no projeto no sentido de que “ A partir de um enfoque garantista pode-se verificar que a Constituição Federal de 1988 vai bem além de todas as Constituições anteriores, representando um verdadeiro sistema de garantias, sendo que as normas do artigo 7º representam já a substância e o significado do que seja o trabalho digno assegurado no artigo 6º da Constituição Federal”, divide-se o presente trabalho em cinco partes:

1) Introdução – para uma apresentação geral do projeto da pesquisa;

2) Capítulo primeiro – para analisar a relação entre Direito e Poder. Focaliza-se a evolução do Estado Absolutista para o Estado de Direito, que se desdobra em Estado Legislativo de Direito e Estado Constitucional de Direito. O estudo dos Direitos Fundamentais, das Declarações de Direitos e da Constituição se apresenta absolutamente indispensável para que se possa firmar a prevalência do Direito sobre o Poder. Por fim, o exame dos Direitos Sociais como Direitos Fundamentais e do Direito ao/do Trabalho como Direito Social Fundamental, se constitui em caminho necessário a ser trilhado para o entendimento do tema. O Estado Absolutista – que se estabelece a partir de um processo de unificação das fontes do Direito na Lei e dos ordenamentos jurídicos no Estado – dá lugar ao Estado de Direito que, pelo princípio da legalidade, legitima e limita o Poder. Já o Estado Constitucional de Direito - estabelecido justamente em decorrência da crise do Direito e da Lei

fomentada pela fragilização do princípio da legalidade - institui uma normatividade superior, indisponível, vinculante e suprema. Os Direitos Fundamentais que, no Estado Constitucional de Direito representam os limites materiais de todo o ordenamento jurídico, têm sua gênese nos Direitos Humanos e nas chamadas Declarações de Direitos. Uma vez reconhecidos, passam a fazer parte do corpo das Constituições, agora já na qualidade de Direitos Fundamentais (com as características de positivação, constitucionalização e fundamentalização). Constatase que aqueles Direitos Fundamentais que se originam nas Declarações de Direitos constituem a base dos direitos de primeira geração, gestação ou dimensão das Constituições Liberais (século XVIII e XIX) uma vez que expressam compromissos com a liberdade. Os Direitos Sociais, na qualidade de Direitos Fundamentais, estarão presentes nas Constituições somente a partir do início do Século XX, com as Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919) - nascedouro do Direito ao Trabalho como Direito Social Fundamental.

3) Capítulo segundo – para estabelecer a necessária relação entre Estado Constitucional de Direito e Garantismo. Busca-se delinear os traços da teoria geral do garantismo em suas três variantes, além de apresentar a definição de garantia. Faz-se um comparativo entre conceitos tradicionais e conceitos garantistas de vigência, validade e eficácia; a seguir analisa-se o problema das antinomias e das lacunas e se estabelece noções sobre legitimação formal e substancial garantista. Estado Constitucional de Direito e Garantismo se entrelaçam de forma intensa: O garantismo, desde uma matriz liberal, é identificado a partir de uma dupla artificialidade representada pelo positivismo jurídico (um Direito posto, mas não

apenas com vínculos formais) e pelo constitucionalismo (o Direito produzido tem vínculos formais e materiais com valores e princípios constitucionais). Os conceitos garantistas de vigência, validade e eficácia vão descortinar a necessária diferença entre uns e outros, para dar ao operador do Direito um instrumental elaborado de deslegitimação do Direito ilegítimo. Para essa Teoria, a vigência significa a existência da norma; a validade, a identificação formal e substancial com a norma superior, ou seja, trata-se de normatividade que deve estar vinculada com o conteúdo de valores e princípios constitucionais; a eficácia, por sua vez, pode assumir aspectos relacionados aos objetivos a serem alcançados e aos destinatários. Verifica-se, ainda, que, para o garantismo, as antinomias (coerência/incoerência) e as lacunas (completude/incompletude) acarretam, respectivamente, juízos de invalidade e de ineficácia, estabelecendo-se uma relação direta entre os chamados direitos de liberdade para aqueles e os direitos sociais para estes. Por fim, examinam-se as noções de legitimação formal e de legitimação substancial, em correspondência com os conceitos de democracia substancial e democracia formal. Essa relação pode ser assim resumida: enquanto a legitimação formal se estabelece a partir do princípio da legalidade, com sujeição do juiz à lei, a legitimação substancial se estabelece pelo exercício da função jurisdicional para a tutela ou garantia dos Direitos Fundamentais dos cidadãos. Já quanto à democracia substancial, pode-se dizer que se relaciona ao Estado de Direito munido de garantias específicas – quer liberais (“nem sobre tudo se pode decidir”), quer sociais (“nem sobre tudo se pode deixar de decidir”)– para a defesa de seus cidadãos, enquanto que democracia formal se vincula ao Estado de direito representativo, cujo alicerce é o princípio da maioria como fonte de legitimidade e de legalidade.

4) Capítulo terceiro – para demonstrar a evolução e a constitucionalização dos Direitos Sociais e do Direito Social ao Trabalho e dos Direitos Sociais trabalhistas, agora no âmbito nacional, relacionando a norma do Artigo 6º, com as normas dos Artigos 7º, 1º, III, IV e 170 da Constituição Federal. Estuda-se a noção de trabalho, produção, emprego/desemprego. Faz-se uma análise do discurso neoliberal nos aspectos globalização, flexibilização e desregulamentação para chegar ao atual estágio da discussão proposta. Afirma-se a Constituição Federal como um sistema de garantias dos Direitos Sociais e busca-se o estabelecimento de um Direito do Trabalho renovado, numa perspectiva garantista do Direito ao/do Trabalho. A evolução histórica e a gênese da constitucionalização dos Direitos Sociais e do Direito Social ao Trabalho/Direitos Trabalhistas ocorre com o nascimento do constitucionalismo social brasileiro – na Constituição de 1934 - e chegam na Constituição Federal de 1988 de forma consistente nos Artigos 6º e 7º. Ratifica-se que a noção de **trabalho** (TRABALHO DIGNO) deve se estabelecer da combinação entre as normas do artigo 6º, 7º, 1º (Incisos III, IV) e 170, da Constituição Federal. Os significados etimológico, filosófico, sociológico e jurídico-trabalhista do termo trabalho, as noções de produção e emprego/desemprego servem para ampliar a discussão e recolocar o **Trabalho** como uma das categorias centrais da sociedade atual, principalmente quando se questiona o discurso neoliberal e suas confusões quanto à definição de flexibilização, desregulamentação e globalização. A afirmação de que a Constituição de 1988 representa verdadeiro sistema de garantias dos Direitos Sociais se fundamenta na análise da normatividade e do discurso garantista insertos no texto constitucional. Por fim, aponta-se a necessidade de um Direito ao/do Trabalho renovado e firmam-se algumas bases para a construção desse

enfoque garantista, sustentada pelas noções de dignidade da pessoa humana e de igualdade substancial.

5) Considerações Finais – constituem-se de assertivas que entrelaçam as noções de Estado Constitucional de Direito, Constitucionalismo, Direitos Fundamentais, Constituição, Direitos Sociais, Direito ao/do Trabalho e Garantismo para sustentar, na prática jurídica, a possibilidade de uma modificação nas relações Direito/Poder e para, dentro do sistema, instrumentalizar a realização do Direito válido e de deslegitimar o Direito inválido. Tratando-se de direitos sociais e de um garantismo social, anuncia-se a necessidade de uma urgente atitude de defesa do ordenamento jurídico posto, atualmente em vias de esfacelamento por obra de um discurso neoliberal desregulamentador.

O embasamento teórico já foi apresentado quando se fundamentou o enfoque garantista no início desta exposição. Salieta-se, outrossim, que em relação aos demais aspectos, buscou-se uma ampla pesquisa bibliográfica privilegiando a especificidade e a atualidade da discussão, assim como alguns autores clássicos em detrimento de outros. Cabe registrar que a pesquisa, ainda que voltada para o campo jurídico, não pôde deixar de realizar incursões tangenciais ao âmbito de outras disciplinas, tais como Filosofia do Direito, Teoria Política e Sociologia do Trabalho – absolutamente necessárias para o entendimento do complexo fenômeno representado pelo estudo do Direito ao/do Trabalho.

O método de abordagem utilizado foi o indutivo e o método de procedimento o monográfico. A técnica de pesquisa utilizada foi exclusivamente bibliográfica.

CAPITULO I

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um breve estudo da evolução do Estado² – desde o Estado Absolutista para Estado de Direito com os desdobramentos do Estado de Direito em Estado Legislativo de Direito e Estado Constitucional de Direito -, o estabelecimento da relação entre Estado e Direito³, e a constitucionalização dos direitos, se apresentam como base para o entendimento da relação existente entre Estado Constitucional de Direito e Garantismo e entre Garantismo e Direito ao Trabalho.

² ESTADO na acepção de MAX WEBER, como *“um instituto político de atividade contínua quando e na medida em que seu quadro administrativo mantenha com êxito a pretensão ao monopólio legítimo da coação física para a manutenção da ordem vigente”* “apud” CADEMARTORI, Sérgio, Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 14.

³ Direito entendido como *“uma ordem da conduta humana”*, onde *“uma ordem é um sistema de regras”*. Kelsen, Hans, Teoria Geral do Direito..., p. 5.

Nesse sentido, mesmo sem adentrar na discussão entre monistas e dualistas⁴, verifica-se que tal enfoque traduz a necessária relação existente entre Poder⁵ e Direito da qual se ocupa, basicamente, a Teoria Política.

Não pode passar despercebido, igualmente, o entrosamento existente entre Direitos Fundamentais, Declaração de Direitos e Constituição para que possibilite a afirmação dos primeiros nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Por fim, não fica sem análise a situação dos Direitos Sociais, na qualidade de Direitos Fundamentais, principalmente em relação ao Direito ao Trabalho e ao Direito do Trabalho.

⁴ A noção de monismo e de dualismo, ainda que possa estar relacionada, geralmente, com as chamadas FONTES DO DIREITO ou mesmo com a concepção de UNIDADE/DUALISMO do ordenamento jurídico nacional/internacional (neste sentido vide KELSEN, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado, São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 515 e seguintes), tem aqui a conotação de analisar apenas a relação existente entre Direito e Poder. Com esse sentido, em relação ao monismo, Kelsen – Teoria Geral ..., p. 274 – afirma que “Descrever o Estado como ‘o poder por trás do Direito’ é incorreto, já que sugere a existência de duas entidades distintas onde existe apenas uma : a ordem jurídica. O dualismo de Direito e Estado é uma duplicação supérflua do objeto de nossa cognição, um resultado de nossa tendência a personificar e então hipostatizar nossas personificações. (...) O dualismo de Direito e Estado é uma superstição animista. O único dualismo legítimo aqui é o da validade e eficácia da ordem jurídica. Mas essa distinção - apresentada na primeira parte deste livro – não nos autoriza a falar do Estado como um poder separado da ordem jurídica ou por trás dela.” O dualismo, por sua vez, distingue o Estado (Poder) da ordem jurídica (Direito), inclusive fundamentando a noção de Estado de Direito justamente no exercício do poder regulado e submetido ao Direito. (Cfe. também, notas 9 e 10).

⁵ BOBBIO, Norberto, Estado, Governo e Sociedade. São Paulo: Paz e Terra, 1990, pp. 77/78, se reporta a três teorias fundamentais do PODER: 1) a substancialista, “onde o poder é concebido como uma coisa que se possui e se usa como um outro bem qualquer”, fazendo referência a HOBBS, segundo o qual “o poder de um homem consiste nos meios de que presentemente dispõe para obter qualquer visível bem futuro”; 2) a subjetivista, onde, com base em LOCKE, afirma que “... por poder entende-se não a coisa que serve para alcançar o objetivo, mas a capacidade do sujeito de obter certos efeitos, donde se diz que ‘o fogo tem o poder de fundir os metais’ do mesmo modo que o soberano tem o poder de fazer as leis e, fazendo as leis, de influir sobre a conduta de seus súditos”; 3) a relacional, onde, com esteio em DAHL, afirma que “por poder se deve entender uma relação entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria”.

1.2- DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO DE DIREITO

O Estado absoluto se traduz pela definição tradicional de soberania (*potestas superiorem non recognoscens*) onde não há reconhecimento de poder superior.⁶ As monarquias absolutas do início da Idade Moderna na Europa se originaram a partir de um duplo processo de unificação, ou seja, (1) unificação de todas as fontes de produção jurídica na lei, como expressão da vontade do soberano, restando rejeitadas ou enfraquecidas as demais Fontes de Direito (Direito Consuetudinário, Direito Científico, Direito Jurisprudencial) e (2) unificação de todos os ordenamentos jurídicos superiores e inferiores em ordenamento jurídico estatal, cuja expressão máxima é a vontade do soberano.⁷

Desta forma, sob o ponto de vista do Direito,

*“a monarquia absoluta é a forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei. Nestas condições entende-se por que é possível dizer que o poder estatal é um poder absoluto: é absoluto porque tornou-se definitivamente o único poder capaz de produzir o direito, isto é, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade sobre a qual impera, e, portanto, não conhecendo outros direitos senão o seu próprio, nem podendo conhecer limites jurídicos para o próprio poder”.*⁸

⁶ BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, Brasília: Ed. da UnB, 1995, p. 11.

⁷ BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no Pensamento*, p. 12.

⁸ BOBBIO, Norberto, *Estado e Direito no Pensamento*, p. 13.

Verifica-se, então, que o limite ao Poder Estatal se constitui no problema fundamental do Estado Constitucional Moderno, cujo desenvolvimento representa a antítese do Estado Absoluto⁹.

O Estado de Direito¹⁰, por sua vez, - que representa a noção de Estado Moderno -, se estabelece a partir do momento em que o Direito é quem regula o exercício do Poder, ou seja, o poder é exercido *per legem* - por meio de leis genéricas e abstratas - e *sub lege* - onde todo o Poder se submete ao Direito.¹¹

O Estado de Direito ou sob o Regime de Direito (típico do Século XIX), se distingue do Estado Absolutista ou sob o Regime de Força (característico do século XVII), e do Estado Despótico Ilustrado ou sob o Regime de Polícia (próprio

⁹ MATTEUCCI, Nicola, *Organización dei Poder y Libertad – História del constitucionalismo moderno*, Madrid: Trota, 1998, p. 29, afirma que “*Es imposible entender el constitucionalismo moderno sin tener presente la formación dei Estado absoluto en Europa como nueva forma históricamente determinada de organización del poder porque el ‘Estado’, planteando nuevos problemas y condicionando las respuestas, es el enemigo histórico contra quien está llamado a batirse*”.

¹⁰ ESTADO DE DEREITO, conforme lembra LARENZ, Karl, *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica* - Madrid: Civitas, 1993, pp. 151/158, não é um termo tão unívoco como se poderia crer. “*La ciencia jurídica del siglo XIX lo há entendido de un modo diferente al de nuestra Ley Fundamental, que en parte es distinto también de su significación en la concepción filosófica. ? En qué sentido concebimos las ideas de “derecho” y de “Estado” unidas entre sí ?*” Com base em PLATÃO, KANT e HEGEL afirma, basicamente, que “*En sentido filosófico, el Estado de Derecho es un Estado en el cual no “dominan” los hombres, sino las leyes, entendiendo por tales las de la razón*”. No contraponto, traz o pensamento de HUMBOLDT para dizer que “*Para él las primeras e indeclinables condiciones para que el hombre pueda cumplir sus fines son libertad para el pleno desarrollo de todas sus fuerzas, libre despliegue de la personalidad y por eso libertad de toda tutela estatal*”. Lembra que a ciência jurídica do século XIX construiu um conceito de “Estado de Direito” como um “Estado de Leis” por influência do positivismo então dominante, mas não deixa de ressaltar que um e outro, na verdade, não se confundem e afirma que o “Estado de Direito” é uma exigência do “Direito Justo”, entendido como “*... aquel Estado que, ante todo, pende dedicarse a la creación, desarrollo y ejecución del Derecho, en el sentido de ordenamiento encaminado a la justeza – y com ello también al aseguramiento de la paz jurídica – y por encima de ello en toda su actividad, cualquiera que sea, continúa vinculado a su próprio Derecho y a los principios del derecho justo que están en la base de él.*”.

¹¹ BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no pensamento de*, p. 15, afirma que “*O Estado moderno, liberal e democrático, surgiu da reação contra o Estado absoluto. Este nascimento, que tem como fases culminantes as duas revoluções inglesas do século XVII e a Revolução francesa, foi acompanhado por teorias políticas cujo propósito fundamental é o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe.*”

do século XVIII), basicamente em face da forma de aquisição e do exercício do poder. BOBBIO¹² afirma que:

“o primado do direito (ius) sobre a obrigação é um traço característico do direito romano, tal como este foi elaborado pelos juristas da época clássica. Mas trata-se, como qualquer um pode comprovar por si, de direitos que competem ao indivíduo como sujeito econômico, como titular de direitos sobre as coisas e como capaz de intercambiar bens com outros sujeitos econômicos dotados da mesma capacidade. A inflexão a que me referi, e que serve como fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem, ocorre quando este reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de Direito”.

No Estado de Direito – tanto na versão de Estado Legislativo de Direito, como no de Estado Constitucional de Direito - , o exercício do poder já não pode mais se fazer de forma absoluta e arbitrária, senão em obediência ao jurídico, em consagração ao princípio da legalidade. O poder é exercido em conformidade com a lei - de características genéricas e abstratas que representam a vontade geral – e nos limites da lei.

O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos¹³. Num primeiro momento, entretanto, quando se caracterizou como Estado Legislativo de Direito, apenas supera o absolutismo monárquico. Há a transformação do súdito, que basicamente só tinha obrigações (mesmo no chamado Despotismo Ilustrado), para o cidadão, sujeito de direito. Nascem os direitos de liberdade - as chamadas liberdades

¹² BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 61.

¹³ BOBBIO, A Era dos Direitos....., p. 61.

negativas – e os Direitos de Igualdade com uma conotação apenas formal, em consagração ao princípio da legalidade - “igualdade perante a lei” –¹⁴.

Essa nova forma de organização estatal – que caracteriza o Estado Burguês-liberal clássico - representa um avanço, na medida em que cria limites ao poder do soberano. Entretanto o estabelecimento do chamado “Estado de Leis” gera uma nítida confusão entre direito e lei, preponderantemente em face da influência do positivismo jurídico¹⁵ então dominante.

Na evolução dos fatos percebe-se que é justamente com a imposição de limites ao poder estatal, principalmente com os chamados direitos de liberdade ou de liberdade negativa - que podem ser resumidos na máxima de que *“tudo que não é proibido é permitido”*, que a burguesia passa à condição de classe dominante, utilizando-se do Direito como forma, também, de manutenção do Poder. Com o liberalismo há prevalência da liberdade sobre a igualdade, eis que esta tem uma conotação meramente formal e não substancial.

Assim, a relação entre liberdade e igualdade passa a representar verdadeiro dilema, tanto no âmbito da Teoria Política quanto no âmbito da Teoria

¹⁴ Conforme lembra SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 1992, pp.195-196, *“A afirmação do Art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direitos. Mas aí firmara a igualdade jurídica e formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, porque fundada numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea”*.

¹⁵ BOBBIO, Norberto, O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito, São Paulo: Ícone, 1995, p. 15, lembra que não se pode confundir o “positivismo jurídico” com o “positivismo filosófico” quando afirma que *“A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquele ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução ‘direito positivo’ contraposta àquela de ‘direito natural’.”*

do Direito. Conforme aponta BOBBIO¹⁶, a situação se caracteriza, no mínimo, como parcialmente antitética.

“ ... o liberalismo é uma doutrina só parcialmente igualitária : entre as liberdades protegidas inclui-se também, em geral, a liberdade de possuir e de acumular, sem limites e a título privado, bens econômicos, assim como a liberdade de empreender operações econômicas (a chamada liberdade de iniciativa econômica), liberdades das quais se originaram e continuam a originar as grandes desigualdades sociais nas sociedades capitalistas mais avançadas e entre as sociedades economicamente mais desenvolvidas e as do Terceiro Mundo. (.....) Liberalismo e igualitarismo deitam suas raízes em concepções de sociedades profundamente diversas : individualista, conflitualista e pluralista, no caso do liberalismo; totalizante, harmônica e monista, no caso do igualitarismo. Para o liberal, a finalidade principal é a expansão da personalidade individual, abstratamente considerada como um valor em si; para o igualitário essa finalidade é o desenvolvimento harmonioso da comunidade.”.

No entanto, ainda BOBBIO¹⁷, indica um ponto ótimo ou ideal de entrosamento na relação entre esses dois valores.

“Os dois valores da liberdade e da igualdade remetem um ao outro no pensamento político na história. Ambos se enraizaram na consideração do homem como pessoa. Ambos pertencem à determinação do conceito de pessoa humana, como ser que se distingue ou pretende se distinguir de todos os outros seres vivos. Liberdade indica um estado; igualdade, uma relação. O homem como pessoa – ou para ser considerado como pessoa – deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade. (...) Afirmar a liberdade e a igualdade como valores significa que elas são, respectivamente, um estado do indivíduo e uma relação entre indivíduos desejáveis de um modo geral.”.

¹⁶ BOBBIO, Norberto, *Igualdade e Liberdade*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 42.

¹⁷ BOBBIO, Norberto, *Igualdade*, p.7 .

A realidade demonstra, contudo, que, na formação e estruturação das diversas sociedades modernas, a prevalência da liberdade nem sempre implica implementação da igualdade¹⁸.

Consequentemente o Estado de Direito Liberal Clássico - que se fundamenta nos direitos de liberdade - passa a sofrer a pressão de grupos sociais que continuaram na condição de excluídos do processo de distribuição de riquezas. Começa-se a fundamentar as bases do chamado Estado Social (Welfare State) a partir das doutrinas Socialistas, com a busca de incorporação dos direitos de igualdade ou direitos sociais, ao corpo de direitos fundamentais.

A crise do Estado Legislativo de Direito representa a crise da Lei e do Direito como mecanismos de regulamentação e programação social. Estão na base dessa situação as experiências práticas de exercício totalitário do poder, ainda que formalmente legal, o caráter conflitivo da realidade social e a ausência da propalada neutralidade do direito¹⁹. Cabe acrescentar que a crise da Lei e do

¹⁸ MERQUIOR, José Guilherme, *O Liberalismo – Antigo e Moderno*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 223, lembra que “*Na medida em que a investida neoliberal significa um regresso ao liberalismo, senão ao laissez faire, esta parece estar muito bem entrincheirada numa época de liberalização corrente, como se tornou a nossa. No entanto, como os gloriosos acontecimentos da Europa oriental em 1989 tornaram espantosamente claro, a vontade contemporânea de liberdade é um movimento amplo e parece valorizar a liberdade civil e política tanto quanto mais altos padrões de vida dependentes de grandes influxos de liberdade econômica. Nem o surto ou renascimento de mais liberdades econômicas – a tendência liberista – significam o dobre de finados para impulsos igualitários, seja no campo da argumentação ou na prática. Como foi observado por alguns distintos sociólogos como Aron ou Dahrendorf, a nossa sociedade permanece caracterizada por uma dialética contínua, embora cambiante, entre o crescimento da liberdade e o ímpeto na direção a uma maior igualdade – e disso a liberdade parece emergir mais forte do que enfraquecida*”.

¹⁹ PEÑA FREIRE, Antonio Manoel, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid: Trotta, 1997, p. 56.

Direito também tem fundamento em uma noção estreita de um positivismo jurídico identificado apenas como ciência da legislação positiva.²⁰

É que o Estado Legislativo de Direito não consegue assegurar e garantir os valores essenciais do ordenamento instituído, uma vez que a lei se constitui em instrumento cujo conteúdo se torna disponível à vontade do Estado (na verdade do Governo). Verifica-se que aquele avanço do Estado de Direito, no sentido da delimitação e limitação do Poder pelo Direito, perde muito da sua substância, passando este a se constituir em um aparato de manutenção e de justificação do Poder. Do esgotamento do Estado Legislativo de Direito advém a necessidade de construção de uma nova ordem a partir da noção de Estado Constitucional de Direito.

A construção do Estado Constitucional de Direito se estabelece fundamentalmente sobre as noções do caráter normativo e vinculante das Constituições. A noção e as características do Estado Constitucional de Direito serão abordadas e aprofundadas no título seguinte.

²⁰ ZAGREBELSKI, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley derechos e justicia*, Madrid: Trotta, 1995, p. 33, assim se refere a esta situação " *Una 'ciencia del derecho' reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo (...). Pero esta vocación de la ciencia del derecho es la que há sido mantenida por el positivismo acrítico en el curso del siglo XIX – aun cuando existe distancia entre esta representación de la realidad y da realidad misma – y todavía hoy suele estar presente, como un residuo, en la opinión que, por lo general inconscientemente, tienen de sí mismos los juristas prácticos (sobre todo los jueces). Pero es un residuo*

1.3- O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Trata-se do estabelecimento de um plano de juridicidade superior e indisponível que vincula todos os Poderes do Estado – e também os Poderes privados -, superando aquela noção de juridicidade frágil que até então era característica das normas constitucionais do Estado Liberal Clássico.²¹ Ratificando este conceito, CADEMARTORI afirma que “... os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais – pelo menos em condições de normalidade – e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída.”²²

A Constituição - antes admitida como texto essencialmente político ou como Carta Política ou Carta de Princípios - passa a ser admitida como a medula do ordenamento jurídico, irradiando sua força vinculante para todos os poderes. Deixa de ser norma de natureza política para se converter em norma jurídica. Não pode ser reduzida a um catálogo de promessas e intenções, cujo cumprimento possa ficar ao alvedrio dos titulares do poder político. A Constituição é a norma fundamental do Estado e também da Sociedade.²³⁻²⁴

que sólo se explica por la fuerza de la tradición. El Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental”.

²¹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, Op. Cit. p. 59, afirma que “El constitucionalismo de este siglo no es sino un intento de superar esta debilidad estructural de lo jurídico. La afirmación del carácter jurídico e inmediatamente vinculante de la constitución, su rigidez y la cualificación de determinados referentes jurídicos, como son los derechos fundamentales, vinculantes a todo poder, son ejemplo de este proceso”.

²² CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 28.

²³ LEDUR, José Felipe, A Realização do Direito ao Trabalho, Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 62.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 1999, p. 84, faz oportuna indagação sobre qual o “referente da Constituição” – O Estado ou a Sociedade ? – argumentando que já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16, referia a uma constituição da Sociedade “ A sociedade ‘tem’ uma constituição; a constituição é a

Evidentemente que não pode haver uma mera mudança no sentido da troca de referencial, ou seja, uma simples substituição da norma infraconstitucional pela norma constitucional. Tal atitude implica a possibilidade de se repetir a mesma situação que terminou por marcar a crise da Lei e do Direito e, conseqüentemente, do Estado Legislativo de Direito. Por outro lado, se o cerne da discussão está basicamente na limitação do Poder pelo Direito, poder-se-ia indagar, também, sobre a possibilidade de sucesso dessa mudança, eis que tais limites seriam impostos justamente pelos detentores daquele, conforme adverte PEÑA FREIRE²⁵, o que tornaria inócuo e sem qualquer efetividade o estabelecimento de limites jurídicos ao poder.

Essa mudança da concepção de Direito passa, necessariamente, pela modificação das relações existentes entre a Lei e o Estado e a Lei e os cidadãos. Questiona-se o princípio da legalidade – pilar do Estado de Direito – que já não comporta uma leitura tão liberal que, em linha de princípio, estabelece a liberdade do particular e a limitação ao poder do Estado. No que se refere ao particular, deve-se estar atento que, no Estado Constitucional da atualidade, a par da liberdade característica das liberdades individuais, há uma atuação estatal conformadora da autonomia privada e voltada para fins coletivos e sociais (função social da propriedade, por exemplo). Em determinados setores o princípio da liberdade geral é substituído por proibições gerais, com permissões para casos excepcionais (situações relacionadas com o meio ambiente, por exemplo). Quanto aos poderes

constituição da sociedade. Isto significava que nos esquemas políticos oitocentistas a constituição aspirava a ser um 'corpo jurídico' de regras aplicáveis ao corpo social.", sendo que apenas no início do século XIX é que a constituição passa a ter como referente o Estado e não a sociedade".

²⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, Op. cit. 60.

públicos, percebe-se que, malgrado a exigência de vinculação e regulamentação legal para a posse e o exercício do poder, há certa pulverização deste vínculo na medida em que o aparato estatal se tornou tão complexo para a gestão dos interesses públicos que não há possibilidade de a lei prever todas as situações do agir estatal, estabelecendo-se certa autonomia funcional da administração.²⁶ Assim, sem que haja propriamente uma inversão da *autonomia privada* para uma *autonomia da administração*, percebe-se certa flexibilidade na definição de uma e de outra.²⁷ Trata-se, em resumo, da submissão do público e do privado ao Estado Constitucional de Direito.

Outra característica própria do Estado Constitucional de Direito está também na função unificadora – princípio de constitucionalidade²⁸- da Constituição²⁹. No Estado democrático e pluralista, a tensão de forças políticas e sociais se estabelece como prática quotidiana para a defesa de determinados interesses de classes. A Lei já não pode representar a expressão de uma sociedade política harmônica e coerente, uma vez que seu conteúdo fica condicionado a determinados acertos de maiorias legislativas ocasionais e oportunistas - cada vez mais freqüentes -. Ainda que a Lei se constitua em fonte

²⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo, Op. cit. p. 34 e seguintes.

²⁷ Conforme ZAGREBELSKI, Gustavo, Op. cit. pp. 33-34 *"La importancia de la transformación debe inducir a pensar nun auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración. (.....) Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente la concepción del derecho"*.

²⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo, Op. cit. p. 37 e seguintes.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit. p. 1334, por sua vez, faz referência, em relação à Constituição portuguesa, a cinco principais funções da "Constituição de 1976": (1) função de revelação de consensos

estatal de Direito por excelência, há uma multiplicidade de fontes e até de ordenamentos paralelos que por vezes desafiam a unidade do ordenamento jurídico estatal.

A função unificadora da Constituição, que não se esgota apenas no aspecto acima citado, pode ser entendida como uma tentativa de harmonizar e condicionar - mediante a previsão de um plano de juridicidade superior e vinculativo de todos os poderes públicos e privados - a produção do direito em uma sociedade heterogênea e pluralista, inclusive com o estabelecimento de mecanismos que inviabilizem ou dificultem a disponibilidade do conteúdo da norma.³⁰ É nesse contexto que se justifica toda a teorização do Constitucionalismo sobre Constituição em sentido formal³¹ e material³²⁻³³, rigidez³⁴ e supremacia da Constituição.³⁵

fundamentais; (2) função de legitimação da ordem política; (3) função de garantia e de proteção; (4) função de organização do poder político e (5) função de ordem e ordenação.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit. p. 39 e seguintes.

³¹ Sem que haja perfeita sintonia na doutrina quanto ao conceito de Constituição em sentido formal, convém lembrar KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 247-8, na seguinte passagem, *"Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como 'Constituição que - como Constituição escrita - não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual."* SILVA, José Afonso da, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, São Paulo: Malheiros, p. 40, quando afirma, com base em KELSEN, que Constituição em sentido formal é *".. a peculiar forma de existir do Estado, reduzida, sob forma escrita, a um ou mais documentos solenemente estabelecidos pelo poder constituinte e somente modificáveis por processos e formalidades especiais previstos no texto constitucional"*. É em Afonso Silva, ainda, que se verifica o conceito de PINTO FERREIRA, com certa diferença, quando afirma que *"É a totalidade de preceitos jurídicos fundamentais delimitados por escrito pelo poder constituinte"*. O primeiro conceito soma à "forma escrita" a noção de rigidez (dificuldade para as modificações), enquanto que o segundo conceito apenas se limita a considerar como formalmente constitucional todas as normas insertas na Constituição.

³² A noção de Constituição em sentido material, ainda que em contraponto com seu sentido formal, admite variadas interpretações: Em KELSEN, Teoria Pura, p.247 *" a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das*

JORGE MIRANDA³⁶ diz que:

“(...) a rigidez constitucional revela-se um corolário natural, histórica (embora não logicamente) decorrente da adoção de uma Constituição em sentido formal. A força jurídica das normas constitucionais liga-se a um modo especial de produção e as dificuldades postas à aprovação de uma nova norma constitucional impedem que a Constituição possa ser alterada em quaisquer circunstâncias, sob pressão de certos acontecimentos, ou que possa ser afetada por qualquer oscilação ou inversão da situação política.”

Quanto à advertência feita sobre a possibilidade de inocuidade e inefetividade dos limites jurídicos ao poder, convém trazer à lume a resposta de CADEMARTORI³⁷, com base em PEÑA FREIRE³⁸, quando diz que:

“... Impugnar a garantia jurídica na sua totalidade, por entendê-la ineficaz em casos extremos, é incorrer numa falácia de generalização apressada, isto é, generalizar uma conclusão pontual e somente válida sob condições nas quais se extrai, mas não necessariamente sob outras condições. Com

normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de acto de um ou de vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, mediante ato legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição ‘escrita’, para distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária.” SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional, p. 42) diz que “A Constituição material é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não em um documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Neste caso, a constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional.”

³³ DINIZ, Maria Helena, Norma Constitucional e Seus Efeitos, São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 11-12, afirma que “A maioria dos autores invertem tais acepções, designando de Constituição formal o que Hans Kelsen considera Constituição em sentido material e vice-versa. Contudo, parece-nos que a distinção kelseniana atende mais a realidade, além de primar pela didática.”

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit. p. 989, ao referir-se sobre a rigidez constitucional da Constituição Portuguesa de 1976, afirma que “Da leitura do artigo 284 e ss. Conclui-se que a Constituição é do tipo rígido, pois exige para a sua modificação um processo agravado em relação ao processo de formação das leis ordinárias. Todavia, ao contrário do que muitas vezes se afirma, não é a existência de um processo de revisão estabelecido de exigências específicas para a modificação da Constituição que caracteriza a rigidez da Constituição. Este carácter deve procurar-se antes, em sede do poder constituinte. As normas de revisão não são o fundamento da rigidez da Constituição mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte. Esta escolha de um processo agravado de revisão, impedindo a livre modificação da lei fundamental pelo legislador ordinário (constituição flexível), considera-se uma **garantia da Constituição**. O processo agravado de revisão é, por sua vez, um instrumento dessa garantia – a rigidez constitucional é um limite absoluto ao poder de revisão, assegurado, dessa forma, a relativa estabilidade da Constituição.”

³⁵ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional, pp. 46-47, afirma que “A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político’”

³⁶ Apud NALINI, José Renato, Constituição e Estado Democrático, São Paulo: FDT, p. 36.

³⁷ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 31.

³⁸ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, Op. cit. p. 62.

efeito, concluir que a garantia constitucional é ineficaz em todos os casos somente porque o é em determinadas circunstâncias – por exemplo perante um poder violento expandido, é generalizar uma conclusão parcial e contextualizada e deduzir a desnecessidade da insuficiência”.

Se uma norma constitucional nunca poderá ser totalmente eficaz, também é certo que a referida norma também não será completamente ineficaz. A efetividade dos limites impostos pela Constituição ser valorada dentro de seu contexto, no conjunto de referenciais e de significados que lhe dão sentido. É sob esse enfoque que o limite constitucional pode representar um expediente válido para a limitação do Poder.³⁹

Por outro lado, a efetividade de tais limites somente poderá ser alcançada a partir do que PEÑA FREIRE⁴⁰ denomina de *garantia material* e FERRAJOLI⁴¹ de *garantia social*, ou seja, a assimilação do sentimento de que cada um tem de seus próprios direitos, de sua identidade e dignidade como cidadão, de onde deriva sua disposição para a luta na defesa e na realização dos direitos vitais próprios e alheios, individuais ou coletivos⁴².

Os conceitos mencionados até então se encontram e entrelaçam para dar suporte, em última análise, à supremacia jurídica da Constituição que corporifica o caráter vinculante a todos os poderes e o estabelecimento de um referencial jurídico superior para determinadas categoria jurídicas, tais como os chamados

³⁹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, Op. cit. p. 62.

⁴⁰ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, Op. cit. p. 61.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, Madrid: Trotta, 1998, p. 944.

⁴² Esta noção de assimilação do sentimento de luta pela defesa e realização dos direitos próprios e alheios é buscada por FERRAJOLI em JHERING, conforme admite o autor (p. 944). Neste sentido JHERING, Rudolf von, A luta pelo Direito, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980, p. 64, afirma que “a luta pelo direito é um dever do indivíduo para consigo mesmo. (...) a defesa do direito constitui um dever para com a comunidade.”

direitos fundamentais. Nesse sentido, diz CADEMARTORI⁴³ que *“Afirma-se, em conseqüência, que a forma constitucional cria um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político (que Ferrajoli chama de esfera do indecidível): a sua própria forma de exercício – submetida ao Direito, democrática, de garantia – e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais”*⁴⁴.

O Estado Constitucional de Direito, dessa forma, representa a vinculação de todos os poderes ao conteúdo da Constituição em seus vários aspectos, quer do ponto de vista jurídico-normativo, quer do ponto de vista axiológico, principalmente no que se refere aos chamados direitos fundamentais.

Conforme bem argumenta e sintetiza CADEMARTORI⁴⁵:

“Esse panorama evidencia que a culminação do processo de racionalização da dominação, mais o triunfo da idéia política de democracia representativa – cujo processo de consolidação é mais ou menos coetâneo – dá lugar ao nascimento daquela forma política que é conhecida hoje como ‘Estado Democrático de Direito’, que tem como característica a constitucionalização de Direitos naturais estampados em diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes.”

⁴³ CADEMARTORI, Sérgio, Op. cit. p. 29.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, O Direito como Sistema de Garantias. “in” OLIVEIRA JR, José Alcebiades, O novo em Direito e Política, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89 e seguintes, explica que *“ Deste modo, os direitos fundamentais configuram-se como outros tantos vínculos substanciais impostos à democracia política : vínculos negativos, os gerados pelos direitos de liberdade, que nenhuma maioria pode violar; vínculos positivos, gerados pelos direitos sociais, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. E a democracia política, como de resto o mercado, acaba por identificar-se com a esfera do decidível, por eles delimitada e vinculada. Nenhuma maioria, nem sequer a unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social. Os direitos fundamentais, precisamente porque igualmente garantidos a todos e subtraídos à disponibilidade do mercado e da política, formam a esfera do indecidível que e do indecidível que não; e operam como fatores não só de legitimação, mas também, e sobretudo, de deslegitimação das decisões ou das não-decisões.”* Vide, também, FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías. La ley dei más Débil, Madrid: Trotta, 1999, p. 24 e seguintes.

⁴⁵ CADEMARTORI, Sérgio, Op. cit. p. 32.

A relação - que será examinada no título seguinte - entre os direitos fundamentais, as declarações de direitos e a Constituição representam, pois, a base do Estado Constitucional de Direito, que também deverá corresponder a um Estado Democrático de Direito.

1.4 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS E A CONSTITUIÇÃO

Não se pode fazer um estudo dos Direitos Fundamentais sem mencionar a existência das chamadas Declarações de Direitos e da Constituição como parte do processo de positivação e de constitucionalização daqueles no curso do tempo.

Direitos Fundamentais⁴⁶⁻⁴⁷⁻⁴⁸ podem ser entendidos como direitos ou situações jurídicas positivadas no ordenamento jurídico, destinados a assegurar a

⁴⁶ A expressão "Direitos Fundamentais" é utilizada em todo o trabalho com o mesmo significado de "Direitos Fundamentais da Pessoa Humana". Neste sentido SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional São Paulo: Malheiros, 1992, pp. 161-164, faz um apanhado das expressões utilizadas, desde "Direitos Naturais", "Direitos Humanos", "Direitos do Homem", "Direitos Individuais", "Direitos Públicos Subjetivos", "Liberdades Fundamentais", "Liberdades Públicas" e "Direitos Fundamentais do Homem" e, após identificar objeções e insuficiências conceituais, opta pela expressão "Direitos Fundamentais do Homem" identificando-a com "Direitos Fundamentais da Pessoa Humana" ou com "Direitos Humanos Fundamentais".; A expressão "Direitos Humanos Fundamentais" é utilizada como título de um livro de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, São Paulo: Saraiva, 1998.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 514, indaga se "Podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?" afirmando que "Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães."

⁴⁸ Vide, também, PECES-BARBA, Gregório, Curso de Derechos Fundamentales- Teoría General, Madrid: Universidade Carlos III, 1999, pp. 21-38; CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 369-373; e MORAES, Guilherme Braga Peña de, - Dos Direitos

dignidade da pessoa humana, tanto na esfera de sua individualidade, quanto na esfera de suas relações.

FERRAJOLI⁴⁹ propõe uma definição teórica puramente formal ou estrutural, de Direitos Fundamentais nos seguintes termos: “ *son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de **status** de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*”⁵⁰ Essa definição formal conduz para o raciocínio de que menos importa o conteúdo dos direitos fundamentais – que historicamente tem sido mais ou menos extenso – do que o caráter universal de sua imputação, ou seja, da possibilidade de fruição de direitos a todas as pessoas físicas enquanto tais, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de trabalhar.⁵¹⁻⁵²

Fundamentais – Contribuição para uma teoria, São Paulo: LTr, 1997, pp. 139 e seguinte-, onde enumeram conceitos afins e distinções entre “direitos fundamentais”, “direitos Humanos”, “direitos do Homem”, “direitos fundamentais do Homem”, “direitos do cidadão”, “direitos originários ou primitivos”, “direitos civis ou liberdades civis”, “direitos dos povos”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos da personalidade”, “situações funcionais”, “interesses difusos”, “garantias constitucionais”, “remédios constitucionais”, “direitos adquiridos” e “deveres fundamentais”.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías – La ley dei más débil*, Madrid: Trotta, 1999, p. 36. Complementando a idéia afirma que “*Entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status ia condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.*” Registre-se que afirma uma definição teórica no sentido de que, mesmo estipulada em relação a direitos fundamentais positivados em constituições/leis, prescindem desta circunstância para se firmarem como tal, em oposição a uma definição dogmática, ou seja, relacionada com uma ou outra Constituição especificamente e de forma fechada.

⁵⁰ “são direitos todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalhar”.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, p. 36.

⁵² Vide FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*....., pp. 42-65, onde há o desenvolvimento de quatro teses, a partir daquela definição formal de direitos fundamentais, “*para una teoría de la democracia constitucional*”, resumidamente nos seguintes termos: (1) A existência de uma radical diferença estrutural entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais; (2) Os direitos fundamentais como dimensão substancial da democracia; (3) A natureza supranacional dos direitos fundamentais com uma abrangência de titularidade maior do que apenas em relação aos cidadãos e (4) A relação entre direitos e garantias, estabelecendo como garantias primárias aquelas que impõem obrigações e proibições em relação às expectativas e como garantias secundárias aquelas destinadas à reparação de lesões aos direitos.

Ao conceituar Direitos Fundamentais, SILVA⁵³ afirma que tal expressão se constitui como mais adequada por que:

“... 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 jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.”

CADEMARTORI⁵⁴ aponta as seguintes características dos atualmente conhecidos direitos fundamentais: a) são prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado; b) têm uma concepção individualista; c) são direitos históricos; d) são consensuais e universais⁵⁵; e) são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis; f) são Direitos inclusivos e não *“excludendi alios”*.

Mesmo utilizando-se a expressão Direitos Fundamentais para designar, em sentido lato, todas as demais expressões, inclusive Direitos Humanos, convém registrar que esta última expressão é geralmente utilizada *“em documentos internacionais”*⁵⁶, cujo conteúdo assume mais uma conotação de cunho moral, enquanto que a primeira é entendida como *“direitos jurídico-positivamente*

⁵³ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional, pp. 163-164.

⁵⁴ CADEMARTORI, Sérgio, Op. cit. pp. 33 e seguintes.

⁵⁵ Sobre o aspecto do consenso e da universalidade atribuída aos “Direitos Humanos” a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, é oportuna a leitura de ALVES, J. A. Lindgren, “in” Cidadania e Justiça – Direitos Humanos : 50 anos depois - ano 2, número 5, 2º semestre/98, Associação dos Magistrados Brasileiro – AMB, quando afirma, em síntese, que não houve nem consenso e nem universalidade na instituição da Declaração, em 1948, quer pelo fato de não ter havido unanimidade na aprovação (46 x 0, mas com oito abstenções), quer pelo fato de haver apenas 56 países na composição da ONU, sendo que tal situação somente veio a ocorrer de forma “mais significativa” na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena no ano de 1993, agora sim com aprovação consensual e irrestrita.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional, p. 162.

*vigentes numa ordem constitucional*⁵⁷, ou seja, como normas jurídicas vinculantes. Direitos humanos se constituem em faculdades e instituições de Direito Natural, que concretizam exigências básicas de liberdade, dignidade, igualdades humanas, em um determinado tempo e lugar, geralmente positivados em Declarações de Direitos no plano internacional. Já os Direitos Fundamentais se constituem em direitos humanos reconhecidos e garantidos pela Constituição no âmbito nacional.⁵⁸ *“Os Direitos Humanos constituem uma categoria prévia, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, que, por sua vez, consistem em uma classe descritiva dos direitos humanos.”*⁵⁹

MORAES⁶⁰ aponta três razões para fundamentar a preferência pela expressão Direitos Fundamentais: (1) a relação direta e imediata com a Constituição - fundamento da ordem jurídica nacional onde tais direitos são elencados; (2) a neutralidade da expressão; (3) a insuficiência da concepção clássica dos direitos no sentido apenas das liberdades individuais oponíveis ao Estado. Nesse sentido CANOTILHO⁶¹ fala em *“positivação”, “constitucionalização”* e *“fundamentalização”* dos direitos. Positivação dos Direitos Fundamentais, no sentido de inserção de direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo no ordenamento jurídico pela via qualificada da Constituição. Constitucionalização, no sentido da incorporação dos direitos fundamentais ao texto constitucional, de maneira a retirar, do legislador ordinário, a disponibilidade de seu reconhecimento e garantia; tal característica

⁵⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit. p. 353.

⁵⁸ MORAES, Guilherme Braga Peña de, Op. Cit. p. 140.

⁵⁹ MORAES, Guilherme Braga Peña de, idem, ibidem.

⁶⁰ MORAES, Guilherme Braga Peña de, Op. cit. p. 139.

proporciona uma proteção mais efetiva desses direitos, por meio do controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos. Fundamentalização: em sentido formal - principalmente em face da constitucionalização - para significar o estabelecimento de um grau superior na ordem jurídica, uma maior estabilidade em face de procedimentos agravados de revisão, a indução de uma vinculatividade imediata de todos os poderes públicos, inclusive na fixação de parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controles daqueles poderes; em sentido material, para firmar o conteúdo dos Direitos Fundamentais como constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade, ainda que não esteja necessariamente constitucionalizado.⁶²

Na análise da evolução histórico-doutrinária e histórico-positiva dos Direitos Fundamentais⁶³, verifica-se que, na Antigüidade - primeiro momento histórico - não há qualquer reconhecimento desses direitos, principalmente em face da noção de Estado e de cidadão então dominantes⁶⁴. Somente a partir da Idade Média - segundo momento histórico -, com a Magna Carta (primeiro instrumento legal de limitação do poder estatal), é que se firma um marco significativo para a positivação dos Direitos Fundamentais. O terceiro momento histórico (a contar de 1453), marcado pelo Estado Absolutista, apenas implementa o reconhecimento

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit. pp. 353 e seguintes.

⁶² Neste sentido, também, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantias...*, p. 36.

⁶³ MORAES, Guilherme Braga Peña de, Op. Cit. pp. 32 e seguintes. faz referência a seis momentos históricos na evolução da Doutrina dos Direitos Fundamentais, quais sejam : 1º momento histórico - 3.500 a.C. com o aparecimento da Escrita até 478 d.C, com a queda do Império Romano do ocidente; 2º momento histórico- de 478 d. C. até 1453, com a queda do Império Romano do oriente; 3º momento histórico - 1453 passando por 1689, 1776 até 1789, com a revolução anglo-franco-americana; 4º momento histórico - 1689, 1776 e 1789 - 1917 - com a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos; 5º momento histórico- 1917 até 1948, Declaração Universal dos Direitos Humanos; e 6º momento histórico - desde 1948.

da tolerância religiosa firmado em instrumentos resultantes da “ Paz de Augsburg” (1555) e da “Paz de Westfalia” (1648). Apenas no quarto momento histórico (período pós 1689, preponderantemente com a independência dos Estados Unidos/1776 e com a revolução Francesa/1789) é que se estabelece significativa positividade dos Direitos Fundamentais, concretizada com a formulação de diversas Declarações de Direitos – documentos ingleses e americanos, Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Trata-se então, basicamente, dos direitos de liberdade e de igualdade formal. No quinto momento histórico (a partir de 1917), com a Constituição Mexicana, verifica-se a positividade/constitucionalização de direitos fundamentais sociais - segurança, acesso à saúde e à cultura, dignidade do trabalho, entre outros – e a sedimentação/extensão de direitos políticos – sufrágio universal, - . O sexto e último momento histórico (a contar de 1948) se caracteriza pela proteção internacional dos Direitos Fundamentais motivada por dois vetores: (1) a constatação da insuficiência de resguardo desses direitos apenas pela existência de uma Constituição e (2) pela modificação da concepção tradicional de soberania que passa a admitir uma multiplicidade de interdependências estatais para o estabelecimento de uma comunidade internacional.⁶⁵

A par dessa evolução histórico-doutrinário-positiva dos Direitos Fundamentais, pode-se verificar a ocorrência de denominadas gerações⁶⁶,

⁶⁴ MORAES, Guilherme Braga Peña de, Op. cit. p. 32, afirma que “ *Na Antigüidade, independentemente do regime político adotado, não havia qualquer reconhecimento de direitos fundamentais, mediante a impossibilidade de oposição de direitos, pelo indivíduo, a um Estado dotado de totais poderes.*”

⁶⁵ MORAES, Guilherme Braga Peña de, Op. Cit. pp. 32 e seguintes.

⁶⁶ Toma-se aqui, basicamente, a referência de BOBBIO na obra *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 69, quando afirma as duas direções assumidas em relação aos “direitos do homem” após o término da guerra : uma em relação a sua “universalização” e outra em relação a sua “multiplicação”.

gestações⁶⁷ ou dimensões⁶⁸⁻⁶⁹ de direitos. Constitui um processo sucessivo e cumulativo, tendo por base os postulados da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Contemporaneamente fala-se em direitos de primeira, segunda, terceira e também de quarta⁷⁰ e quinta⁷¹ geração, geração ou dimensão. - Numa rápida referência, pode-se fazer a seguinte caracterização: primeira geração – Direitos de Liberdade ou chamadas liberdades negativas, típicos do Estado Liberal, cuja elemento básico está na imposição de uma prestação negativa do Estado, ou seja, o Estado se obriga por um não-fazer. Aqui há apenas uma igualdade em sentido formal a fim de fundamentar o princípio da legalidade no Estado de Direito; segunda geração - Direitos de Igualdade ou direitos sociais, surgidos como base do chamado Estado Social com a imposição de uma prestação positiva, ou seja, o Estado se obriga a implementar ações positivas para a busca de uma igualdade substancial; terceira geração – Direito de Fraternidade ou direito de solidariedade, correspondendo aos direitos difusos. Trata-se do direito à paz, ao desenvolvimento,

⁶⁷ Termo utilizado por MORAES, Guilherme Braga Peña de, Op. Cit. p. 70 e seguintes.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit. pp. 362 e seguinte, afirma que a referência a "geração" de direitos tem merecido discussões e críticas sob três aspectos : 1) primeiro porque a afirmação de gerações sugere a "perda de relevância e até a substituição" dos direitos das gerações anteriores; 2) segundo em que "os direitos são de todas as gerações" e 3) terceiro porque não se trata de analisar o direito "com um suporte colectivo – o direito dos povos, o direito da humanidade -" mas sim de direitos de solidariedade, cuja dimensão já se fazia presente também nos direitos econômicos, sociais e culturais. Diz que "Precisamente por isso, preferem hoje os autores falar em três dimensões de direitos do homem e não de três gerações."

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit. p. 525, argumenta que "Força dirimir, a essa altura, um equívoco de linguagem: o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem lógica e qualitativa o termo 'geração', caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, os direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia;"

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit. p. 525 e seguinte faz referência aos direitos de quarta geração como sendo o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, afirmando que tais direitos "Compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade dos povos".

⁷¹ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de, Cidadania e Novos Direitos, O novo em Direito e Política, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 191 e seguintes, acrescenta os "direitos de manipulação genética" e

ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos e à comunicação, entre outros; quarta geração – Enquanto BONAVIDES⁷² aponta os direitos à democracia, à informação e à pluralidade, OLIVEIRA JUNIOR⁷³ identifica-os como direitos de manipulação genética; quinta geração – OLIVEIRA JUNIOR⁷⁴ classifica-os como direitos advindos da chamada realidade virtual.

Quanto às declarações de direitos, verifica-se que, se é certo que o pacto social dispensa a existência de um documento escrito, também é certo que a existência de um texto solene - tal qual a chamada Declaração de Direitos -, além da vantagem da clareza e da precisão, se constitui em documento que representa a gênese do constitucionalismo moderno e da positivação dos direitos fundamentais.

“Não é por mera coincidência que cada uma das antigas colônia inglesas da América do Norte, ao romper seus laços com a metrópole, tem o cuidado de formular desde logo a sua declaração de Direitos. Não é por capricho que essas colônias adotam declarações (a primeira, da Virgínia, em 1776), antes de estabelecer as próprias Constituições, e muito antes de se unirem pelas instituições confederativas (1781) e federativas (em 1787), com a Constituição dos Estados Unidos da América. (.....) E o mesmo ocorreu na França. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é de 1789; a primeira Constituição, de 1791.”⁷⁵⁻⁷⁶

os “direitos advindos da chamada realidade virtual” como uma espécie de direitos de quarta e quinta geração.

⁷² BONAVIDES, Paulo, Op. Cit. p. 524.

⁷³ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades, Op. Cit. pp. 192-193.

⁷⁴ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de, idem, ibidem.

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5.

⁷⁶ No contraponto é interessante o artigo do professor KATZ, Ellis, da Temple University Filadélfia, Pennsylvania, intitulado “A Declaração de Direitos dos Estados Unidos da América como uma Reflexão Constitucional Posterior”, “in” BARROS, Sérgio Resende de e ZILVETI, Fernando Aurélio, Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, São Paulo: Dialética, 1999, pp. 101-111, onde faz uma reflexão sobre a evolução da Declaração de Direitos nos Estados Unidos, cuja inclusão na Constituição de 1787 se deu mais em face de uma negociação entre federalistas e

A estreita relação entre declarações de direitos e o constitucionalismo moderno - situação típica do Século XVIII - não quer significar, à toda evidência, que antes disso inexistissem Direitos Fundamentais. É que, na Idade Média e no curso do antigo regime francês, estes direitos eram estamentais, correspondendo às ordens em que estava dividida e estratificada a sociedade e vistos mais como privilégios do que propriamente como direitos.⁷⁷ As declarações de direitos vão sinalizar para a universalização dos direitos e, ao mesmo tempo em que são fundamento também passam a se constituir em conteúdo significativo da Constituição no objetivo de positivizar os Direitos Fundamentais.

Ainda que se possam fazer necessárias referências a momentos históricos⁷⁸⁻⁷⁹ anteriores à Revolução Francesa (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) – com destaque para a elaboração da Magna Carta (1215) e para o conjunto dos demais documentos ingleses de positivação de direitos fundamentais, tais como: Petição de Direitos (1628), ato de *Habeas Corpus* (1679) e Declaração de Direitos (1689) e Declarações de Direitos das antigas

antifederalistas, quando da necessidade de ratificação pelos estados, do que por uma efetiva e convergente consciência do significado (e do que veio a significar) a Declaração de Direitos na fundação do Estado moderno. Aponta, ainda, uma significativa mudança de um conceito de direitos como as "liberdades civis", com uma conotação de natureza comunitária e com proteção através de um processo político, para um conceito de "direitos constitucionais" dos quais o judiciário se tornou encarregado da proteção de direitos insertos na Constituição e para o conceito de "direitos humanos", envolvendo a judicialização de questões políticas nas quais as cortes têm o poder de proteger os direitos em nome da "dignidade humana".

⁷⁷ CARRION, Eduardo Kroeff Machado, Apontamentos de Direito Constitucional, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 53.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto, A Era do Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28 e seguintes, identifica três fases na história da formação das Declarações de Direitos : A primeira fase "na obra dos filósofos" (desde os Estóicos, passando por Locke, Rousseau); a segunda fase representada pela "passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Nessa passagem , a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade"; a terceira fase tem início com a Declaração de 1789 "na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva".

Colônias Inglesas na América (principalmente pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em 12.06.1776) - o certo é que a expressão Constituição, tal qual entendida contemporaneamente, está umbilicalmente relacionada com esse momento histórico, em face do sentido de universalidade trazido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. É que os outros documentos, tanto ingleses quanto americanos, mesmo tendo influenciado os acontecimentos franceses, voltam-se mais para a proteção dos direitos do cidadão inglês/americano – julgamento pelo júri, participação política na assembleia, consentimento na tributação, por exemplo -, enquanto que a declaração francesa se firmou como um documento de conteúdo universal.⁸⁰ Anote-se, também, que as declarações inglesas e americanas foram concebidas empiricamente por meio de provimentos jurisdicionais, dotados de concretude e de cunho nacionalista, enquanto que a Declaração Francesa foi formulada dedutivamente, de forma escrita, dotada de abstração e de cunho universalista, uma vez que tem por destinatário o gênero humano.⁸¹

Na França, conforme lembra CARRION⁸²,

“A idéia de Constituição no sentido formal não era estranha ao Antigo Regime. Sob denominação de ‘leis fundamentais da monarquia’, normas costumeiras de caráter constitucional colocavam-se acima do legislador ordinário, o rei, que lhes devia obediência. Entretanto seu conteúdo restringia-se a poucos elementos, não significando uma verdadeira limitação ao poder monárquico”.

⁷⁹ Vide, também, MORAES, Guilherme Braga Peña de, conforme nota de rodapé 63 e 64.

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Op. Cit. p. 20.

⁸¹ MORAES, Guilherme Braga Peña de, Op. Cit. p. 43.

⁸² CARRION, Eduardo K. Machado, op. cit. pp. 13 e seguintes.

Percebe-se, então, que a Constituição, como entendida atualmente, tem sua origem em um momento histórico singular e determinado: a Revolução Francesa, e em um documento escrito e de cunho universal: a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Por fim, constata-se que a Constituição - como instituto político que impõe limites ao Poder - tem, pois, inspiração na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo Artigo 16 é assim redigido : “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. CARRION ratifica este posicionamento quando afirma que *“A Constituição surge, portanto, como um estatuto da liberdade, de defesa do cidadão e da sociedade em relação às investidas do poder. Este, o seu profundo significado histórico.”*⁸³

Mesmo que se possa adotar determinado conceito de Constituição, verifica-se que não resta estabelecida uma forma inequívoca e única⁸⁴⁻⁸⁵ na doutrina, na

⁸³ CARRION, Eduardo K. Machado, op. cit. p. 16.

⁸⁴ NALINI, José Renato, *Constituição e Estado Democrático*, São Paulo: FTD, 1997, p. 27 e seguintes, faz um apanhado de formulações a partir de acepções atribuídas por doutrinadores: *“Biscaretti di Ruffia menciona Constituição como institucional, substancial, formal, instrumental, histórica e material; Palmerini designa, além destes atributos, a Constituição como Dinâmica. Hauriou separa a Constituição social da política. Heller aborda a Constituição do ponto de vista sociológico, jurídico, formal, enquanto Carl Schmitt fala em sentido absoluto, relativo, positivo e ideal. Friedrich invoca os conceitos filosófico ou totalitário, estrutural, jurídico, documental, procedimental e funcional. Sanchez Agesta separa os conceitos formal e material e subdivide este em três categoria: Constituição como norma, como decisão e como ordem concreta. Garcia-Pelayo prefere enunciá-los como Constituição racional-normativa, histórico-tradicional e sociológica. Karl Loewenstein, cujo critério é a análise ontológica da concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder, diferencia as Constituições em normativas, nominais e semânticas”*.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas...*, pp. 22-29, refere-se a Constituição em sentido sociológico, político e jurídico, indicando, respectivamente, FERDINAND LASSALE, CARL SCHMITT e HANS KELSEN como principais representantes das teorias que fundamentam aquelas definições.

medida em que depende da preeminência de determinados valores contemplados pelo doutrinador em relação a aspectos filosóficos, políticos ou ideológicos.

BONAVIDES⁸⁶ diz que o termo Constituição⁸⁷⁻⁸⁸ se faz presente na linguagem jurídica como “*uma técnica de organização do poder aparentemente neutra*” quando do surgimento do Estado moderno de inspiração liberal. Trata-se do primeiro momento do Estado de Direito onde a Constituição, a despeito de instituir uma limitação ao exercício do poder, tem um conteúdo mais ideológico, político e filosófico do que propriamente jurídico.

Evidencia-se, entretanto, mesmo na ausência de unidade de conceito, que há, no curso do tempo, uma modificação - pode-se dizer até uma evolução- na forma de conceber o que seja uma Constituição. É justamente nesse sentido que HESSE⁸⁹, em contraponto a LASSALE⁹⁰, atribui força normativa à Constituição, argumentando que a Constituição real não pode estar desconectada da Constituição jurídica, na medida em que a norma constitucional não tem existência autônoma, nem mesmo sentido, fora da realidade, ou seja, “*...a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças*

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit. p. 22.

⁸⁷ Vale aqui fazer nova referência ao que se denomina de conceito material e conceito formal de Constituição. BONAVIDES, Paulo, Op. Cit. pp. 63-64, afirma que “*Do ponto de vista material , a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência , ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição*”. Em contra partida, tem-se o conceito formal de Constituição quando “*As Constituições não raro inserem matéria de aparência constitucional. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política.*”

⁸⁸ Vide notas 31, 32, 33, 34 e 35.

⁸⁹ HESSE, Konrad, A força Normativa da Constituição, Porto Alegre: Fabris.

espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva”.⁹¹

Afirma, ainda, que:

*“Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos prejuízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional-, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de constituição (Wille zur Verfassung)”*⁹²⁻⁹³

Continuando, para este autor *“A força que institui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-a, assim, em força ativa”*⁹⁴⁻⁹⁵ a partir de pressupostos relacionados

⁹⁰ LASSALE, Ferdinand, A Essência da Constituição, Rio de Janeiro: Lumen juris, 1998.

⁹¹ LASSALE, Ferdinand, op. Cit. p. 19.

⁹² LASSALE, Ferdinand, idem, ibidem.

⁹³ HESSE, Konrad, op. Cit. p. 20, identifica três vertentes para o que chamada de “vontade de constituição”: 1) a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contrato o arbítrio; 2) na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que por isso, necessita estar em constante processo de legitimação); 3) a compreensão de que, ao contrário do que ocorre com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, ou seja, essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.

⁹⁴ HESSE, Konrad, Idem, ibidem.

⁹⁵ Verifica-se que não há qualquer referência do autor sobre a definição de “natureza das coisas”, ainda que reiteradamente utilizada no curso da obra, provavelmente pelo fato de que tal definição esteja incorporada de forma tranqüila pela cultura jurídica alemã. Tratando-se, contudo, de expressão que implica certa subjetividade, convém trazer à baila duas posições que melhor explicitam aquela definição: LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia dei Derecho, Barcelona: Ariel, 1994, p. 415, diz que, apesar de haver muitos escritos sobre tal tema, não se tem conseguido um acordo geral ou uma delimitação clara de sua definição. Admitido pelo autor como um “método de desenvolvimento judicial do direito”, diz que *“La naturaleza de la cosa es un critério teleológico-objetivo de interpretación, siempre que no se pueda suponer que el legislador haya querido desdeñarla. Sin embargo, precisamente aquí ai que tener em cuenta que aquélla permite em concreto, las más de las veces, diferentes posibilidades de regulación (....). La naturaleza de la cosa es de gran importancia em orden a la ‘ponderación de bienes em el caso particular.’”* Após trazer exemplos de

com o *conteúdo* da Constituição e com a *práxis* da vida constitucional.

Quanto ao conteúdo, ainda com base em HESSE⁹⁶, podem-se arrolar os seguintes pressupostos: 1) levar em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos, mas também o estado espiritual de seu tempo; 2) limitar-se ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais na medida em que a constitucionalização de interesses momentâneos pode implicar uma constante revisão constitucional e conseqüentemente a desvalorização de sua força normativa; 3) levar em conta os princípios e valores preponderantes de determinado momento histórico, sem, contudo, desconhecer a estrutura contrária. Quanto à *práxis*, continua o autor, podem-se estabelecer os seguintes requisitos: 1) a assimilação de todos os partícipes da vida constitucional a partir da chamada vontade de Constituição, a fim de deixar de lado os interesses momentâneos, determinados privilégios ou benefícios; 2) a busca da estabilidade da constituição evitando-se as freqüentes revisões constitucionais que, por certo abalam sua inquebrantabilidade; 3) interpretação da constituição com base no princípio da ótima concretização da norma e de uma interpretação construtiva.

juízos "conforme a natureza das coisas" pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, afirma que "*Cuando la regulación legal falsifica burdamente la naturaleza de la cosa, la jurisprudencia de los tribunales la há corregido, de vez em cuando, mediante um desarrollo dei Derecho superador de la ley.*". BOBBIO, Norberto, *O positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo: Ícone, 1995, p. 177, por sua vez, afirma que, via de regra, o conceito de natureza das coisas está umbilicalmente ligado à noções jusnaturalistas, estando sujeito às críticas sobre os fundamentos da doutrina do Direito Natural, tal qual o que denomina de "falácia naturalista" - convicção ilusória de poder retirar de um fato uma regra de conduta, ou seja, deduzir de um juízo de fato uma regra de valor -. Apresenta-se oportuno, também, a correlação que é feita entre "natureza das coisas" e "equidade", quando afirma que "*O conceito de equidade e aquele de natureza das coisas são dois conceitos paralelos e antitéticos ao mesmo tempo : paralelos porque têm a mesma função, a de fornecer uma solução a uma controvérsia na ausência de uma norma legislativa preexistente; antitéticos porque enquanto no caso da equidade a decisão se funda numa valoração subjetiva do juiz , no caso da natureza das coisas afirma-se que a solução é extraída do próprio fato que deve regular, visto que este traria em si mesmo a própria disciplina.*"

⁹⁶ HESSE, Konrad, Op. Cit. pp. 20-23.

Na doutrina portuguesa⁹⁷, MIRANDA, CANOTILHO e VITAL MOREIRA, afirmam estar superado o entendimento de Constituição como simples concentração de princípios políticos e de eficácia apenas diretiva, concretizada pelo legislador de forma mais ou menos discricionária. A Constituição, tanto social quanto política, não se limita exclusivamente à ordenação da vida estatal em sentido estrito. Assim, CANOTILHO⁹⁸ afirma que:

“A complexa articulação da ‘textura aberta’ da Constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando matéria jurídica e efetivamente as relações da vida (P. Heck), dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento (Luhmann)”.

Esse enfoque leva à constatação de que as declarações de direitos representam marco significativo na positivação dos direitos fundamentais. O seu conteúdo eminentemente político, apresenta-se primeiro como fundamento das Constituições do Estado de Direito moderno para, logo após, se converter em conteúdo significativo dessas Constituições, no sentido da positivação/constitucionalização dos direitos fundamentais. Constata-se, também, que o conteúdo das declarações de direitos, de cunho político e moral, ao fazerem parte das Constituições, adquirem *status* de natureza jurídico-normativa.⁹⁹

⁹⁷ “apud” NALINI, José Renato, Op. cit. p. 28.

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. cit. p. 101 e seguintes.

⁹⁹ Cfe. ALEXY, Robert, El concepto y la Validez del derecho, Barcelona: Gedisa, 1997, p.159 “ La Constitución no es ya sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad el Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona contenido substancial al sistema jurídico”.

Estabelecidas as vinculações necessárias entre direitos fundamentais, declarações de direitos e Constituição, como base do Estado Constitucional de Direito, convém que se analise a categoria dos Direitos Sociais, especificamente do direito ao/do trabalho, na qualidade de direitos fundamentais.

1.5 - OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO AO/DO TRABALHO

Definidos os direitos fundamentais basicamente como um conjunto de faculdades e instituições positivadas no ordenamento jurídico e voltadas à promoção de uma existência digna do ser humano - quer no âmbito de sua individualidade, quer no âmbito de suas relações - cabe situar os direitos sociais dentro desse universo. Busca-se, portanto, estabelecer sua conceituação, origens e fundamentos e, mais especificamente, analisar o Direito Social ao Trabalho.

Direitos Sociais, como categoria de direitos fundamentais, podem ser entendidos, segundo SILVA¹⁰⁰ como “ *prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade*”.

Os direitos sociais - ao contrário dos direitos de liberdade e que impunham ao Estado/Entes públicos uma obrigação negativa - alinham-se aos direitos de

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional, p. 258.

igualdade e buscam do Estado/Entes públicos obrigações positivas, a fim de tentar equalizar situações sócio-econômico-culturais desiguais. Trata-se, na linguagem que se consagrou em âmbito universal, dos chamados direitos de segunda geração¹⁰¹. Ocorre um rompimento daquela concepção de direitos individualista, advinda da Revolução Francesa, para o estabelecimento de uma concepção coletiva, inclusive porque os problemas a serem resolvidos passaram a ter uma dimensão coletiva.¹⁰²

Registre-se que, mesmo havendo críticas à expressão direitos sociais, essa denominação se firmou por estar vinculada ao momento histórico – identificado como questão social¹⁰³ – representado pelo conflito existente entre o avanço do liberalismo político/econômico e a situação de penúria da classe trabalhadora. Tal contexto, ainda que envolvendo uma ampla e complexa problemática social, teve, no movimento dos trabalhadores, um de seus significativos avanços na busca de soluções. Conforme afirma HOBBSAWM¹⁰⁴,

“Mais do que qualquer outra força, o movimento operário ajudou a romper a camisa-de-força individualista de natureza político-jurídica, que confinava os direitos humanos do tipo da Declaração francesa e da Constituição norte-americana. Compare-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que suponho ser o atual documento-padrão desta natureza, com a Carta de Direitos norte-americana. Se a Declaração das Nações Unidas inclui direitos econômicos sociais e educacionais – e ao fazê-lo aproxima-se mais de Tom Paine do

¹⁰¹ Conforme registrado na nota 66, toma-se a referência de BOBBIO, Norberto, na obra A Era dos Direitos, p. 69.

¹⁰² LEDUR, José Felipe, Op. Cit. pp. 37 e seguintes.

¹⁰³ A “questão social” identificada com o movimento dos trabalhadores será examinada de forma mais aprofundada neste mesmo capítulo logo a seguir.

¹⁰⁴ HOBBSAWM, Eric J., Mundos do Trabalho – Novos Estudos sobre a História Operária, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 426.

que de Madison -, este fato se deve primordialmente à intervenção histórica dos movimentos operários.”

Do ponto de vista da positivação/constitucionalização, verifica-se que o documento que representa o marco da inserção dos direitos sociais ao corpo dos direitos fundamentais é a Constituição Francesa de 1848¹⁰⁵⁻¹⁰⁶, quando garante, mesmo de maneira pouco consistente, a proteção do

“... cidadão na sua pessoa, sua família, sua propriedade, seu trabalho, e pôr ao alcance de cada um a instrução indispensável a todos os homens (...) por uma assistência fraternal, assegurar a existência dos cidadãos necessitados, seja procurando-lhes trabalho nos limites de seus recursos, seja dando-lhes, à falta de trabalho, socorro àqueles que estão sem condições de trabalhar”.

Estabelece, ainda, em seu Artigo 13, que o Estado garantirá a liberdade de trabalho, assim como providenciará trabalhos públicos para empregar os braços desocupados, implementará a educação básica e profissional, além de introduzir as primeiras noções de previdência social, quando propõe a assistência às crianças abandonadas, aos enfermos e aos idosos sem condições econômicas para seu sustento.¹⁰⁷

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, Op. Cit. pp. 45 e seguintes; OLVERA, Óscar Rodríguez, Teoria de los Derechos Sociales em la Constitución Abierta, Granada: Comares, 1998, p. 14 e seguintes.

¹⁰⁶ Refira-se a ressalva feita por FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, quando afirma “antecedentes” na Declaração francesa de 1793 quando nos artigos 21 – “Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, seja procurando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência aos que não têm condições de trabalhar”- e 22 – A instrução é necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo o seu poder os progressos da razão pública e pôr a instrução ao alcance de todos os cidadãos.”, bem como na Constituição Brasileira do Império (1824), artigo 179, nº 31 – “A Constituição também garante os socorros públicos” e nº 32 - “A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”; Vide, também, JUCÁ, Francisco Pedro, A Constitucionalização dos Direitos dos Trabalhadores e a Hermenêutica das Normas Infraconstitucionais, São Paulo: LTr, 1997. Verifica-se, então, que já a Constituição brasileira de 1824 fazia referência a Direitos Sociais na qualidade de direitos fundamentais positivados/constitucionalizados.

¹⁰⁷ OLVERA, Óscar Rodríguez, Op. Cit. p. 14 e seguintes., “*Em su artículo 13 proclamó la Garantía Constitucional , a los ciudadanos, de su libertad de trabajo y de industria , disponiendo también que la sociedad tenía que favorecer y fomentar el desarrollo del trabajo por la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad de relaciones entre el patrono y el obrero, las instituciones de previsión*

Contudo, é a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (1917) que vai estabelecer o primeiro documento de caráter constitucional com reconhecimento formal e material dos direitos sociais. A uma conflituosidade de natureza preponderantemente agrária, somam-se demandas de natureza social representadas por matérias de âmbito trabalhista e educacional que culminam com a primeira positivação/constitucionalização dos direitos sociais¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

A Constituição de Weimar (1919) representa o marco do Constitucionalismo Social Continental Europeu e serve de modelo para as demais constituições que foram sendo editadas na Europa, chegando a influenciar, também, a Constituição brasileira de 1934. O sentido social se faz presente a partir do conteúdo de vários artigos: (Art. 153) “A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral”; (Art.155) a repartição das terras; (Art.156) possibilidade de socialização de empresas; (Art.157) a proteção ao trabalho; (Art.159) o direito de sindicalização; (Art.161) a previdência social e (Art.165) a co-gestão das empresas.¹¹⁰ Assim, a Constituição de Weimar representa um momento histórico e institucional de

y de crédito, las instituciones agrícolas, las asociaciones voluntarias y el establecimiento por el Estado, los departamentos y los municipios de obras públicas adecuadas para emplear los brazos desocupados; además de proporcionar la asistencia a los niños abandonados, a los enfermos y a los ancianos sin medios económicos con imposibilidad de que sus familias los pudieran socorrer.”

¹⁰⁸ OLVERA, Óscar Rodríguez, Op. Cit. p. 18 e seguinte. “En la historia del constitucionalismo continental europeo fue la Constitución de Weimar la que inició el proceso de positivación expresa, con su capítulo económico y social, amplia y detallada de esos derechos, lo cual no significa que haya sido la primera Constitución en hacerlo, pues la que innovó en este concepto fue la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 aún vigente.”

¹⁰⁹ Anote-se que o próprio OLVERA, Óscar Rodríguez, registra que CASCAJO CASTRO refere que o primeiro documento constitucional a reconhecer a positivação dos direitos sociais seria a Constituição de Weimar; FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, também discorda da afirmação de OLVERA ao dizer que “Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo no âmbito da América Latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (título VI);” Estamos com aqueles que têm a Constituição Mexicana como o marco de positivação/constitucionalização dos direitos sociais na medida em que se trata de um marco cronológico, não necessariamente vinculado a eventual repercussão internacional.

conciliação entre os velhos princípios liberais e a nova ordem social que se estabelece a partir da segunda década do século XX.¹¹¹

Constata-se que os direitos de liberdade foram inicialmente positivados por declarações e por documentos de âmbito internacional para depois integrarem os textos das constituições nacionais. Verifica-se, por outro lado, que em relação aos direitos sociais, de maneira geral, a situação se deu em sentido contrário tanto que o primeiro documento internacional de reconhecimento de direitos humanos de conteúdo social foi elaborado pela a OIT (Organização Internacional do Trabalho), cujo texto se encontra na parte XIII do Tratado de Paz de Versalles, de 1919. Foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é que o processo sócio-constitucional se fortaleceu e, a partir daí se generalizou para atingir um âmbito supranacional. Seguem-se a edição de outros documentos, tais como: A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta Social Européia (1961), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)¹¹²⁻¹¹³.

Contemporaneamente os direitos sociais devem ser entendidos desde uma noção de Estado como instrumento social e com deveres fundamentais - tanto negativos quanto positivos - para a implementação dos direitos do homem

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, Op. Cit. pp. 48 e seguintes.

¹¹¹ OLVERA, Óscar Rodríguez, Op. Cit. p. 21.

¹¹² OLVERA, Óscar Rodríguez, Op. Cit. pp. 22 e seguintes.

¹¹³ OLVERA, Óscar Rodríguez, op. cit. p. 23, diz que "... el Pacto Internacional de 1966, en vigor a partir de 1976, que en conjunto con los demás documentos, incluyendo la Carta de las Naciones Unidas de 1945, influyeron para que en los ámbitos estatales se iniciara o ampliara el reconocimiento y protección de los derechos sociales."

contextualizado, cuja titularidade é tanto individual quanto coletiva. Tais direitos, com uma tendência universalista, se voltam para a garantia de um piso social básico.¹¹⁴ Trata-se pois: a) de uma concepção de Estado que deve ter uma postura tanto de abstenção como de intervenção; b) de uma mudança da concepção de generalidade e de abstração para uma concepção do homem contextualizado, ou seja, do reconhecimento de direitos à pessoa humana como trabalhador, mulher, criança, idoso, consumidor e outros; c) do reconhecimento e entrecruzamento de direitos que servem tanto ao grupo quanto ao indivíduo; d) do reconhecimento da necessidade de garantia de um piso social básico que ultrapasse a mera necessidade biológica, a fim de qualificar e dignificar a existência da pessoa humana; e) do reconhecimento, tal qual em relação aos demais direitos fundamentais, de uma tendência e de um potencial universalista.

Cabe ressaltar que, mesmo apresentando-se como óbvia a conclusão de que os direitos sociais são efetivamente direitos fundamentais - tanto que a Constituição da República Federativa do Brasil reserva título e capítulo expresso e específico para isso - (Título II, Capítulo II) - não pode deixar de ser mencionada a existência de doutrina contrária a essa concepção, restando dificultada, ainda hoje, a efetividade destes direitos sociais.

¹¹⁴ OLVERA, Óscar Rodríguez, Op.cit. pp. 256 e seguintes.

Nesse sentido, conforme bem lembra LEDUR ¹¹⁵, com base em PECES-BARBA e PERES LUÑO:

“Os Direitos econômicos, sociais e culturais, historicamente, tiveram mais dificuldade de se consolidar do que os direitos civis e políticos. É sabido que a incorporação destes últimos ao direito positivo, por meio de Declarações de Direitos, ocorreu com um acentuado caráter individualista, de matriz liberal. Este fato contribuiu negativamente para a afirmação dos direitos de segunda geração, na proporção em que seu conteúdo social, mobilizado para o combate às desigualdades entre as pessoas, requeria a intervenção do Estado no domínio privado.”

OLVERA¹¹⁶, a partir das concepções liberais de BÖCKENFÖRDE e STERN, afirma basicamente a existência de dois pontos básicos para o estabelecimento de uma concepção contrária aos direitos sociais como direitos fundamentais: o primeiro em face da insegurança do reconhecimento jurídico fundamentado que se pretende dar à igualdade de fato e, o segundo, devido à conflitividade que se pode gerar na devida delimitação das funções do legislador e do judiciário em questões de política social. Na base do primeiro fundamento está a existência de uma concepção pouco vigorosa da idéia de igualdade de fato, para que possa haver o reconhecimento judicial de direitos concretos à implementação dessa igualdade; também deixa transparecer uma colisão entre os princípios de igualdade de fato com o de liberdade jurídica e com o de igualdade de direito. Já o segundo fundamento traz em seu bojo a questão referente à efetiva implementação de uma política social de distribuição, onde haveria a

¹¹⁵ OLVERA, Óscar Rodríguez, op. cit. p. 38.

¹¹⁶ OLVERA, Óscar Rodríguez, Op. Cit. pp. 246 e seguintes.

necessidade de o Judiciário intervir no campo das funções típicas do legislador para determinar, com sua jurisprudência, ações estatais em tal sentido.¹¹⁷

Verifica-se, então, que os direitos sociais, malgrado a evolução doutrinária e também de posituação constitucional, gozando do mesmo *status* dos direitos de liberdade, não têm, de uma forma geral, o mesmo respaldo de efetividade. Tal fato pode ser atribuído não só a uma prevalência da matriz liberal na concepção da tutela e da efetividade dos direitos, mas também a ao reconhecimento da capacidade de mobilização social mais direta das classes alta e média (a quem serve esta base abstencionista do Estado) em detrimento da classe baixa (a quem serviria a base intervencionista do Estado).¹¹⁸ Além disso, verifica-se que a imposição de restrições - um não-fazer - para a manutenção do que já existe ou já se constituiu (direitos de liberdade e de propriedade, por exemplo) se efetua com melhores resultados - inclusive com menos recursos e com menor desgaste político - do que implementar atos que demandem compromissos positivos - um fazer - (em relação a

¹¹⁷ vide, neste sentido, a exposição de ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1997, p. 160, onde também faz referência a Böckenförde, quando estabelece as distinções entre o legalismo e o constitucionalismo, identificando estas desde “*cuatro breves formulas*”.:” (1) *norma en vez de valor*; (2) *subsunción en vez de ponderación*; (3) *independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución*; (4) *autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal*.”.

¹¹⁸ Tem-se por oportuna e atualizada a pergunta formulada por HOBBSAWM, Eric J. , op. Cit. p. 391, feita em 1977, quando indaga se “Deveriam os Pobres se Organizar ?” , apontando para uma estagnação dos chamados “movimentos de esquerda”. Diz o autor que “*Houve um tempo, talvez de meados do século XIX até meados do séculos XX, em que os movimentos de esquerda – quer se denominassem socialistas, comunistas ou sindicalistas -, como todos os que acreditavam no progresso, sabiam exatamente onde queriam chegar e, com a ajuda da histórias, exatamente que estratégias e que esforços deveriam ou precisavam empreender para alcançar seu objetivo. Agora isto não acontece mais. Sob este aspecto, é obvio que não estão sozinhos. Os capitalistas, tanto quanto os socialistas, estão igualmente perplexos em relação à compreensão de seu futuro, e da mesma forma desorientados quanto ao fracasso de seus teóricos e profetas. Os liberais se inclinam a previsões apocalípticas. A Igreja Católica, que manteve o século XIX sob controle com surpreendente sucesso, está sucumbindo visivelmente a este final do século XX. Ao final do mais extraordinário período de transformação nos assuntos humanos, os velhos pontos de referência desapareceram, os novos ainda não são reconhecidos como tais, e a aventura intelectual através da paisagem repentinamente alienada da sociedade humana torna-se extraordinariamente enigmática para todos.*”

políticas sociais que, em última análise implica produzir riqueza a ser distribuída para todos). Tanto que hoje prevalece, de forma hegemônica, um liberalismo político e econômico voltado para um Estado mínimo e de amplos espaços para o privado. Segundo FERRAJOLI¹¹⁹ “ *El paradigma constitucional nació, en efecto, únicamente con referencia a los derechos de libertad. Y no se ha desarrollado, junto a un constitucionalismo liberal, un constitucionalismo económico, político y social*”¹²⁰. Esta afirmação não significa, necessariamente, que os direitos de primeira geração sejam efetivos em uma sociedade e que os direitos de segunda geração (incluindo o Direito ao/do Trabalho) não o sejam. Constata-se, na verdade, um grau de maior efetividade daqueles em relação a estes justamente em face da prevalência de uma matriz de caráter liberal sobre uma matriz de caráter social.

Nessa vertente de direitos fundamentais - entendidos como direitos de segunda geração, direitos sociais ou direitos de igualdade - não pode deixar de ter lugar de destaque, conforme já referido, o chamado movimento operário - naquele denominado de QUESTÃO SOCIAL¹²¹ -, não só para a afirmação de um

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, El Estado constitucional de derecho hoy : El modelo y su divergencia de la realidad . "In" IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Corrupción y Estado de derecho – el papel de la jurisdicción . Madrid : Trotta, 1996, pp. 15-29.

¹²⁰ “O paradigma constitucional nasceu , com efeito, unicamente com referência aos direitos de liberdade. E não se desenvolveu no constitucionalismo liberal., um constitucionalismo econômico, político e social”.

¹²¹ CESARINO JUNIOR, A . F. e CARDONE, Marly A. Direito Social, Vol. I, São Paulo: LTr, 1993, p. 20, após referir definições de vários autores sobre o que seja a “questão social”, adota a definição de CATHREIN, nos seguintes termos : “*Pelo nome de questão social se entende a questão de como se possa obter remédio para os males e perigos gravíssimos pelos quais a sociedade é afligida, hoje, entre os povos civilizados, e especialmente de como restabelecer estavelmente a paz entre os ricos e os pobres e entre os capitalistas (aos quais pertencem também os possuidores de latifúndios) e os operários e proletários*”. Registre-se a não concordância integral com a definição posta na medida em que não se trata de “restabelecer a paz”, senão da busca de “estabelecer”, na medida do possível, esta “paz” que, na verdade nunca existiu.

Direito ao Trabalho e de um Direito do Trabalho¹²², mas para a busca de uma Justiça Social. Nesse sentido, pode-se afirmar que a capacidade de mobilização dos trabalhadores não significa apenas a busca de trabalho digno ou de melhor remuneração pelo trabalho – mas representa a testa de um movimento social mais amplo que estabelece uma virada na concepção dos direitos - que passam de uma noção individualista para uma noção coletiva. Trata-se da perseguição de uma reforma ou de uma transformação social para o reconhecimento dos direitos do homem em seu sentido tanto individual quanto social. Tal mobilização possibilita, também, um dos poucos ambientes onde certas minorias – mulheres emancipadas, judeus, negros, por exemplo - puderam reivindicar sua aceitação, por seus méritos e por sua condição de seres humanos, no sentido de romper com a discriminação formal¹²³. HOBBSAWM¹²⁴ afirma que “ ... podemos dizer que uma das principais forças que impulsionaram o progresso da civilidade nos 150 anos entre a revolução norte-americana e a Primeira Grande Guerra, período em que ela sem dúvida progrediu, foi a que encontrou expressão organizada nos movimentos operários e socialistas do mundo ocidental”.

Essa relação entre a mobilização dos trabalhadores e a busca da transformação social determina, entre outros acontecimentos, o surgimento de

¹²² Deixa-se claro que o Direito ao Trabalho – como Direito Social Fundamental - é figura distinta do Direito do Trabalho – como conjunto de normas (princípios e regras) que regulam as relações entre empregado e empregador. A noção do primeiro é mais abrangente no sentido de abarcar a atividade humana “produtiva” de uma forma geral, enquanto que o segundo se restringe ao “trabalho humano subordinado e não-eventual”. Faz-se a referência de forma alternativa (ao/do) apenas para efeitos deste estudo e na medida em que se pretende demonstrar que o Direito do Trabalho deve ser visto como um referencial substantivo para qualquer trabalho que tenha como base a dignidade da pessoa humana.

¹²³ HOBBSAWM, Eric J. op. Cit. p. 429.

¹²⁴ HOBBSAWM, Eric J. op. Cit. p. 430.

um direito novo denominado Direito do Trabalho¹²⁵⁻¹²⁶ que, evidentemente sem esgotar ou abranger todas as facetas que envolvem a questão social, pode ser identificado como um direito social por excelência, inclusive porque, além de ser um “*direito que regulamenta o conflito*”¹²⁷, é definido como um direito que “*tem sujeitos próprios, os economicamente débeis, que chamamos hipossuficientes, e se refere a um estado de fato determinado, a hipossuficiência ou debilidade econômica.*”¹²⁸

Se é certo que o Direito do Trabalho - como sistema de normas positivadas e caracterizado pela definição hoje aceita - tem sua gênese, desenvolvimento e consagração coincidente com o progressivo amadurecimento do capitalismo industrial¹²⁹ – ainda que haja precedentes em relação a momentos anteriores -, representando significativo avanço na busca de soluções para o estabelecimento de uma Justiça Social, também é certo que este Direito do Trabalho já não consegue mais responder à demanda de conflituosidade que o desenvolvimento da sociedade pós-industrial passou a gerar no âmbito das relações existentes

¹²⁵ Adota-se a definição proposta por GENRO, Tarso, *Direito Individual do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1994, como um “*conjunto de princípios e normas jurídicas, reguladoras das relações individuais e coletivas que se estabelecem entre aqueles que alienam a disponibilidade de sua força de trabalho com subordinação jurídica e aqueles que a adquirem mediante retribuição*” - na medida em que identifica, com precisão, o objeto do direito do Trabalho, ou seja, **o trabalho subordinado**. Faça-se apenas a ressalva de que adota-se entendimento de que os princípios também se constituem em normas, tal qual exposto por ALEXY, Robert (*El concepto y la validez dei derecho*, Barcelona: Gedisa, 1997); Veja-se também a concepção de DWORKIN, Ronald, (*Los Derechos em serio*, Barcelona: Planeta-agostini, 1993) sobre princípios.

¹²⁶ CESARINO JUNIOR, A .F. , op. Cit. p. 20, sempre defendeu a denominação de DIREITO SOCIAL para o que hoje se consagrou como DIREITO DO TRABALHO principalmente porque o termo “social” se coloca em contraponto à noção “individualista” oriunda da Revolução Francesa e em face da pretensão ao estabelecimento do “equilíbrio social”, voltado para a solução da “questão social”.

¹²⁷ CARRION, Eduardo K. Machado, Op. Cit. p. 98, afirma que “*O direito do trabalho caracteriza-se por excelência como um direito que regulamenta o conflito. Entretanto, não é um direito que se dissolve no conflito, devendo manter uma certa autonomia com relação ao conflito, sob pena de perder sua função regulamentadora.*”

¹²⁸ CESARINO JUNIOR, A . F. , Op. Cit. p. 24.

entre o capital e o trabalho.¹³⁰ Nesse sentido, sem aprofundar o tema neste capítulo, verifica-se que o Direito do Trabalho, basicamente identificado como um direito do trabalhador empregado, não se apresenta suficiente para cumprir com sua vocação de busca de uma justiça social, na medida em que se verifica um momento - e uma tendência - de significativa escassez do emprego, apontando para a franca possibilidade até de extinção desta forma de liame que representa a matriz do Direito do Trabalho.

A situação posta conduz à necessidade de uma reestruturação do conceito de Direito do Trabalho para alcançar o Direito ao Trabalho, na qualidade de direito social fundamental. Isso pode ser alcançado não só a partir da reelaboração da legislação social - evidentemente pela via do Poder Legislativo, conforme os mecanismos que o próprio Estado de Direito possibilita - mas também por uma leitura dos direitos a ser feita pelo Judiciário, dentro dos postulados do Estado de Direito, numa concepção que se pode identificar como Garantista¹³¹. É justamente focalizando essa segunda hipótese que se centra a possibilidade de aprofundamento da concepção Garantista que será objeto de estudo nos capítulos posteriores, inclusive com o devido e necessário viés para o Direito Social ao Trabalho.

¹²⁹ GENRO, Tarso, *Direito Individual*, p. 27.

¹³⁰ A insuficiência do atual Direito do Trabalho e a necessidade de um "novo" Direito do Trabalho será objeto de análise mais profunda no capítulo III deste trabalho.

¹³¹ O segundo capítulo deste trabalho será dedicado exatamente ao estudo do GARANTISMO com seus fundamentos teóricos.

CAPÍTULO II

O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O GARANTISMO

2.1 - BREVES CONSIDERAÇÕES

Conforme verificado, tem-se que o Estado Constitucional de Direito representa uma evolução do moderno Estado de Direito com o estabelecimento de um plano de juridicidade superior e indisponível que vincula todos os poderes - públicos e privados - a partir da Constituição. A Constituição é a norma que fundamenta não só o Estado mas também a Sociedade.

A Teoria Geral do Garantismo é construída a partir de três acepções (modelo normativo de direito/ teoria jurídica da validade, da vigência e da eficácia normativas/filosofia política). Vai encontrar ressonância justamente no chamado Estado Constitucional de Direito, na medida em que o concebe como um instrumental voltado para a implementação de valores identificados com a

dignidade humana e para a busca de uma convergência entre a liberdade plena e a igualdade substancial ¹³².

Serão estudadas as três acepções que, ainda que fundamentadas em enfoques distintos, se entrelaçam para dar um suporte consistente para explicar o moderno Estado de Direito. Para isso concebe o Direito como um sistema de garantias a partir da elaboração de conceitos garantistas no âmbito da validade, da vigência e da eficácia das normas. Ainda, se adentra na verificação do problema das antinomias e das lacunas e busca-se, para um melhor rigor técnico, identificar o conceito de efetividade. No âmbito de uma filosofia política merece especial atenção as noções de legitimação formal/substancial e de democracia formal/substancial propostas pelo garantismo, tema que também será focalizado neste estudo.

Não pode ficar sem verificação, também, a definição de direitos fundamentais em um Estado Constitucional de Direito e a necessária relação com o garantismo.

Vale referir que a Teoria Garantista será analisada a partir da obra de Luigi Ferrajoli traduzida para o espanhol (*Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 3ª Edição, 1998, basicamente quanto aos capítulos 13 e 14, bem como de *Derechos y Garantías - La Ley del más débil*, Madrid: Trotta, 1999); da obra de Antonio Manuel Peña Freire (*La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid: Trotta, 1997); da obra de Sérgio

¹³² CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 72.

Cademartori (*Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999); da Obra de José Luis Serrano (*Vaiidez y Vigencia – La aportación garantista a la teoria de la norma jurídica*, Madrid: Trotta, 1999).

2.2 - A TEORIA GERAL DO GARANTISMO. A DEFINIÇÃO DE GARANTIA

A teoria garantista, tal qual se conhece na atualidade, tem sua gênese na Itália a partir do *garantismo penal* concebido por LUIGI FERRAJOLI (1989) passando a ser desenvolvida também na Espanha, principalmente por NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, JOSE LUIS SERRANO, ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE e outros (1995). No Brasil é focalizada, basicamente, por SÉRGIO CADEMARTORI (1998).

O garantismo tem por base o conceito de centralidade da pessoa numa concepção de Estado como instrumento capaz de alcançar valores identificados com a dignidade da pessoa humana, com a paz , com a liberdade plena e com a igualdade substancial.¹³³ Conforme lembra BOBBIO¹³⁴, a Teoria Garantista de FERRAJOLI, na busca da solução para a histórica e permanente antítese entre liberdade e poder, tem, no enfoque filosófico, uma matriz ilustrada e, no enfoque

¹³³ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 72.

político, uma matriz liberal. Para complementar, ANDRÉS IBÁÑEZ¹³⁵, diz que o garantismo adota o positivismo jurídico (kelseniano) como orientação teórica e a filosofia jus-analítica (bobbiana) quanto ao método.

A referência de BOBBIO à matriz filosófica ilustrada – entende-se como mais adequado fazer referência à matriz iluminista¹³⁶, conforme feito por CADEMARTORI¹³⁷ - pode ser identificada desde os fundamentos necessariamente racionais do direito e do poder, mas com uma reformulação do “... esquema garantista que de él se ha recibido, basado en la idea del juicio como silogismo perfecto y del juez como boca de la ley”¹³⁸ para estabelecer uma revisão crítica da epistemologia jurídica da Ilustração. Essa revisão se produz a partir da análise das condições lógicas, semânticas e normativas da verificação e da refutação processual, bem como da valoração equitativa e de discricionariedade dispositiva inerentes à jurisdição. Necessário se faz, também, uma revisão dos fundamentos axiológicos daquela matriz iluminista da época da ilustração¹³⁹.

¹³⁴ BOBBIO, Norberto, “in” prólogo a FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, p. 14.

¹³⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “in” prólogo a FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías – La ley dei más débil, invoca a afirmação de BOBBIO no prólogo de Derecho y Razón, p. 9.

¹³⁶ Neste aspecto ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo: Cia das Letras, 1992, p. 28, faz referência a distinção entre um termo e outro quando afirma que a “Ilustração” identifica a “ (...) a corrente de idéias que floresceu no século XVIII”, sendo que por “Iluminismo” entende-se “ (...) uma tendência intelectual, não limitada a qualquer época específica, que combate o mito do poder a partir da razão. Neste sentido o Iluminismo é uma tendência trans-epocal, que cruza transversalmente a história e que se atualizou na Ilustração, mas não começou com ela, nem se extinguiu no século XVIII. A Ilustração aparece assim como uma importantíssima realização histórica do iluminismo, certamente a mais prestigiosa, mas não a primeira, nem a última. Antes da Ilustração houve autores iluministas, como Luciano, Lucrécio e Erasmo; depois dela, autores igualmente iluministas como Marx, Freud e Adorno”.

¹³⁷ CADEMARTORI, Sérgio, op. Cit. p. 72, diz que “A teoria geral do garantismo apresenta-se na contemporaneidade como uma derivação da teoria garantista penal, a qual nasce e desenvolve-se a partir da matriz iluminista da época da Ilustração”.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, p. 23. “ ...esquema garantista que dele foi recebido, baseado na idéia do juízo como silogismo perfeito e de juiz como boca da lei”

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón....., pp. 23-24.

A matriz liberal como fundamento da defesa da liberdade, por sua vez, não se identifica de forma total com o liberalismo clássico – onde prepondera a defesa intransigente da liberdade plena com mecanismos de limitação dos poderes públicos e com a fórmula clássica de que *tudo que não é proibido é permitido*, e onde a igualdade tem apenas uma conotação formal – eis que o garantismo agrega (1) uma concepção de liberdade num sentido negativo, ou seja, como ausência de interferência de um poder externo, seja um poder público-estatal, seja um poder econômico privado e (2) uma concepção de igualdade, não apenas formal, mas necessariamente substancial, para a implementação de valores identificados com a dignidade da pessoa humana e com a paz. Trata-se, dessa forma, de um liberalismo sui generis porque (1) incorpora valores do Estado Social de Direito para a garantia de direitos de liberdade e direitos sociais e (2) não estende o garantismo ao direito de propriedade e às liberdades econômicas.¹⁴⁰ Para CADEMARTORI¹⁴¹, com base em Luzzati, *“Estas teses comportam uma importante consequência : o Estado e o Direito não são vistos como valores em si mesmos, ou absolutos, que se autojustificam, mas sim são vistos como meios ou instrumentos que de fato perseguem (ou não) em cada caso concreto, fins extrajurídicos úteis, desejáveis, axiológica ou politicamente justos”*.

Verifica-se, ainda, que esta matriz liberal determina a reconstrução da separação entre Direito e Moral, fundamentada sob dois pilares: (1) a formulação dos chamados ponto de vista interno (validade da norma) e do ponto de vista externo (justiça da norma) e (2) a adesão à Lei de Hume - *Não é logicamente*

¹⁴⁰ CADEMARTORI, Sérgio, op. Cit. p. 75, nota de rodapé 158, com base em GUASTINI.

¹⁴¹ CADEMARTORI, Sérgio, op. Cit. p. 74.

permitido inferir conclusões prescritivas de premissas descritivas e vice-versa - donde não se apresenta lógico deduzir o direito positivo (como ele é) do direito justo (como deve ser) e vice-versa.

O fundamento positivista-normativista do Garantismo – ainda que não haja total identificação com o positivismo clássico - encontra eco nos ordenamentos jurídicos com suporte em uma Constituição rígida, como fundamento de um Estado Constitucional de Direito. Este Estado de direito, segundo FERRAJOLI ¹⁴², se caracteriza por uma dupla artificialidade, ou seja, (1) o caráter positivo das normas produzidas, como traço específico do positivismo jurídico e (2) por sua sujeição ao Direito, cuja produção jurídica se encontra disciplinada de forma positiva não só quanto ao aspecto formal mas também quanto ao aspecto substancial - traço específico do Estado Constitucional de Direito. Verifica-se, então, que o Direito em sua forma ou substância – ou seja, tanto no âmbito do “ser” quando no do “dever ser”, ainda que distintas as dimensões - se estabelece a partir dos mesmos modelos axiológicos eleitos como fundamento do próprio Estado Constitucional de Direito – liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, respeito aos direitos fundamentais - em forma de vínculos e limites jurídicos na produção normativa. Trata-se da produção do *direito sobre o direito*, com significativa mudança do entendimento de legalidade, na medida em que se estabelece uma regulamentação jurídica para o direito, não só quanto à forma de produção, mas também quanto aos conteúdos produzidos.¹⁴³

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, p. 19.

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, p. 19

É ainda FERRAJOLI¹⁴⁴ quem afirma que

“Gracias a esta doble artificialidad – de su ‘ser’ y de su ‘deber ser’ – la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza : no es sólo condicionante; sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar ‘modelo’ o ‘sistema garantista’, por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación com el derecho ilegítimo”¹⁴⁵.

Partindo dessa concepção é que o Garantismo introduz alterações no modelo positivista clássico sob quatro enfoques, identificados, de forma sucinta, como: 1) no plano da teoria do direito; 2) no plano da teoria política; 3) no plano da teoria da interpretação e da aplicação da lei; 4) no plano da metateoria do direito.

Quanto ao método filosófico analítico ou *“orientación ius-analítica de inmediata raíz bobbiana”¹⁴⁶* é identificado a partir da formulação do garantismo como uma teoria científica que adota uma *“linguagem de rigor”¹⁴⁷* e de um conteúdo crítico com *“enorme potencial explicativo e propositivo”¹⁴⁸*.

FERRAJOLI¹⁴⁹ abre o Capítulo 13 da obra *Derecho y Razón* com a seguinte interrogação: **“QUE ES EL GARANTISMO ? ”**. Após, passa a identificar

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, pp. 19-20.

¹⁴⁵ Graças a essa dupla artificialidade- do seu “ser” e de seu “dever ser”- a legalidade positiva ou formal no Estado constitucional de direito muda de natureza: não é só condicionante; senão que está, por sua vez, condicionada por vínculos jurídicos não só formais mas também substanciais. Podemos chamar de ‘modelo’ ou ‘sistema garantista’, por oposição ao paleopositivista, a este sistema de legalidade, ao que essa dupla artificialidade lhe confere um papel de garantia em relação com o direito ilegítimo.”

¹⁴⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “in” FERRAJOLI, Luigi, prólogo de *Derechos y Garantías*....., p. 9. “orientação jus-analítica de imediata raíz bobbiana”.

¹⁴⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, ao fazer a apresentação do “pensamento jurídico de Norberto Bobbio” na obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília: Ed. da UnB, 1997, p. 7.

¹⁴⁸ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 72.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*....., p. 851

três acepções, basicamente relacionadas ao garantismo penal: (1) como um modelo normativo de Direito que, em Direito Penal, pode ser identificado como um modelo de estrita legalidade; (2) como uma teoria jurídica de validade, vigência e eficácia normativas, identificando-as e distinguindo-as umas das outras e (3) como uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado um traço de justificativa externa, separando o Direito da Moral, a Validade da Justiça, o “ser” do “dever ser” e o ponto de vista interno do ponto de vista externo. Essas acepções, segundo FERRAJOLI¹⁵⁰,

“... no valen sólo en el derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos garantistas de legalidad - de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral – estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y las lagunas – jurídicas y políticas – que permiten poner de manifiesto.”¹⁵¹

O Garantismo, como teoria geral, tem como pressuposto metodológico a separação entre Direito e Moral ou entre “ser” e “dever ser” - no enfoque epistemológico, teórico ou político – implementando uma análise do Direito do ponto de vista ontológico, deontológico e fenomenológico, evitando tanto a falácia

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón....., p. 854.

¹⁵¹ “.... não valem só no direito penal, mas também nos outros setores do ordenamento. Por conseguinte, é também possível elaborar para estes, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas ou critérios de legitimação, modelos garantistas de legalidade- de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, trabalhista – estruturalmente análogos ao penal aqui elaborado. E também para estes as aludidas categorias, nas que se expressa o projeto garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e lacunas – jurídicas e políticas – que permitem por à evidência.”

naturalista (que confunde a realidade com o Direito) quanto a falácia normativista (que confunde o Direito com a realidade).

Identificados os traços da Teoria Geral do Garantismo, convém que se faça uma breve consideração sobre o termo chave desta teoria jurídica, ou seja, do significado de GARANTIA, tanto na doutrina tradicional¹⁵² quanto na Teoria Garantista, na medida em que pode haver certa confusão entre o conceito de direitos e de garantias.

BONAVIDES¹⁵³, na Doutrina brasileira, - após afirmar que *“Existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar”*, bem como que *“A garantia – meio de defesa- se coloca então diante do direito, mas com este não deve se confundir”*¹⁵⁴ – mostra que há certa confusão entre direitos e garantias¹⁵⁵ que a boa doutrina tem reprovado. Aponta para uma separação clara entre um e outro instituto, trazendo, dentre outros, a lição de LITTRÉ e de RUI BARBOSA nos seguintes termos:

“A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de

¹⁵² “Doutrina tradicional” apenas em contraponto à “teoria garantista” e não necessariamente conservadora ou tampouco ultrapassada, tanto que se vai identificar significativos pontos de contato em uma e outra, principalmente em relação à doutrina de CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 1999..

¹⁵³ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit. pp. 481-482.

¹⁵⁴ BONAVIDES, Paulo, idem, ibidem.

¹⁵⁵ BONAVIDES, Paulo, op. Cit. p. 482, aponta esta confusão no Dicionário da Real Academia Espanhola e no Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.

legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil".¹⁵⁶

Já SILVA¹⁵⁷, reconhecendo que não são nítidas as linhas divisórias entre direitos e garantias, cita SAMPAIO DÓRIA para quem *"os direitos são garantias, e as garantias são direitos"*¹⁵⁸. Contudo, estabelece dois grupos de garantias dos direitos fundamentais: 1) garantias gerais, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, relacionando-as com a organização e o estabelecimento de condições econômico-sociais, culturais e políticas destinadas a favorecer o exercício dos direitos fundamentais; 2) garantias constitucionais, que consistem no estabelecimento de instituições, determinações e procedimentos, onde a própria Constituição tutela a observância e, na hipótese de inobservância, a reparação dos direitos fundamentais.¹⁵⁹

FERREIRA FILHO¹⁶⁰ aponta a existência de vários sentidos de garantia: (1) Num sentido amplíssimo ou como garantias-sistema, trazendo as palavras de RUI BARBOSA, identifica-a como *"as providências que, na Constituição se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado das suas prerrogativas. Dizemos então garantias constitucionais no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição"*; (2) num sentido amplo ou como garantias-institucionais, define-a como *"os sistemas*

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo, op. Cit. pp. 483-484.

¹⁵⁷ SILVA, José Afonso da, Direito Constitucional, pp. 170-172.

¹⁵⁸ "apud" SILVA, José Afonso da, idem, ibidem.

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da, Direito Constitucional, p. 173, chega a afirmar que, *"(...) as garantias constitucionais especiais – e não os direitos fundamentais – é que são os autênticos direitos públicos subjetivos, no sentido da doutrina clássica"*

¹⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, op. Cit. pp. 32-33.

de proteção organizados para a defesa desses direitos (...) *É a garantia institucional*"; (3) num sentido estrito, novamente com as palavras de RUI BARBOSA, conceitua-a como *"garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana."*

Em sentido estrito, por sua vez, o mesmo autor estabelece outras três espécies de garantia: a primeira, identificada como garantias-limite, no sentido das defesas postas a direitos especiais, constituindo-se em proibições que visam prevenir a violação do direito; a segunda, identificada como garantias-institucionais, no sentido da existência de um sistema organizado de proteção destinado à defesa dos direitos fundamentais e terceira, um liame entre as duas primeiras, se constitui em defesa de direitos específicos, ao mesmo tempo que se constitui meio de provocar a atuação do sistema de proteção institucionalizado. São os chamados remédios constitucionais destinados a tornar efetivos os direitos fundamentais.¹⁶¹

Na doutrina estrangeira é oportuna a lembrança de CANOTILHO¹⁶² onde, referindo-se à Constituição Portuguesa, lembra que *"Uma das classificações mais importantes sob o ponto de vista jurídico-constitucional, é a que se refere aos direitos, liberdades e garantias e à sua sistematização positiva..."*¹⁶³.

¹⁶¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, op. Cit. pp. 32-33.

¹⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit. p. 374.

¹⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes, idem, ibidem, afirma que esta classificação é importante sob vários pontos de vista, indicando três aspectos: 1) o estabelecimento de um *"regime jurídico-constitucional especial"* que

Afirmando, também, que “*não obstante se tratar de uma classificação a vários títulos relevante, nem por isso se torna fácil desvendar os traços específicos dos direitos, liberdades e garantias relativamente a outros direitos*”¹⁶⁴, aponta como critérios tendenciais para tanto: 1) o critério do radical subjetivo – Os direitos, liberdades e garantias identificam-se com referência pessoal ao homem individual; 2) o critério da natureza defensiva e negativa - Os direitos, liberdades e garantias são direitos de liberdade que impõem ao Estado¹⁶⁵ a obrigação de abstenção¹⁶⁶ da prática de atos no âmbito jurídico-subjetivo por eles definidos e protegidos; 3) o critério da determinação ou determinabilidade constitucional do conteúdo – São direitos, liberdades e garantias aqueles cujo conteúdo é determinado ou determinável já ao nível da Constituição, inclusive porque dotados de densidade normativa (ou aplicabilidade direta), restando desnecessária a intermediação do legislador ordinário para se tornarem “*líquidos e certos*”¹⁶⁷.

BOBBIO¹⁶⁸, ao analisar o presente e o futuro dos direitos do homem no âmbito internacional, reconhece que “*As atividades até aqui implementadas pelos*

caracteriza esta espécie de direitos fundamentais sob o ponto de vista material; 2) o estabelecimento de um parâmetro material a outros “*direitos análogos* dispersos ao longo da Constituição”; 3) o estabelecimento de “*uma força vinculante*” e de uma “*densidade aplicativa*” em relação aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias.

¹⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *idem*, *ibidem*.

¹⁶⁵ É importante a ressalva feita por CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. Cit.* p. 375, no sentido de que a obrigação de abstenção (direito de defesa ou liberdade negativa) não se dirige apenas ao Estado/entes públicos, mas também “*as entidades privadas*”.

¹⁶⁶ Neste aspecto também se apresenta oportuna a lembrança pelo autor, *Idem ibidem*, no sentido de que mesmo este critério de “*natureza negativa*” contém uma configuração positiva na medida em que o Estado não pode apenas e simplesmente “*garantir*” a inexistência de agressão ou coação político-estatal, sendo necessário que cumpra com o “*dever de proteção a cargo do Estado das condições de exercício de liberdade*”.

¹⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. Cit.* p. 376, afirma que este critério não se constitui em critério único e exclusivo para a identificação dos direitos, liberdades e garantias, mas realça a dimensão material dos mesmos.

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos.....*, pp. 39-40.

organismos internacionais , tendo em vista a tutela dos direitos do homem, podem ser consideradas sob três aspectos: promoção, controle e garantia". Após identificar a promoção como forma de induzir os Estados a introduzir ou aperfeiçoar a disciplina de tutela dos direitos do homem - quer do ponto de vista substancial, quer do ponto de vista procedimental - e o controle como forma de uma espécie de prestação de contas aos organismos internacionais por meio de relatórios ou de comunicados, diz que por garantia " (talvez fosse melhor dizer garantia em sentido estrito) entende-se a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional" ¹⁶⁹.

Para o Garantismo, as garantias, afirma CADEMARTORI¹⁷⁰, são *"técnicas de limitação da atuação do estado no que respeita aos direitos fundamentais de liberdade e técnicas de implementação daquela mesma ação no que diz respeito aos direitos sociais."* Trata-se de defesas e tutelas de caráter jurídico, ou seja, de instrumentos definidos e estabelecidos pelo próprio Direito para a proteção de certos direitos e liberdades ¹⁷¹. Nesse sentido

"o garantismo pode referir-se a uma organização jurídica ou a uma atitude dos vários tipos de operadores jurídicos em sua atividade voltada a aplicar ou a modificar o direito. Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar , oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista quando se dedica a sua atividade

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto, idem, pp. 40-41, refere que tal tipo de garantia teve previsão na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, firmada em Roma em novembro de 1950 e em vigor desde 03 de setembro de 1953, representando verdadeira inovação na medida em que viabilizou um procedimento de demandas individuais à Comissão Europeia dos Direitos do Homem. Diz que, apesar disso, "só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é ainda característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado. (grifo do autor).

¹⁷⁰ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 86.

¹⁷¹ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 86.

a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos.¹⁷²

FERRAJOLI¹⁷³ distingue direitos de garantias e afirma que direitos subjetivos “*son las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica*”¹⁷⁴ e que garantias são “*los deberes correspondientes (...) asimismo dictadas por normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquéllos*”¹⁷⁵. Essa distinção necessária, segundo o autor, já teria como razão suficiente o fato de que a confusão entre direitos e garantias desqualificaria, no plano jurídico, as duas principais conquistas do constitucionalismo contemporâneo, quais sejam (1) a internacionalização dos direitos fundamentais e (2) a constitucionalização dos direitos sociais. Considera que a ausência de garantias adequadas implicaria que tais conquistas ficassem apenas no âmbito retórico ou em meros programas políticos desprovidos de relevância jurídica.¹⁷⁶ Acrescenta, entretanto, que essa necessária distinção tem como fundamento principal uma razão bastante mais de fundo que está intrinsecamente relacionada com o fato de que tanto os direitos quanto as garantias dos direitos encontram-se positivados em um ordenamento jurídico. Assim, a ausência de uma garantia não significa necessariamente a

¹⁷² CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. pp. 86-87.

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías p. 59.

¹⁷⁴ “ são as expectativas positivas (ou de prestação) ou negativas (de não lesões) atribuídas a um sujeito por uma norma jurídica”.

¹⁷⁵ “ são os deveres correspondentes (...) mesmo assim ditadas por normas jurídicas, já sejam estas as obrigações ou proibições correlativas àqueles.”

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías p. 59.

inexistência de um direito, basicamente em obediência ao princípio da legalidade, pilar do Estado de Direito.¹⁷⁷

Essa distinção tem conseqüências tanto no âmbito teórico quanto no plano metateórico. No âmbito teórico, verifica-se que, num ordenamento jurídico positivista, a relação entre direitos e garantias tem um cunho essencialmente normativo, inclusive podendo haver a existência dos primeiros e a inexistência das últimas. A inexistência das garantias deve ser considerada como uma lacuna indevida que os poderes públicos têm a obrigação de suprir. Já as violações a direitos cometidas pelos poderes públicos contra seus cidadãos devem ser admitidas como antinomias¹⁷⁸, igualmente indevidas, e que devem ser tidas como atos ilícitos ou como atos inválidos. No âmbito metateórico tal distinção tem, além de um papel descritivo, uma conotação crítica e normativa – crítica, na medida em que traz a lume as lacunas e as antinomias; normativa, quanto à legislação relacionada com a cobertura das lacunas e quanto à jurisdição relacionada com a reparação das antinomias.¹⁷⁹

Situação diversa à apresentada é aquela relacionada com a realização concreta das garantias, onde se verifica que, via de regra, a enunciação constitucional dos direitos sociais não tem sido acompanhada de uma correspondente elaboração de garantias sociais ou positivas adequadas, ou seja, com técnicas de defesa e justiciabilidade equiparáveis àquelas estabelecidas em

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, *idem*, pp. 59-62

¹⁷⁸ sobre lacunas e antinomias vide item 2.5 - *infra*.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantias*, p. 63

relação às garantias liberais ou negativas destinadas à proteção dos direitos de liberdade. Trata-se, pois, da verificação de dois planos distintos que podem ser identificados como (1) possibilidade de realização técnica e (2) possibilidade de realização política para a implementação das garantias sociais.¹⁸⁰

Em termos técnicos, pode-se dizer que não há qualquer empecilho para a garantia dos direitos sociais, da mesma forma que para os demais direitos porque os argumentos de discricionariedade, a não formalização, a não suscetibilidade de controles e a coerção jurisdicional apresentam-se insustentáveis. As ações positivas implementadas pelo Estado ao nível de sua discricionariedade podem, também, assumir um caráter obrigatório e automático, principalmente quando relacionados ao ensino público gratuito, à assistência médica gratuita e universal e à segurança. Também não pode vingar o argumento de não suscetibilidade de controle e de coerção jurisdicional, na medida em que, na atualidade, tem-se verificado significativa evolução na proteção jurisdicional dos direitos sociais¹⁸¹. Cabe referir que podem ser criados outros mecanismos de garantia, como, por exemplo o estabelecimento, na Constituição, de quotas mínimas destinadas aos gastos sociais, o que torna possível controlar os gastos públicos pela via do controle da constitucionalidade das leis.¹⁸²⁻¹⁸³

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, pp. 63-64.

¹⁸¹ Em termos de Brasil, pode-se referir a proteção jurisdicional no âmbito dos Direitos coletivos e difusos, por exemplo.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, pp. 64-65.

¹⁸³ Apresenta-se importante, por exemplo, a determinação de destinação vinculada de certos percentuais em relação à educação e à saúde, direitos sociais por excelência.

Em termos políticos tem-se que a possibilidade de implementação de garantias se torna ainda mais difícil, a partir das seguintes constatações: 1) a necessária distribuição de recursos é incompatível com a lógica de mercado que se faz justamente no sentido da concentração; 2) a implementação dos direitos humanos em nível internacional exige uma necessária discussão quanto à obtenção do nível de vida do ocidente ou dos países ricos, normalmente em detrimento do resto do mundo; 3) o neoliberalismo e a prevalência de um absolutismo de mercado ou da maioria, na atualidade, não acena para o estabelecimento de uma normatividade voltada para a busca de uma igualdade substancial. Verifica-se, então, que sobram obstáculos de natureza política, cuja tarefa das forças democráticas em seu combate está justamente na luta pelos direitos e suas garantias.¹⁸⁴ Conforme adverte FERRAJOLI¹⁸⁵ “ *Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer*”¹⁸⁶.

PEÑA FREIRE¹⁸⁷, critica o denominado “ *monismo epistemológico*” e afirma a necessidade de um pluralismo metodológico, de forma a descartar que exista uma única e excludente via de acesso ao conhecimento. Sustenta,

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi, idem, ibidem.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi, Idem, ibidem.

¹⁸⁶ “ O que não se pode consentir é a falácia realista e a redução do direito ao fato e a determinista da identificação do que acontece com o que não pode deixar de acontecer.”

¹⁸⁷ PEÑA FREIRE, Manuel Antonio, op. cit. pp. 23-26, afirma que “*La garantía, por contra, es un concepto multidimensional. Esta afirmación supone admitir que no existe una entidad o esencia de partida para el conocimiento de la garantía que pueda ser aislada, descompuesta o utilizada como factor de exclusión conceptual. Al contrario, sólo será posible localizar la garantía en el análisis de otros elementos del sistema y en el juego y reproducción continua de relaciones jurídicas, es decir, en la complejidad*”

também, a conveniência do uso articulado de diversas técnicas de investigação, a fim de justificar sua opção metodológica para argumentar que a garantia não pode ser definida como uma essência, como uma idéia clara e distinta, com um sentido cartesiano, que se oponha de forma nítida e precisa aos seus opostos, ou seja, à arbitrariedade ou à opressão.

Estabelece, referido autor, três razões para fundamentar a afirmação supra (1) a natureza abstrata/inescindível e instrumental da garantia; (2) a existência de um elemento finalístico, a partir de exigências axiológicas e estrutuais do modelo normativo, para a obtenção de um sistema de garantias adequado na medida em que possa maximizar o grau de tutela dos valores mais importantes do sistema jurídico-político; (3) a garantia tem um caráter gradual, não havendo garantias ou sistemas de garantias perfeitos, mas sim graus de garantias; apresenta, desta forma, impossível que um modelo normativo se realize totalmente, justamente em face da natureza contrafática das normas a partir da distinção entre o “ser” e o “dever ser”.

Sustenta, então, que

“Garantías, desde este punto de vista son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional.”¹⁸⁸

¹⁸⁸ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, Op. Cit. pp. 28-29. “Garantias, desde este ponto de vista são todos aqueles procedimentos funcionalmente dispostos pelo sistema jurídico para assegurar a máxima correção e o mínimo desvio entre planos ou determinações normativas do direito e suas distintas realizações práticas e a atuação dos poderes públicos, entre os valores inspiradores do sistema constitucional e sua configuração normativa institucional.”

Constata-se, desta forma, que a noção de garantias na doutrina tradicional e na Teoria Garantista se apresenta bastante próxima, principalmente quanto à distinção em relação aos direitos. Para a doutrina Garantista, entretanto, as garantias têm um caráter bem mais abrangente para a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que pretende do Estado-entes públicos/entidades privadas não só o implemento de “prestações negativas ou abstenções” - em relação as liberdades - , mas também de “prestações positivas ou ações” – em relação aos direitos sociais -. Feita esta distinção, convém que se examine as três acepções de garantismo.

2.3 - O GARANTISMO E SUAS ACEPÇÕES

O garantismo, conforme já mencionado, comporta três acepções que podem ser identificadas como (1) um Modelo Normativo de Direito, (2) uma Teoria Jurídica da validade, vigência e eficácia normativas e (3) uma Filosofia Política. Passa-se, pois, ao exame mais detalhado de cada uma delas.

Como Modelo Normativo de Direito o Garantismo se identifica com um modelo ou com um sistema de garantias que *“... permite ao estudioso analisar um determinado sistema constitucional para verificar eventuais antinomias entre as normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre*

práticas institucionais efetivas e as normas legais”¹⁸⁹, podendo ser avaliado o grau de garantia do sistema a partir do grau de efetividade das normas constitucionais.

Trata-se de um modelo que tem sua elaboração a partir de dois referenciais básicos: (1) o Positivismo Jurídico e (2) o Estado Moderno. Aquele porque o Direito é identificado pela forma de produção Estatal - mas sem se confundir com o positivismo clássico – na medida em que sua validade é atestada por uma verificação imediata com os princípios e valores constitucionais em uma relação de substancialidade e não de mera formalidade. Este, já em sua concepção de Estado Constitucional de Direito, no sentido da vinculação de todos os poderes - públicos e privados - aos princípios e valores constitucionais.

Identifica-se, também, ainda que distintas as dimensões do Direito e da Moral, do “ser” e do “dever ser”, do fenomenológico e do axiológico, com a busca de uma aproximação dessas dimensões, que se reflete na aproximação entre a normatividade e a efetividade.¹⁹⁰

Como Teoria Jurídica da validade, vigência e eficácia normativas¹⁹¹, constata-se que o Garantismo responde a uma reelaboração que tem por ponto de partida, também, o Positivismo Jurídico. A reelaboração e distinção dos conceitos de validade, vigência e eficácia se dá, basicamente, partindo-se de dois enfoques que se entrecruzam (1) pela adoção do Constitucionalismo como um

¹⁸⁹ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 76.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto, “in” FERRAJOLI, Luigi, prólogo de Derecho y Razón....., p. 17.

novo paradigma do Direito e (2) pelo implemento de uma racionalidade substancial para a verificação de validade de uma norma em relação aos princípios e valores constitucionais. Verifica-se que “... o *moderno Estado constitucional de Direito incorporou diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, os quais determinam valorações ético-políticas e de justiça das normas por ele e nele produzidas, agindo como critérios de legitimidade ou ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, mas agora internos ou positivistas*”.¹⁹²

Para o Garantismo uma norma para ser válida não pode apenas ter sido elaborada e promulgada pelo órgão competente e por meio do processo legislativo adequado em termos meramente formais. A validade está diretamente relacionada com a verificação de uma racionalidade substancial entre a norma e os princípios e valores constitucionais, a partir da noção de um Estado Constitucional de Direito que adota uma constituição rígida e vinculante de todos os poderes - públicos e/ou privados. A norma somente terá validade se a sua produção responder a critérios de forma e de substância que estejam já definidos na Constituição. Conforme CADEMARTORI

“ Isto implica uma significativa abertura discricionária na tarefa interpretativa do aplicador das normas, de vez que estes juízos de validade são, como diz Ferrajoli, ‘opináveis’. E esta margem de discricionariedade conduz a um espaço irredutível de ilegitimidade da autoridade judiciária, sem contudo comprometer o modelo de Estado de

¹⁹¹ Esses conceitos serão analisados com maior detalhamento no item imediatamente posterior, neste mesmo capítulo, acrescentando-se, ainda, o conceito de efetividade.

¹⁹² CADEMARTORI, Sérgio, op. Cit. p, 78.

*Direito de forma importante, eis que tal modelo comporta este espaço de ilegitimidade, visto pelo autor como aporias:*¹⁹³

A vigência, admitida como uma norma que “... é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;”¹⁹⁴, se identifica com a legitimidade jurídica formal, implicando conceito diverso do conceito de validade ou de legitimidade jurídica substancial.

A eficácia, por sua vez, relaciona-se à situação em que a norma “... é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)”¹⁹⁵, apresentando-se, também, nítida a distinção com os conceitos de validade e de vigência. Assim, apresenta-se de grande importância à Teoria Geral do Garantismo a necessária distinção entre os conceitos de validade, vigência e eficácia.

Como Filosofia Política que condensa uma filosofia do direito e uma crítica da política o Garantismo impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, na medida em que pretende um discurso normativo e uma prática

¹⁹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón.....*, p. 875, ao distinguir entre o que denomina de “juízo de vigência” - como verificação de existência ou de validade formal da norma - e “juízo de validade” - como verificação de validade substancial da norma - afirma que enquanto em relação ao primeiro pode haver uma predicação (verdadeiro/falso) pela simples verificação empírica, em relação ao segundo, tal não pode ocorrer na medida em que a verificação se faz por uma valoração, conduzindo a uma aporia teórica a partir de uma aporia jurídica identificada como “... la ilegitimidad potencial de todo ejercicio de poder en el estado de derecho y que se manifiesta en la disociación estructural entre juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez de las normas, así como en la indecidibilidad de la verdad de estos últimos.”

¹⁹⁴ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 79.

¹⁹⁵ CADEMARTORI, Sérgio, idem, p. 80.

coerentes e comprometidos com a proteção e a garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência.¹⁹⁶

Trata-se de uma verificação reelaborada da necessária separação entre “ser” e “dever ser” do Direito, entre Direito e Moral, entre Justiça e Validade, com o estabelecimento dos chamados ponto de vista externo e ponto de vista interno¹⁹⁷. Ao ponto de vista externo - ou legitimação externa ou justificação ou ainda ético-político - corresponde a legitimação em face de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, a princípios morais, políticos ou de utilidade que são evidentemente meta-jurídicos. Ao ponto de vista interno - ou legitimação interna ou jurídico - corresponde a legitimação em face de princípios normativos próprios do ordenamento jurídico.¹⁹⁸ *“La distinción coincide en lo sustancial con la tradicional entre justicia y validez”*¹⁹⁹.

Cabe mencionar que FERRAJOLI²⁰⁰ distingue as doutrinas de legitimação política em autopoieticas e heteropoieticas²⁰¹, dizendo que:

¹⁹⁶ CADEMARTORI, Sérgio, idem, p. 155.

¹⁹⁷ Conforme adverte CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 155, trata-se de expressões “parafrazeadas de HART”, sendo que FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón....., p. 214, se apressa em demonstrar a distinção entre as denominações utilizadas por um e outro, afirmando que *“Conviene precisar de inmediato que nuestra distinción entre punto de vista o legitimación interna y punto de vista o legitimación externa no coincide con aquella otra no menos importante, formulada por Herbert Hart, ‘entre punto de vista interno’ o jurídico de la validez y ‘punto de vista externo’ o sociológico de la efectividad o de la explicación causal. El punto de vista externo de la legitimación es de hecho completamente distinto de aquel otro, también externo, de la observación y la explicación. El primero es un punto de vista axiológico o deontológico; el segundo es un punto de vista sociológico y más precisamente, en lo que concierne al derecho penal, criminológico.”*

¹⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón....., p. 213.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi, Idem, ibidem. “A distinção coincide no substancial com a tradicional entre justiça e validade.”

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón....., p. 881

²⁰¹ As expressões autopoiese e heteropoiese, conforme adverte CADEMARTORI, Sérgio, op. Cit. p. 162, são “parafrazeadas” da obra de Niklas Luhmann, mas com um significado totalmente diferente.

“Para las doctrinas auto-poyéticas, el estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamientos han de instrumentalizarse el derecho y los derechos. Para las doctrinas hétero-poyéticas, por el contrario, el estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aun, si el mismo los viola.”²⁰²

Dessa forma, enquanto as primeiras se esteiam em princípios legitimadores a partir do governante - *ex parte principis*-, ou seja, num processo de cima para baixo, *“reduzindo a legitimidade política à legalidade jurídica, atribuindo valor às leis em função de sua forma ou de sua fonte”²⁰³*, as últimas têm como ponto de partida para legitimação a sociedade – *ex parte populi* -, isto é num processo de baixo para cima.

Assim:

“O estado de direito é caracterizado politicamente pelo garantismo de Ferrajoli como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa nas suas Constituições, mas sempre de forma incompleta, e a política é vista como dimensão axiológica (externa) do agir social, servindo de critério de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de direito das instituições vigentes.”²⁰⁴

Verificadas as três acepções em que o Garantismo pode ser identificado, passa-se ao exame de sua terminologia específica, enquanto Teoria Jurídica, estabelecendo-se um comparativo entre o que se pode denominar de conceitos

²⁰² “ Para as doutrinas autopoieticas, o Estado é um fim e encarna valores ético-políticos de caráter supra-social e supra-individual, cuja conservação e reforço não de instrumentalizar o direito e os direitos. Para as doutrinas heteropoieticas, ao contrário, o estado é um meio legitimado unicamente para o fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, e politicamente ilegítimo se não os garante ou, mais ainda, se o mesmo os viola.”

²⁰³ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 163.

²⁰⁴ CADEMARTORI, Sérgio, idem, p. 164.

tradicionais e de conceitos garantistas, a fim de melhor assimilar e entender o Garantismo em seu todo.

2.4 - CONCEITOS TRADICIONAIS²⁰⁵ X CONCEITOS GARANTISTAS

O garantismo, além de comportar as três acepções examinadas, constrói uma conceituação própria sobre validade, vigência, eficácia e efetividade que, ora aperfeiçoa os conceitos tradicionais, ora reelabora tais conceitos, de forma a estabelecer uma linguagem técnico-jurídica precisa, necessária ao entendimento e a utilização dos institutos jurídicos. Afirma, dessa maneira, o Direito e o Estado como meio (e não um fim em si mesmos) para alcançar valores identificados com a dignidade da pessoa humana, com a paz, com a liberdade plena e com a igualdade substancial. Reelabora, também, o problema das lacunas e das antinomias e, sob o enfoque de uma filosofia política, reafirma a prevalência do ponto de vista externo ou ético-político sobre o ponto de vista interno ou jurídico.

Na teoria jurídica contemporânea – identificada com o Positivismo Jurídico e com o Estado Constitucional de Direito – percebe-se freqüentemente a ocorrência de certa confusão entre os conceitos de validade, vigência e eficácia normativas de maneira que a realização do direito, reiteradamente, se ressent de um maior alcance. Perde-se em formulações que desembocam ora em um

reducionismo realista – que confunde a realidade com o direito – ora em um reducionismo normativista – que confunde o direito com a realidade. Geralmente uma norma é tida como válida desde que sua produção tenha se realizado por um órgão competente e de acordo com o procedimento legislativo estabelecido, numa concepção meramente formal. A vigência, por sua vez, se confunde com a validade (identificada como validade formal) porque também se funda na exigência de um órgão competente e de um procedimento adequado. À eficácia da norma corresponde, geralmente, ao efetivo comportamento dos destinatários e, em caso de descumprimento, de sua aplicação/sanção pelos tribunais. O conceito de efetividade apresenta-se ainda mais vago, via de regra confundindo-se com o conceito de eficácia. Passa-se ao exame dos conceitos tradicionais, ainda que por amostragem, no pensamento de HANS KELSEN, NORBERTO BOBBIO e, na doutrina nacional, no pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA.

Em KELSEN, parece haver, em alguns momentos, certa confusão entre validade, vigência, eficácia e efetividade²⁰⁶. Tal situação se desfaz no curso de uma leitura mais atenta, principalmente no que se refere a distinção entre validade e eficácia. Verifica-se, contudo, que há correspondência entre os termos

²⁰⁵ Conceitos tradicionais apenas no sentido de contraponto aos conceitos garantistas, de forma a identificar na teoria jurídica contemporânea, ainda que por amostragem, o sentido dos termos validade, vigência, eficácia e efetividade.

²⁰⁶ Quando afirma, por exemplo que: (1) *“Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é “vigente”), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma”*. - Teoria Pura do Direito....., p. 215 - Aqui, ainda que as expressões estejam entre aspas, verifica-se que “vale” = “vigente”; (2) *“Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas e quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)”*. Teoria Pura do Direito....., p. 12. – Aqui há uma aparente confusão entre validade, efetividade, eficácia e vigência.

vigência/validade e eficácia/efetividade em uma nítida distinção entre as dimensões do dever-ser (quanto aos primeiros) e do ser (quanto aos últimos).

*“Com a palavra ‘vigência’ designamos a existência específica de uma norma”*²⁰⁷, ou seja, a vigência corresponde à validade da norma no sentido de sua existência formal, relacionada ao mundo do dever-ser²⁰⁸. Vigência e validade se equivalem²⁰⁹ e têm uma conotação verdadeiramente formal (independentemente de seu conteúdo), tanto que *“O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma”* posta, até ser alcançada a norma fundamental que é pressuposta e serve de fundamento de validade de toda a ordem normativa²¹⁰.

O conceito de eficácia se confunde com o de efetividade, mas se distingue significativamente do conceito de validade/vigência, inclusive porque a eficácia/efetividade se coloca no plano do “ser” e não mais do “dever-ser”. Nesse sentido, diz KELSEN, *“... deve também distinguir-se a vigência da norma de sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem*

²⁰⁷ KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito....., p.11.

²⁰⁸ Cf. KELSEN, Hans, Idem, ibidem, *“Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita.”*

²⁰⁹ SILVA, José Afonso da, Aplicabilidade das Normas Constitucionais....., p. 52, nota de rodapé 29, afirma que para KELSEN “vigência” é mais do que a simples existência da norma, trata-se de “existência com validade”, sendo que a equivalência entre os termos “validade” e “vigência” decorre de ato do tradutor – João Batista Machado- que as utiliza como sinônimo.

²¹⁰ Cf. KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito...., p. 217 : *“Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.”*

dos fatos.”²¹¹⁻²¹², ou seja, a eficácia diz respeito ao âmbito de sua observância/aplicação no mundo do “ser”, no mundo dos fatos.

Ainda que colocados em planos diversos e com uma conceituação própria e distinta, verifica-se que há certa aproximação entre as noções de eficácia e de validade da norma, tanto que *“Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição de sua vigência”*. A validade, tanto do ordenamento, quanto de uma norma, ficam condicionados a um mínimo de eficácia. Conforme afirma CADEMARTORI *“... na teoria Kelseniana, a eficácia seria um ‘plus’ para que tanto a norma quanto o ordenamento não venham a perder sua validade.”*²¹³

Assim, enquanto a validade/vigência significa a existência específica da norma (no âmbito do “dever-ser”), a eficácia/efetividade significa a observância/aplicação da norma no mundo dos fatos (no âmbito do “ser”).

BOBBIO afirma que *“Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica”*²¹⁴, ou seja, a validade da norma está relacionada com sua existência específica, onde a verificação de validade/invalidade se faz por meio de três operações (1) verificação da legitimidade da autoridade que promulgou a norma; (2) verificação de que a norma não foi derogada por outra norma posterior; (3) verificação de que a norma não seja

²¹¹ KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito....., p. 11.

²¹² Cf. KELSEN, Hans, idem, p. 11-12 : *“Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa haver certa conexão.”*

²¹³ KELSEN, Hans, idem, p. 47.

incompatível com outras normas do ordenamento, em especial em relação às normas de hierarquia superior.²¹⁵ Aqui, em termos de conceito, verifica-se que validade jurídica corresponde à vigência da norma, ainda que este termo não seja expressamente utilizado por BOBBIO, tal qual ocorre com a teoria kelseniana²¹⁶. Se se trata de um problema que diz respeito à existência da norma e, portanto, ao que seja direito, trata-se de um problema ontológico do direito²¹⁷.

A eficácia da norma está relacionada com sua observância pelos destinatários e, em caso de descumprimento, com sua aplicação pela autoridade competente, cuja verificação tem um de caráter histórico-social. Se se trata de um problema que diz respeito a ação ou omissão dos destinatários/aplicadores, trata-se de um problema fenomenológico do direito²¹⁸.

Para BOBBIO a verificação da validade e da eficácia das normas se constitui em critérios distintos e independentes. Isso porque a verificação de uma situação não implica, necessariamente, a ocorrência de outra²¹⁹, afirmando que a

²¹⁴ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá: Temis, 1987, p. 21. (Validade jurídica de uma norma equivale a existência dessa norma como norma jurídica)

²¹⁵ BOBBIO, Norberto, *idem*, *ibidem*.

²¹⁶ Ressalve-se, conforme se verá a seguir, o posicionamento de BOBBIO quanto ao que denomina de "limites materiais e formais de produção".

²¹⁷ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*....., p. 21.

²¹⁸ BOBBIO, Norberto, *idem*, p. 22., diz que *"El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto."*

²¹⁹ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*....., pp. 23-24, ao estabelecer as distinções entre Justiça, validade e eficácia e sustentar a independência entre os três critérios, afirma que uma norma : (1) pode ser justa sem ser válida; (2) pode ser válida sem ser justa; (3) pode ser válida sem ser eficaz; (4) pode ser eficaz sem ser válida; (5) pode ser justa sem ser eficaz ; e (6) pode ser eficaz sem ser justa.

confusão de critérios leva ao surgimento de teorias reducionistas²²⁰. Esses critérios, ainda que independentes e distintos, não podem ser concebidos como compartimentos isolados e estanques, na medida em que fazem parte de um mesmo fenômeno, identificado pela experiência jurídica em seus vários enfoques. Nesse sentido, BOBBIO²²¹

“Quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son ter diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida de los hombres asociados.”²²²

Vale acrescentar o alerta feito por CADEMARTORI²²³ de que “em Bobbio a validade das normas encontra-se condicionada a determinados limites materiais e formais de produção”, restando já ultrapassada (ainda em Bobbio) aquela noção inicial de validade com uma conotação meramente formal – legitimidade da autoridade; não revogação; compatibilidade com as demais normas, principalmente de hierarquia superior -. De fato, verifica-se a afirmação de

²²⁰ Cf. BOBBIO, Norberto, Teoria General del Derecho....., p. 27: (1) “Hay una teoría que reduce la validez a la justicia, afirmando que una norma es válida solo si es justa; en otras palabras hace depender la validez de la justicia. El ejemplo histórico más evidente de este reduccionismo es la doctrina del derecho natural “; (2) “Otra teoría reduce la justicia a la validez, en cuanto afirma que una norma es justa por el solo hecho de ser válida, haciendo depender la justicia de la validez. El ejemplo histórico de esta teoría lo da la concepción del derecho que se contrapone al jusnaturalismo, la concepción positivista (en el sentido más restringido y estricto del término)” e (3) “Finalmente hay una teoría que reduce la validez a la eficacia, por cuanto afirma que el derecho real no es el que se encuentra enunciado en una Constitución, en un código, o en un cuerpo de leyes, sino aquel que los hombres efectivamente aplican en sus realaciones cotidianas; Esta teoría hace depender en última instancia la validez de la eficacia. El ejemplo histórico más radical lo ofrecen las corrientes llamadas realistas de la jurisprudencia estadounidense, y sus antecesoras en el continente.”

²²¹ BOBBIO, Norberto, idem, ibidem.

²²² “ Quem deseja compreender a experiência jurídica em seus diversos aspectos, deve ter em conta que ela é essa parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são ideais de justiça por alcançar, instituições normativas por realizar, ações e reações dos homens frente a estes ideais e a estas instituições. Os três problemas são ter diversos aspectos de um só problema central, o da melhor organização de vida dos homens em sociedade.”

²²³ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 66.

BOBBIO no sentido de que “ *Os limites com que o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos diferentes: a) relativos ao conteúdo; b) relativos à forma. Por isso fala-se em limites materiais e limites formais. O primeiro tipo de limite refere-se ao conteúdo da norma que o inferior está autorizado a emanar; o segundo refere-se à forma, isto é, ao modo ou ao processo pelo qual a norma do inferior deve ser emanada.*”²²⁴

O termo efetividade, ou a variante correspondente, é reiteradamente utilizado por BOBBIO na obra *A Era dos Direitos* em expressões tais quais: “O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos” (p.37); “A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana” (p.45); “... uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva.”(p.63); “O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação”. (p.77). Verifica-se que, para o mestre italiano, efetividade (do direito) tem uma conotação menos jurídica e mais sociológica, voltada para a realização do Direito em termos concretos, distinguindo-se da eficácia.²²⁵

²²⁴ BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*....., pp. 53-54.

²²⁵ Cf. BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*....., p. 45, quando afirma que “ *O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um*

Tem-se, então, que em BOBBIO, enquanto a validade/vigência significa a existência específica da norma (um problema ontológico do Direito), a eficácia significa o cumprimento da norma pelos destinatários ou a aplicação da norma pelas autoridades competentes no caso de descumprimento (um problema fenomenológico do Direito). Efetividade se constitui em um termo de cunho sociológico, voltado para a realização do Direito em termos concretos.

SILVA não faz referência à validade, mas apenas à vigência, como sendo “ a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível , sob certas condições.”²²⁶, logo, trata-se do plano da existência da norma jurídica, o que revela uma forte influência kelseniana.

Afirmando que vigência e eficácia são termos distintos, além de propor dois sentidos para o termo eficácia – eficácia social e eficácia jurídica - SILVA sustenta que eficácia “é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador”. Trata-se da verificação da norma no plano de sua aplicabilidade e exigibilidade. A eficácia social (ou efetividade) se relaciona com o alcance dos objetivos da norma, enquanto que a eficácia jurídica apenas representa a possibilidade de que tal venha a ocorrer²²⁷.

certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica”.

²²⁶ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*....., p. 52.

²²⁷ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*....., p. 66.

Constata-se, assim, que, para SILVA, enquanto a vigência corresponde à existência específica da norma jurídica, a eficácia se desdobra em dois sentidos: (1) eficácia social ou efetividade, relacionada com o alcance dos objetivos da norma; (2) eficácia jurídica, relacionada com a possibilidade de que tais objetivos sejam alcançados. Não há qualquer referência à validade da norma e o termo efetividade se confunde com a chamada eficácia social.

Verificados os conceitos tradicionais sobre validade, vigência, eficácia e efetividade, inclusive com alguma confusão entre uns e outros, passa-se ao exame dos conceitos garantistas. Trata-se de uma reformulação ou de uma adequação daqueles conceitos, sempre preservadas as distinções, a partir de um Estado Constitucional de Direito que incorpora e positiva em seus estatutos princípios ético-políticos – tais como valor da pessoa humana, igualdade, direitos civis e políticos, etc... - que determinam também valorações ético-políticas e de justiça nas normas produzidas.^{228_229}

Em termos gerais pode-se dizer que para o Garantismo²³⁰: (1) uma norma é vigente “ *quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito*”; (2) uma norma é válida “*quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior*”; (3) uma norma é eficaz “*quando é de fato observada pelos seus*

²²⁸ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 78.

²²⁹ Vide, também, ALEXY, Robert, El concepto y la validez del derecho....., pp.159-161.

²³⁰ Conforme CADEMARTORI, Sérgio, op. cit. pp. 79-80.

destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)". CADEMARTORI adota como sinônimos os termos eficácia e efetividade²³¹.

Há, ainda, uma outra distinção a ser feita em relação à justiça, ou seja, uma norma é justa " *quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico)*"²³².

FERRAJOLI²³³, ao distinguir vigência de validade, afirma que

*"Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos e independientes entre sí : la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción."*²³⁴

É que para o Garantismo, ao contrário da teoria tradicional, não basta que a uma norma tenha sido produzida por um órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito - em flagrante confusão entre vigência e validade - para que uma norma seja válida. Será vigente, mas não válida. Para ser válida a norma deverá, além da conformação formal, ter uma conformação substancial com as normas de hierarquia superior. A norma para ser válida deve ter um vínculo de forma e de conteúdo com os princípios e valores positivados na Constituição.

²³¹ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 79.

²³² CADEMARTORI, Sérgio, idem, ibidem.

²³³ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías....., pp. 21-22.

²³⁴ "Trata-se, pois, de dois conceitos assimétricos e independentes entre si: a vigência guarda relação com a forma dos atos normativo, é uma questão de subsunção ou de correspondência das formas dos atos produtivos de normas com as previstas pelas normas formais sobre sua formação; a validade, ao referir-se ao significado, é pelo contrário uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com as de caráter substancial sobre sua produção."

SERRANO²³⁵, ao fazer uma abordagem garantista sobre os conceitos de validade e vigência, estabelece a seguinte terminologia: (1) justiça, (2) legitimidade, (3) validade ética, (4) validade social, (5) efetividade, (6) eficácia de cumprimento, (7) eficácia de sanção, (8) eficiência, (9) vigência e (10) validade jurídica²³⁶.

Tal distinção é feita – principalmente no que se refere a justiça, eficácia, vigência e validade - de forma a permitir uma construção consistente para embasar a necessária e fundamental distinção garantista entre validade, vigência e eficácia. Verifica-se que SERRANO²³⁷ acrescenta às teorias reducionistas propostas por BOBBIO²³⁸ uma teoria que reduz a validade à vigência, formulando relações entre umas e outras de forma a justificar as distinções²³⁹⁻²⁴⁰.

²³⁵ SERRANO, José Luis, Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica, Madris: Trotta, 1999, pp. 17-25.

²³⁶ (1) e (2) “Justicia o legitimidad es, en definitiva y desde aquí vista, la cualidad en virtud de la cual una norma jurídica merece reconocimiento ético.”; (3) “La validez ética no es una pre-condición (temporal y jurídica) de la validez jurídica, sino una ‘propiedad emergente’ del funcionamiento del sistema jurídico.”; (4) “validez social – Se dice que una norma vale socialmente cuando se puede establecer su pertenencia a un sistema normativo colectivo o de moral social”; (5) “Efectividad implica una concepción instrumental del ordenamiento jurídico al servicio de determinados fines y caracteriza a la norma jurídica desde el punto de vista de su virtualidad para alcanzar un fin, su idoneidad como instrumento para lograr determinado objetivo”; (6) “Eficacia de cumplimiento (...) decimos que una norma es eficaz cuando los destinatarios la cumplen.”; (7) “Eficacia de sanção (...) designa el supuesto en que la violación de una norma es sancionada adecuadamente.”; (8) “Eficiencia (...) con ella designaremos aquellos casos en que una norma alcanza los fines que se propone con un coste razonable (eficiencia) o, al contrario, una norma alcanza sus fines pero con un coste mayor que el beneficio que produce (ineficiencia).”; (9) “vigencia jurídica de una norma equivale, pues, a existencia de esa norma como norma jurídica.”; e (10) “La validez sería definible provisionalmente como la cualidad o estatus de aquellas normas vigentes que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente en un sistema jurídico.”

²³⁷ SERRANO, José Luis, op. Cit. pp. 36-50, nas pegadas de BOBBIO, Norberto, para “armar el concepto de validez”, distingue quatro teorias reducionistas : (1) que tendem a reduzir a validade à justiça, como por exemplo o jusnaturalismo; (2) que tendem a reduzir a justiça à validade, como por exemplo o formalismo ético; (3) que tendem a reduzir a validade à eficácia, como por exemplo o realismo jurídico; e (4) que tendem a reduzir a validade à vigência, como por exemplo o positivismo normativista.

²³⁸ Vide nota 220.

²³⁹ Tal qual realizado por BOBBIO, Norberto, (vide nota 219), SERRANO, José Luis, op. cit. pp. 36-50, sustenta a distinção e a independência dos conceitos, fazendo as relações possíveis entre os mesmos, mas acrescentando as combinações o conceito de vigência. Assim, uma norma comporta as seguintes combinações (1) vigência-eficácia; (2) vigência-validade; (3) vigência-justiça; (4) não vigência-eficácia; (5) não vigência-validade; (6) não vigência-justiça; (7) vigência-ineficácia; (8) vigência-invalidade; (9) vigência-injustiça; (10) validade-eficácia; (11) validade-justiça; (12) invalidade-eficácia; (13) justiça-

Tem-se, então, que para o garantismo enquanto a vigência significa a existência específica da norma jurídica como tal, mas apenas em termos formais, ou seja, se sua produção se fez por órgão competente e em conformidade com o procedimento prescrito, a validade significa a conformação da norma tanto em termos formais, quanto em termos substanciais com as normas hierarquicamente superiores, ou seja, deve haver uma relação de coerência substancial, de conteúdo/significado, entre a norma produzida e os valores e princípios já positivados desde a Constituição. A eficácia, por sua vez, fica melhor entendida a partir das quatro acepções propostas por SERRANO, isto é, (1) eficácia = efetividade (alcance dos fins expressos na norma), (2) eficácia = eficácia de cumprimento (quando os destinatários cumprem as disposições da norma), (3) eficácia = eficácia de sanção (quando a norma é aplicada – sanção – em face do descumprimento/violação) e (4) eficácia = eficiência/ineficiência (quando uma norma alcança os fins a que se propõe com um custo razoável ou alcança os fins a que se propõe com um custo maior do que os benefícios).

Na Teoria Garantista, a partir das distinções postas, se inverte o enfoque enunciado pela teoria kelseniana de que há necessidade de uma mínima eficácia da norma e do ordenamento para que uma norma seja válida/vigente, na medida em que a vigência (que é diferente da validade e da eficácia) é que se constitui em pré-requisito da validade.

invalidade; (14) validade-ineficácia; (15) validade-injustiça; (16) eficácia-injustiça; (17) ineficácia-injustiça; (18) eficácia-injustiça. Diz que o garantismo admite todas estas combinações, com exceção da NÃO VIGÊNCIA-VALIDADE na medida em que a vigência se constitui em pré-requisito de validade.

²⁴⁰ SERRANO, José Luis, op. Cit. p. 54, ainda faz importante distinção entre o que chama de "Juízo de vigência", Juízo de validade" e "juízo de justiça", identificando a forma ou estrutura de cada um da seguinte forma : 1) Juízo de vigência - binário/possibilístico, fático, interno ao sistema e textual; 2) Juízo

2.5 - O PROBLEMA DAS ANTINOMIAS E DAS LACUNAS

Definidos e traçados os conceitos e relações entre as concepções tradicionais e garantistas - relacionadas com validade, vigência, eficácia e efetividade - é necessário que sejam examinados os aspectos relacionados com as antinomias e com as lacunas. Veja-se a noção de umas e de outras nas obras de KELSEN e de BOBBIO em confronto com a Teoria Garantista.

KELSEN²⁴¹ refere-se a conflitos de normas para dizer que *“Um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela”*.²⁴² Para o mestre austríaco, as situações que caracterizam o conflito de normas *“ (...) podem e devem necessariamente ser resolvidos pela via da interpretação”*. Aponta, no caso de normas do mesmo escalão, as seguintes soluções: (1) a aplicação do princípio da *“lex posteriori derogat priori”*; (2) na impossibilidade de aplicação do princípio retro, quer na contradição total, quer na contradição parcial, a escolha de uma das duas normas deve ser feita pelo órgão competente para a aplicação das normas.²⁴³ Já no caso de normas de diferentes escalões, continua o autor, não poderá haver qualquer contradição entre uma

de validade – gradual/probalístico, valorativo, interno ao sistema e textual; 3) Juízo de justiça – gradual/probalístico, valorativo, externo ao sistema e contextual.

²⁴¹ KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito....., pp. 228-229.

²⁴² KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direitos....., p. 229, traz o seguinte exemplo : *“(...) quando uma as normas determina que o adultério deve ser punido e a outra que o adultério não deve ser punido; ou quando uma determina que o furto deve ser punido com a morte a outra determina que o furto deve ser punido com prisão (e, portanto, não é com a morte que deve ser punido)”*.

²⁴³ KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito....., pp. 229-230.

norma inferior e uma norma superior²⁴⁴, justamente porque “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma outra norma que é, em relação a ela, a norma inferior”²⁴⁵.

Para BOBBIO²⁴⁶, antinomia jurídica se caracteriza pela incompatibilidade entre duas normas pertencentes ao mesmo ordenamento e ao mesmo âmbito de validade.²⁴⁷ Com base em ALF ROSS, identifica três tipos de antinomias (1) Total - total: quando duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade, sendo que em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra; (2) Parcial - parcial : quando duas normas incompatíveis têm âmbito de validade em parte igual e em parte diferente, subsistindo a antinomia apenas para a parte comum; (3) Total – parcial: Quando de duas normas incompatíveis uma tem um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou seja, se o seu âmbito de validade é integralmente igual a uma parte da outra há a caracterização de antinomia total da primeira em relação a segunda, sendo que será uma antinomia parcial da segunda em relação a primeira.²⁴⁸⁻²⁴⁹ A

²⁴⁴ KELSEN, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado....., p. 233.

²⁴⁵ KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito....., p. 215.

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico....., p. 88.

²⁴⁷ BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico....., pp. 90-91, conceitua as antinomias em sentido próprio e identifica, a partir de Karl Engisch, mais três significados para o que denomina de “antinomias impróprias” :1) antinomia de princípio; 2) antinomia de avaliação e 3) antinomias teleológicas.

²⁴⁸ BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico....., pp. 88-89.

²⁴⁹ BOBBIO, Norberto, Idem, ibidem, apresenta os seguintes exemplos para ilustrar os três tipos de antinomia : 1) Total – total: “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema”; 2) Parcial – parcial : “É proibido, aos adultos, fumar cachimbo e charuto das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar charuto e cigarro das cinco às

solução das antinomias em sentido próprio²⁵⁰ pode ser feita, via de regra, a partir de três critérios, ou seja, (1) critério cronológico – *lex posterior derogat priori*; (2) critério hierárquico – *lex superior derogat inferiori* e (3) critério da especialidade – *lex specilis derogat generali*.^{251_252}

Quanto à idéia de lacuna, KELSEN²⁵³ se pronuncia no sentido de que tal situação representa uma ficção quando significa que o Direito vigente não pode ser aplicado a um caso concreto porque não existe nenhuma norma geral que se refira a esse caso. Trata-se de uma ficção na medida em que “*A ordem jurídica não pode ter quaisquer lacunas*”²⁵⁴ justamente porque o aplicador da lei está autorizado, nessa situação, a resolver uma disputa “*como legislador*”²⁵⁵. Ou seja, na falta de uma norma geral para regular uma situação pode o juiz criar uma norma individual, específica, para a solução do caso²⁵⁶. Por outro lado, para o positivismo normativista kelseniano uma conduta pode ser regulada pela ordem jurídica tanto positivamente quanto negativamente, ou seja, prevalece o princípio da liberdade geral - marco da legalidade - no sentido de “*tudo que não é proibido*

sete na sala de cinema.”; 3) Total – parcial : “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar, das cinco às sete, na sala de cinema, somente cigarros.”

²⁵⁰ Que BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico....., p. 92, subdivide em antinomias solúveis ou aparentes e antinomias insolúveis ou reais.

²⁵¹ BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico, pp. 92-97.

²⁵² BOBBIO, Norberto, Idem, pp. 97-104 desenvolve o tema para afirmar a insuficiência dos três critérios apontados, indicando um quarto critério “*tirado da forma da norma*” - que podem ser imperativas, proibitivas e permissivas -, além de demonstrar a possibilidade de conflito entre os critérios postos (pp.105-110).

²⁵³ KELSEN, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado....., p. 212.

²⁵⁴ KELSEN, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado....., p. 213.

²⁵⁵ KELSEN, Hans, Idem, ibidem.

²⁵⁶ KELSEN, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado....., p. 214-215, sustenta que esta ficção quanto à existência de lacunas implica ocorrência de duas restrições para que haja uma substituição do legislador, ou seja, (1) que a obrigação violada não esteja estipulada em nenhuma norma geral e (2) quando a aplicação do direito, apesar de logicamente possível, representar uma situação de injustiça ou de iniquidade constatada pelo juiz..

é permitido”²⁵⁷. Assim, “A teoria das lacunas do Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial.”²⁵⁸

BOBBIO²⁵⁹, por sua vez, analisa o problema das lacunas a partir da completude/incompletude²⁶⁰ do ordenamento jurídico. No primeiro, quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente; portanto, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. No segundo, quando o sistema não compreende nem a norma que proíbe certo comportamento nem a norma que o permite. A verificação da incompletude do sistema jurídico determina a existência de uma lacuna, sendo que, para o mestre italiano, tal situação não se estabelece pela falta de uma norma regulamentadora de um caso, mas pela “*falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deva ser aplicada*”, isto é, considera tratar-se de um problema de excesso de normas²⁶¹. Constatada

²⁵⁷ KELSEN, Hans, Teoria pura do Direito....., p. 273.

²⁵⁸ KELSEN, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado....., p. 215.

²⁵⁹ BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico....., pp. 115-159.

²⁶⁰ BOBBIO, Norberto, idem, pp. 37-70 e 71-114, destaca a existência de mais duas características do ordenamento jurídico: A UNIDADE – significando “*que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma*” (p.49) ou seja, à norma fundamental; A COERÊNCIA – que pode ser definida como “*aquela propriedade pela qual nunca se dá o caso em que se possa demonstrar a pertinência a um sistema de uma certa norma e da norma contraditória.*”

²⁶¹ Conforme BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico....., p. 119, a completude é considerada “por alguns” como “um dos aspectos salientes do positivismo jurídico” na medida em que se identifica com a concepção de produção jurídica como um monopólio estatal. Afirma a existência de duas correntes básicas e opostas para o problema completude/incompletude. Uma corrente que, “nos tempos modernos”, pode ser identificada a partir do processo de codificação do direito é a escola da exegese (com uma atitude que chegou a ser chamada de fetichismo da lei) no sentido de sustentar a completude do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a inexistência de lacunas; Em oposição a esta corrente se estabeleceu a escola do direito livre, justamente para sustentar a incompletude do ordenamento jurídico e a existência de lacunas. Sustenta, também, que o positivismo jurídico de estrita observância não se deixa vencer e retoma a discussão para argumentar pela completude do ordenamento jurídico a partir de duas teorias: (1) uma com as noções de espaço jurídico pleno – com total regulação pelo direito - e

a incompletude do ordenamento jurídico, o mesmo pode ser completável a partir de dois métodos: (1) pela auto-integração – recorrendo ao próprio ordenamento e no âmbito da mesma fonte dominante (analogia e princípios gerais do direito) e (2) pela heterointegração – com recurso a outros ordenamentos e à fontes diversas da fonte dominante (outros ordenamentos jurídicos estatais, costume, Direito judiciário/eqüidade, Direito científico/doutrina).

A Teoria Garantista, como teoria positivista crítica, não ignora o problema das antinomias (coerência/incoerência) e das lacunas (completude/incompletude), colocando-as como características estruturais do Direito vigente e não como propriedades (coerência/completude) do Direito vigente. Assim, a coerência e a completude devem ser tidas como ideais limites do Direito válido no âmbito do dever-ser das normas em relação com às superiores justamente porque, em cada nível normativo, há uma relação normativa das normas superiores em relação às inferiores e uma relação fático das normas inferiores em relação às superiores. Isso determina as noções de juízo de invalidade das normas inferiores e de ineficácia das normas superiores.²⁶²

FERRAJOLI²⁶³ afirma que:

“Es claro que semejante estructura dei Estado constitucional de derecho está destinada, por su misma naturaleza, a un grado más o menos elevado de ineficacia : a causa de la posible incoherencia generada por normas que resultem inválidas al contrariar prohibiciones impuestas por

espaço jurídico vazio – inexistência de regulamentação porque juridicamente irrelevante, inexistindo, portanto, lacunas e (2) outra com a noção de regra geral exclusiva, ou seja, todos os comportamentos que não estão regulados pela norma particular são regulados pela norma geral exclusiva, não havendo espaço para lacunas.

²⁶² CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. pp. 82-83.

²⁶³ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías , p. 24.

normas superiores a la esfera de lo decidible; o, a la inversa, por la posible falta de plenitud debida a la omisión de normas o de decisiones en contraste con obligaciones impuestas a la misma esfera. Éstos son los dos posibles vicios del ordenamiento : las antinomias y las lagunas, determinados respectivamente, en virtud de su diversa estructura, por los derechos de libertad, que consisten en expectativas negativas a las que corresponden límites negativos, y por los derechos sociales, que, a la inversa, consisten en expectativas positivas a las que corresponden vínculos positivos por parte de los poderes públicos ²⁶⁴.

Verifica-se que, para o Garantismo, a incoerência no ordenamento jurídico (antinomia) está diretamente relacionada com os direitos de liberdade - expectativas negativas -, enquanto que a incompletude do ordenamento jurídico (lacunas) está diretamente relacionada como os direitos sociais – expectativas positivas. Sempre a partir de uma relação substancial entre as normas, para efeitos de se determinar a validade das mesmas, verifica-se que, na incoerência, pode haver uma antinomia entre normas inferior e superior, de maneira a determinar a INVALIDADE²⁶⁵ daquela norma. Na incompletude, pode haver uma lacuna – ausência de norma ou de decisões – que deixam de regular vínculos positivos impostos ao poder público de maneira a determinar a INEFICÁCIA²⁶⁶ da norma.

Admitida a incoerência (antinomias) e a incompletude (lacunas) como vícios estruturais do Direito vigente e reconhecida a impossibilidade de eliminação

²⁶⁴ “É claro que semelhante estrutura do Estado constitucional de direito está destinada, por sua natureza mesma, a um grau mais ou menos elevado de ineficácia: a causa da possível incoerência gerada pelas normas que resultem inválidas ao contrariar proibições impostas por normas superiores na esfera do decidível; ou, ao contrário, pela possível falta de plenitude devido a omissão de normas ou de decisões em contraste com obrigações impostas na mesma esfera. Estes são os dois possíveis vícios do ordenamento: as antinomias e as lacunas, determinados, respectivamente, em virtude de sua estrutura diversa, pelos direitos de liberdade, que consistem em expectativas negativas e que correspondem a limites negativos, e pelos direitos sociais, que, ao contrário, consistem em expectativas positivas a que correspondem vínculos positivos dos poderes públicos”.

²⁶⁵ Vide o conceito de validade estabelecido nos “conceitos garantistas”, retro.

²⁶⁶ Vide o conceito de eficácia estabelecido nos “conceitos garantistas”, retro.

completa de tais vícios²⁶⁷ o Garantismo propõe sua redução máxima por meio de adequadas garantias, sendo que *“Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”*²⁶⁸.

2.6 - A LEGITIMAÇÃO FORMAL E A LEGITIMAÇÃO SUBSTANCIAL

GARANTISTAS

Merecem análise neste capítulo, ainda, as noções de legitimação formal/substancial e de democracia formal/substancial²⁶⁹.

A noção de fontes formal e material de legitimação está intimamente relacionada com as modalidades de Estado de Direito. Uma modalidade de Estado de Direito, com um governo *sub lege* – submetido às leis -, mas entendido como aquele conferido por lei, tem uma conotação meramente formal, podendo

²⁶⁷ Conforme FERRAJOLLI, Luigi, *Derechos y Garantías* p. 24. *“Un Estado constitucional de derecho es por su naturaleza un ordenamiento imperfecto, resultando impensable (.....) una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más, la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomia y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial.”*

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías* p. 25. *“As garantias não são outra coisa que as técnicas previstas pelo ordenamento jurídico para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, por tanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional.”*

²⁶⁹ Cabe referir que, neste trabalho, não serão aprofundados os estudos sobre as formas de legitimação, tampouco sobre democracia, havendo referências à legitimação formal/substancial e à democracia formal/substancial sob o enfoque garantista apenas para proporcionar uma visão mais completa sobre o Garantismo. Sobre as formas de legitimação vide CADEMARTORI, Sérgio, - *Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998. Sobre os

fundamentar a legitimidade até mesmo de um Estado totalitário. Outra modalidade de Estado de Direito é aquele em que todo e qualquer poder é *limitado* pela lei – característico dos Estados Constitucionais - onde há não apenas procedimentos próprios para a produção de normas inferiores, mas também limites substanciais para o exercício de todo e qualquer Poder. Para a primeira, há uma legalidade em sentido amplo ou de validade formal; para a segunda, há uma legalidade em sentido estrito ou de validade substancial.²⁷⁰

O Garantismo tem, conforme já afirmado (Capítulo 2, Item 2.2.1), uma matriz liberal e positivista – mas liberal e positivista crítica – onde a liberdade e a legalidade representam parte de seu alicerce (soma-se a isso a igualdade substancial e o respeito aos direitos fundamentais). Se se trata de uma teoria com esta matriz é certo que se funda em uma fonte formal e, necessariamente, em uma fonte substancial de legitimação.

Assim, *“La legitimación formal es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley. La legitimación sustancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos”*.²⁷¹ Ainda que distintas tais fontes, verifica-se que, no modelo apresentado, há uma estreita relação entre uma e outra, sendo certo que, sem a primeira fonte (formal) a segunda fonte (substancial) nunca poderá ser satisfeita.

fundamentos do chamado “ponto de vista externo” ver FERRAJOLI, Luigi, – *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*, Capítulo 14, Madrid: Trotta, 1998.

²⁷⁰ CADEMARTORI, Sérgio, op. Cit. pp. 156-157.

Aspecto não menos importante diz respeito aos conceitos de democracia substancial e de democracia formal. *“É chamado democracia substancial ou social o ‘estado de direito’ munido de garantias específicas, tanto liberais quanto sociais; sendo que a democracia formal ou política será o ‘estado político representativo’, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade”*²⁷². A essas expressões correspondem o que se pode chamar de estado social – onde a regra deve ser *“nem sobre tudo se pode deixar de decidir”*, nem mesmo por maioria, como por exemplo os direitos sociais – e estado liberal – onde a regra é *“nem sobre tudo se pode decidir”*, nem mesmo por maioria, como por exemplo dos direitos de liberdade -.²⁷³

Examinados os conceitos e a noção de legitimidade formal/substancial sob o enfoque garantista, convém que se examine a relação existente entre Direitos Fundamentais, Estado Constitucional de Direito e Garantismo, objeto do item seguinte.

2.7 - ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTISMO

No capítulo anterior foram examinados os aspectos relacionados com a evolução do Estado Absolutista para o Estado de Direito, bem como sobre a

²⁷¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón.....*, p. 918. “A legitimação formal é a que vem assegurada pelo princípio da legalidade e de sujeição do juiz à lei. A legitimação substancial é a que recebe a função judicial de sua capacidade de tutela ou garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.”

²⁷² CADEMARTORI, Sérgio, *Op. Cit.* p. 161.

superação do Estado Legislativo de Direito pelo Estado Constitucional de Direito, além da evolução histórica, posituação e constitucionalização dos Direitos Fundamentais. Neste capítulo, até este momento, houve o exame da Teoria Geral do Garantismo em suas três acepções, assim como a verificação dos conceitos garantistas sobre validade, vigência, eficácia e efetividade e noções garantistas sobre legitimidade formal/substancial. Cabe agora estabelecer a relação existente entre Estado Constitucional de Direito, Direitos Fundamentais e Garantismo.

Conforme já mencionado²⁷⁴, o Estado Moderno se caracteriza justamente pelo Estado de Direito a partir do momento em que o Direito é quem regula o exercício do Poder, ou seja, o Poder é exercido *per legem* – por meio de leis genéricas e abstratas - e *sub lege* - onde todo o Poder se submete ao Direito. Trata-se do Estado Legislativo de Direito que representa o primeiro momento do Estado de Direito e um avanço, eis que estabelece limites ao Poder do soberano, situação característica do Estado Burguês-Liberal clássico. A crise dessa modalidade de Estado de Direito ocorre desde o momento em que se identifica uma crise da Lei e do Direito como mecanismo de regulamentação e programação social. Essa crise se manifesta a partir da constatação de duas três situações: 1) de experiências práticas de exercício totalitário do poder, ainda que formalmente legal (Estados Fascistas e Nazista); 2) do caráter conflitivo da realidade social; 3) da ausência da propalada neutralidade do Direito. Revela o esgotamento do Estado Legislativo de Direito com a necessidade de surgimento de uma nova ordem – Estado Constitucional de Direito.

²⁷³ CADEMARTORI, Sérgio, *Idem*, *ibidem*.

O Estado Constitucional de Direito²⁷⁵ firma fundamentalmente o caráter normativo e vinculante das Constituições. Trata-se do estabelecimento de um plano de juridicidade superior e indisponível que a vincula, a todos os Poderes (Públicos e Privados), superando a noção de juridicidade frágil que até então era característica das normas constitucionais no Estado Liberal Clássico. Há, também, uma transformação da concepção de Direito, na medida em que o princípio da legalidade – pilar do Estado de Direito – já não comporta uma leitura tão liberal que, em linha de princípio, estabelece a liberdade do particular e a limitação ao poder do Estado. Passa a haver certa flexibilidade na definição de uma e de outra situação a fim de estabelecer a submissão do público e do privado ao Estado Constitucional de Direito.

Reportando-se ao primeiro Capítulo, torna-se presente o conceito de Direitos Fundamentais²⁷⁶ - direitos ou situações jurídicas positivadas no ordenamento jurídico destinados à assegurar a dignidade da pessoa humana, tanto na esfera de sua individualidade, quanto na esfera de suas relações. Trata-se do estabelecimento de direitos em um processo cumulativo e sucessivo que tem sido identificado como gerações, gestações ou dimensões de direitos, embasados nos postulados da Revolução Francesa - Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Contemporaneamente fala-se em direitos de primeira, segunda, terceira e também de quarta e quinta geração, gestação ou dimensão.

²⁷⁴ Sobre a evolução do Estado absolutista ao Estado de Direito vide capítulo I.

²⁷⁵ Sobre Estado constitucional de direito vide capítulo I.

²⁷⁶ Sobre Direitos Fundamentais vide capítulo I.

Verifica-se, então, que os Direitos Fundamentais são inicialmente positivados em declarações de direitos - apresentando-se como fundamento das Constituições do que se pode chamar de Estado Moderno - para, logo após, se converterem em conteúdo significativo dessas Constituições, no sentido da positivação/constitucionalização dos Direitos Fundamentais.

O Garantismo, pois, é identificado como uma teoria que tem por base o *"conceito de centralidade da pessoa"*²⁷⁷, a partir de uma concepção de Estado - como instrumento capaz de alcançar valores ligados à dignidade da pessoa humana, à paz, à liberdade plena e à igualdade substancial. E esses valores são alcançados, em diversos níveis, desde um modelo normativo fortemente ancorado na Constituição, nos Direitos Fundamentais, na separação/reconstrução dos conceitos de validade, vigência e eficácia e no estabelecimento da separação entre o que denomina de ponto de vista interno/ponto de vista externo.

Percebe-se, então, que a Teoria Garantista encontra terra fértil para se desenvolver, justamente, no Estado Constitucional de Direito para efeitos de buscar uma maior efetividade do Direito a partir do referencial representado pelos Direitos Fundamentais. O Constitucionalismo é eleito como um novo paradigma do Direito que vai sujeitar a produção do Direito ao Direito. Os Direitos Fundamentais se constituem em limites substanciais que vinculam os entes públicos e privados ora negativamente (direitos de liberdade), ora positivamente (direitos sociais).

²⁷⁷ CADEMARTORI, Sérgio, Op. cit. p. 72.

Estabelecidos os traços gerais do garantismo (inclusive com a definição de garantia), verificadas as acepções admitidas para esta teoria com o estudo de seus conceitos básicos (validade, vigência, eficácia, efetividade), definidas as noções sobre legitimação formal/substancial, bem como da relação existente entre Garantismo/Estado Constitucional de Direito/Direitos Fundamentais - se descortina um horizonte que, trazido ao âmbito da Constituição Federal de 1988, apresenta-se paradoxalmente desalentador e promissor. Desalentador, em face de uma prática política e jurisdicional perversa de esvaziamento dos princípios, valores e, enfim, do conteúdo da Constituição; promissor, porque busca resgatar, ainda que na contramão dessa história recente, todo o potencial que marcou/marca a Constituição Federal de 1988 como uma das mais bem elaboradas e avançadas, em termos de garantias dos cidadãos. E é este o tema que será desenvolvido no capítulo seguinte, com o necessário viés para o campo do Direito social ao/do Trabalho.

CAPÍTULO III

O DIREITO AO E DO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA PERSPECTIVA GARANTISTA

3.1 - PROLEGÔMENOS

No capítulo I, fez-se uma breve explanação sobre a formação do Estado Moderno, desde o Estado Absolutista, passando pelo Estado Legislativo de Direito para chegar ao Estado Constitucional de Direito. Houve, também, uma análise da evolução histórica e normativa dos Direitos fundamentais, desde a positivação inicial (por meio das declarações de direitos) para chegar à positivação constitucional. Tratou-se, ainda, da definição de direitos sociais fundamentais, com destaque para o Direito ao/do Trabalho.

No capítulo II, buscou-se estabelecer noções sobre os traços da Teoria Geral do Garantismo e definir garantia. Após, houve o estudo das acepções de Garantismo, quer como Modelo Normativo de Direito, quer como Teoria Jurídica da validade, vigência e eficácia normativas, quer como Filosofia Política. A seguir,

tratou-se de focalizar os conceitos garantistas de validade, vigência, eficácia e efetividade, em contraponto aos conceitos tradicionais, além de traçar as relações entre legitimação formal/substancial e democracia formal/substancial. Por fim, houve uma análise entre os elos existentes entre o Garantismo, o Estado Constitucional de Direito e os Direitos Fundamentais.

Neste capítulo, constitui-se objeto de estudo a evolução/constitucionalização dos direitos sociais no Brasil, com ênfase para (1) o direito social ao trabalho como Direito Fundamental (Artigo 6º, da Constituição Federal) e (2) para os direitos trabalhistas (Artigo 7º, “caput” e Incisos, da Constituição Federal) como conteúdo substantivo daquele.

Inclui-se, também, o exame dos aspectos relacionados com trabalho, produção, emprego e desemprego. Merece análise, ainda, o discurso neoliberal, a globalização e a flexibilização, além da pretensão desregulamentadora em oposição à constitucionalização dos direitos sociais.

Justamente em face dessa situação é que se propõe um novo Direito ao/do Trabalho, com um alargamento de tutelas para o trabalho, onde se adota, como pilares indissociáveis, os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade.

A análise da Constituição Federal de 1988 – focalizada como um sistema de garantias no que se refere aos direitos sociais e de forma mais específica em relação ao Direito ao/do Trabalho - se faz absolutamente necessária para, então, se estabelecer uma perspectiva garantista destes direitos.

Por fim, busca-se a elaboração de uma perspectiva garantista deste Direito ao/do Trabalho, justamente na contramão das discussões que ora se têm realizado sobre o assunto e que, geralmente, se restringem a apresentar uma afirmação do discurso neoliberal.

3.2 - DIREITO AO/DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL

Um breve estudo da evolução e da constitucionalização dos Direitos Sociais no Brasil, quer em sentido lato “ *prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade*”²⁷⁸-, quer em sentido estrito – aqui representado especificamente pelo Direito ao Trabalho e pelos direitos trabalhistas – se faz absolutamente necessário para que se possa traçar a conexão existente entre direitos fundamentais/direitos sociais, Constitucionalismo e Garantismo.

²⁷⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional, p. 258.

3.2.1 - Evolução e Constitucionalização dos Direitos Sociais no Brasil

Se se pode afirmar que, no âmbito internacional, a positivação/constitucionalização dos direitos sociais teve, como marco, a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (1917)²⁷⁹⁻²⁸⁰ - e como consolidação e referência do constitucionalismo continental europeu a Constituição de Weimar (1919)²⁸¹ - em sede nacional é com a Constituição de 1934 que se inaugura o constitucionalismo social no Brasil.²⁸²⁻²⁸³

²⁷⁹ Isso porque a Constituição Francesa de 1848 representa uma inserção muito incipiente quando afirma a proteção do "... cidadão na sua pessoa, sua família, sua propriedade, seu trabalho, e pôr ao alcance de cada um a instrução indispensável a todos os homens (...) por uma assistência fraternal, assegurar a existência dos cidadãos necessitados, seja procurando-lhes trabalho nos limites de seus recursos, seja dando-lhes, à falta de trabalho, socorro àqueles que estão sem condições de trabalhar".

²⁸⁰ Refira-se a ressalva feita por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Op. Cit. p. 45, quando afirma antecedentes já na Declaração francesa de 1793 quando nos artigos 21 - "Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, seja procurando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência aos que não têm condições de trabalhar"- e 22 - "A instrução é necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo o seu poder os progressos da razão pública e pôr a instrução ao alcance de todos os cidadãos.", bem como na Constituição Brasileira do Império (1824), artigo 179, nº 31 - "A Constituição também garante os socorros públicos" e nº 32 - "A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos"; Vide, também, JUCÁ, Francisco Pedro, A Constitucionalização dos Direitos dos Trabalhadores e a Hermenêutica das Normas Infraconstitucionais, op. Cit.

²⁸¹ Registre-se que, mesmo afirmando que a Constituição Mexicana de 1917 representa o primeiro documento a acolher os direitos sociais, OLVERA, Óscar Rodríguez, - Op. Cit. pp.14 e seguintes - registra que CASCAJO CASTRO refere que o primeiro documento constitucional a reconhecer a positivação dos direitos sociais seria a Constituição de Weimar (1919); FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, Op. Cit. p. 45 - também discorda da afirmação de OLVERA ao dizer que "Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo no âmbito da América Latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (título VI);"

²⁸² A referência feita por FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, Op. Cit. p. 45 e por JUCÁ, Francisco Pedro, op. Cit. pp. 43 e seguintes quanto aos antecedentes na Constituição do Império (1824) apenas indicam precedentes quanto aos direitos sociais, mas sem significar o nascimento de um constitucionalismo social. Diz o segundo " O corte da primeira Constituição brasileira evidente é o próprio da época, e está restrita aos denominados direitos individuais, civis e políticos ."

²⁸³ Sobre o tema vide, também, WOLKMER, Antonio Carlos, Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil, São Paulo: Acadêmica, 1989. O autor se coloca entre aqueles que admitem a "revolução de 30" como marco inicial de uma "política social". Após afirmar que não há consenso quando "ao ponto inicial de uma política social", trazendo as referências de Evaristo de Moraes Filho - O problema do Sindicato Único no Brasil - e Ângela de C. Gomes - Política e Legislação Social no Brasil - , diz que " Parece que, mesmo admitindo algumas iniciativas legais de seguro e assistência aos trabalhadores antes de 1930, na verdade, tratava-se apenas de medidas legislativas 'assistemáticas', ou seja, esparsas concessões benevolentes das classes dominantes, alcançando áreas isoladas da classe trabalhadora, que pautavam por mera proteção e segurança física do operariado, ameaçado pelas péssimas condições de trabalho e pelos baixos salários. Foi, sem sombra de

A Constituição do Império (1824), outorgada por D. Pedro I, “*caracterizou-se pelo absolutismo na organização dos Poderes e acentuado liberalismo no tocante aos direitos individuais*”²⁸⁴, com desprezo significativo aos direitos sociais. A Primeira Constituição Republicana (1891) também descuidou os direitos sociais, prevalecendo entendimento de que “*O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as conseqüências dos contratos livremente realizados. Por esta forma o Estado não limita, não diminui, mas amplia a ação de liberdade e de atividade individual, garantindo os seus efeitos.*”²⁸⁵ Verifica-se, então, que essas duas Constituições tiveram franca influência liberal, sendo que, enquanto a primeira foi influenciada pelo pensamento francês, a segunda o foi pelo pensamento norte-americano.

Com a Constituição de 1934, após os acontecimentos que cercaram a Revolução de 30, se inaugura uma nova época constitucional no Brasil identificada com o “*constitucionalismo do Estado social*”²⁸⁶, que se projeta

dúvida, com a 'outorga' paternalista do período provisório que se promoveu todo um conjunto gradativo de Direitos Sociais, abrangendo as regulamentações laborais das inúmeras e diversas categorias profissionais.”

²⁸⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional Didático*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 154, aponta como principais destaques desta Constituição : 1) a existência de um Poder moderador; 2) sua característica de semi-rigidez e 3) a existência de uma Declaração de direitos Individuais de cunho liberal, malgrado a inclusão de direitos sociais relacionados com a garantia dos socorros públicos e com a instrução primária gratuita.

²⁸⁵ Texto extraído por NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 44, dos Documentos Parlamentares.

²⁸⁶ BONAVIDES, Paulo, *Op. Cit.* pp. 327-336 estabelece três “épocas constitucionais do Brasil” : 1) O constitucionalismo do Império: a presença da inspiração francesa e inglesa; 2) O constitucionalismo da Primeira República : a adoção do modelo americano, com o federalismo e o presidencialismo; e 3) O constitucionalismo do Estado social : o advento da influência das Constituições de Weimar e Bonn. Afirma que “ *Com a promulgação da nova Constituição de 16 de julho de 1934, inaugurou o Brasil a terceira grande época constitucional de sua história; época marcada de crises, golpes de Estado, insurreição, impedimentos, renúncia e suicídio de Presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e Constituições. Sua mais recente manifestação formal veio a ser a Carta de 5 de outubro de 1988.*”

também nas Constituições de 1946 e de 1988, com flagrante influência do constitucionalismo alemão – Constituição de Weimar (1919) e Lei Fundamental de Bonn (1949) -²⁸⁷. Diz BONAVIDES :²⁸⁸

“Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho.”

Trata-se, no âmbito nacional, do estabelecimento de um aparelhamento constitucional voltado para o social, com o surgimento de imagens novas de matéria constitucional, tais como: (1) a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, (2) o estabelecimento da ordem econômica e social, (3) a instituição da Justiça do Trabalho (4) a fixação de um salário mínimo e de férias anuais ao trabalhador, (5) a indenização por dispensa sem justa causa, (6) o amparo à maternidade e à infância. Enfim, coloca a família, a educação e a cultura sob a proteção especial do Estado.^{289_290_291}

²⁸⁷ Não há referência às Constituições de 1937 e de 1967-69 propositadamente na medida em que estas Constituições registram momentos de flagrante retrocesso de nossa frágil e combatida democracia, além de um vazio em termos de legitimidade a dar força a um constitucionalismo.

²⁸⁸ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit. p. 333.

²⁸⁹ BONAVIDES, Paulo, idem, pp. 334-335.

²⁹⁰ Vide Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16.07.34 –TÍTULO IV (DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL) , artigos 115-143, em especial artigos 115, 120, 121 parágrafos e alíneas e 123, além do artigo 122 que instituiu a “Justiça do Trabalho”, mas ainda em caráter administrativo; TÍTULO V (DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA), artigos 144-157.

²⁹¹ Vide Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18.09.46 – TÍTULO V (DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL), artigos 145- 162, em especial os artigos 145, 157, incisos, 158 e 159, além do

Especificamente em relação à Constituição Federal de 1988, verifica-se uma normatividade - TÍTULO II (DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS), Capítulo II (DOS DIREITOS SOCIAIS)²⁹² nos artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11, além do TÍTULO VII (DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA), Capítulo I (DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA) no artigo 170 “caput” e incisos III, V, VI, VII e VIII e do TÍTULO VIII (DA ORDEM SOCIAL), Capítulo II (DA SEGURIDADE SOCIAL), artigos 194/204, Capítulo III (DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO), artigos 205/217, Capítulo IV (DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA), artigos 218 e 219, Capítulo V (DA COMUNICAÇÃO SOCIAL), artigos 220/224, Capítulo VI (DO MEIO AMBIENTE), artigo 225, Capítulo VII (DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO), artigos 226/230 e Capítulo VIII (DOS ÍNDIOS), artigos 231 e 232, - que representam uma forte estrutura de positivação/constitucionalização de significativos Direitos e Garantias Sociais. Comprova-se, dessa forma, que o Corpo Constituinte que elaborou a Constituição Federal de 1988 fez uma indelével e irrevogável opção por um constitucionalismo social, ou seja, por uma Constituição do Estado Social. Neste sentido, BONAVIDES²⁹³ afirma que *“A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento”*.

artigo 94, V, do Capítulo IV, que agregou a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário; TÍTULO VI (DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA), artigos 163-175.

²⁹² Recentemente, na convocação extraordinária do Congresso Nacional no recesso de 1999/2000 houve inclusão da moradia no artigo 6º, como direito social. Emenda Constitucional 26 de 14.02.2000.

²⁹³ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit. p. 336. Complementando o pensamento, *“Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-*

Note-se, ainda, não ser por mero acaso que a Constituição de 1988 se estrutura de forma diferente da tradição estabelecida nas constituições pretéritas, quer em relação à ordem das matérias constitucionais, quer em relação à qualificação dessas matérias. Os Direitos e Garantias Fundamentais, por exemplo, se deslocam da parte final para a parte inicial do texto constitucional e, conforme lembra CARVALHO,²⁹⁴⁻²⁹⁵

“Essa colocação topográfica da declaração de direitos no início da Constituição, seguindo modelos de Constituições do Japão, México, Portugal e Espanha, dentre outras, tem especial significado, pois revela que todas as instituições estatais estão condicionadas aos direitos fundamentais, que deverão observar. Assim, nada se pode fazer fora do quadro da declaração de direitos fundamentais: Legislativo, Executivo e Judiciário, orçamento, ordem econômica, além de outras instituições são orientados e delimitados pelos direitos humanos.”

Por outro lado, os direitos sociais deixam de fazer parte da Ordem Econômica e Social para passarem a integrar o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, significando que aqueles direitos e garantias são FUNDAMENTAIS e, como tal, devem ser interpretados. Trata-se de uma opção do Constituinte que não pode ser

Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.”

²⁹⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves, Direito Constitucional Didático....., p. 199.

²⁹⁵ No mesmo sentido é a afirmação de SILVA NETO, Manoel Jorge e, Curso de Direito Constitucional do Trabalho, São Paulo : Malheiros, 1998, p. 70, quando afirma que *“Portanto, cerebrina não é a constatação de mudança da ‘residência’ constitucional dos direitos trabalhista, máxime porque insubstituível o papel dos direitos e garantias fundamentais à planificação de um direito político assentado, designadamente, na valorização do indivíduo”*. SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Constitucional do Trabalho, Rio de Janeiro: Renovar, p. 15, tem posicionamento diverso ao afirmar que *“A vigente Carta Magna brasileira tratou separadamente da ordem econômica e os direitos sociais, versando sobre estes no Título II e VIII e sobre aquela no Título VII. Rompeu, assim, a tradição, constitucional brasileira, que, desde 1934, vinha elencando os direitos individuais e coletivos do trabalho e a previdência social juntamente com a disciplinação da ordem econômica. Afigura-se-nos, porém, que esse divórcio é desaconselhado pelo entrelaçamento existente entre os direitos sociais-trabalhistas e a ordem econômica, porque possuem alguns princípios comuns e devem seguir a diretriz segundo a qual a finalidade do desenvolvimento econômico há de ser o processo social.”* Ainda que se possa concordar com a motivação deste doutrinador, não há como concordar com seu posicionamento, reafirmando-se o acerto do Constituinte em sua opção de elevar os direitos sociais à categoria de Direitos Fundamentais, tal qual a tendência constitucional contemporânea mais progressista.

desprezada, tanto que BONAVIDES²⁹⁶ insiste que “...o novo texto constitucional imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir de 1934.”. Esses direitos formam “a espinha dorsal do Estado social brasileiro na última versão que lhe é dada por uma constituinte republicana”²⁹⁷.

3.2.2 - O Direito Social ao Trabalho como Direito Fundamental

Deixando de lado eventuais definições reducionistas²⁹⁸ sobre o Direito do Trabalho, interessa a este estudo, neste momento, uma etapa mais avançada, ou seja, o processo de positivação/constitucionalização do Direito ao/do Trabalho²⁹⁹ no Brasil.

Percebe-se, como não poderia deixar de ser, que a constitucionalização do Direito ao/do Trabalho segue os mesmos passos dos direitos sociais como um todo. É oportuno registrar que o movimento das classes trabalhadoras – ou

²⁹⁶ BONAVIDES, Paulo, op. Cit., p. 339.

²⁹⁷ No mesmo sentido afirma ROMITA, Arion Sayão, Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos, São Paulo: LTr, 1993, p. 12, “A orientação do texto de 1988 merece, portanto, encômios, porque o relevo por ele atribuído aos direitos sociais confere eminente dignidade ao ser que trabalha e constitui inegável fonte de inspiração para o legislador infraconstitucional, além de conter diretriz heurística endereçada a tarefa do intérprete.”

²⁹⁸ Isto é, numa definição livre, se se trata de “uma disciplina que legaliza a exploração capitalista” ou de “uma disciplina que supera a luta de classes e põe termo à questão social”.

²⁹⁹ Repisa-se que o Direito ao trabalho – como Direito social fundamental - é figura distinta do Direito do Trabalho – como conjunto de normas (princípios e regras) que regulam as relações entre empregado e empregador –. A noção em relação ao primeiro é mais abrangente no sentido de abarcar a atividade humana “produtiva” de uma forma geral, enquanto que o segundo restringe-se ao “trabalho humano subordinado e não-eventual”. Faz-se a referência de forma alternativa (ao/do) apenas para efeitos deste estudo e na medida em que se pretende demonstrar que o Direito do trabalho deve ser visto como um referencial substantivo para qualquer trabalho que tenha como base a dignidade da pessoa humana.

movimento operário - se constituiu um carro chefe para a afirmação dos direitos sociais³⁰⁰, na medida em que a questão social significou o enfrentamento entre os detentores do capital e os trabalhadores³⁰¹ com o nascimento de um direito novo, identificado como Direito do Trabalho.

SÜSSEKIND³⁰², ao fazer referência às constituições brasileiras anteriores a 1930 e constituições brasileiras posteriores a 1930, estabelece um divisor de águas na evolução dos direitos sociais do trabalhador nas Constituições. Quanto às primeiras afirma que consagram uma filosofia liberal, com desprezo pelos direitos sociais trabalhistas: A Constituição do Império (1824), por influência dos ideais da Revolução Francesa; a Primeira Constituição Republicana (1891), por influência da Constituição norte-americana.³⁰³⁻³⁰⁴ Em relação às Constituições Brasileiras posteriores a 1930, este autor continua: *“Depois da revolução de 3 de outubro de 1930 todas as Constituições dispuseram sobre os direitos sociais do trabalhador. (...) Não obstante derrotada pelas forças armadas do Governo Provisório, a revolução paulista de 9 de julho de 1932 forjou, entretanto, a consciência nacional no sentido da constitucionalização do País.”*

³⁰⁰ Em relação aos “movimentos operários” e o surgimento dos direitos sociais no panorama histórico além do nacional vide capítulo I.

³⁰¹ vide o já citado CESARINO JUNIOR, A. F. e CARDONE, Marly, Direito Social....., p. 20.

³⁰² SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Constitucional do Trabalho....., pp. 25-37.

³⁰³ SUSSEKIND, Arnaldo, idem, ibidem, afirma que *“A mensagem do Presidente ARTUR BERNARDES propondo emenda constitucional não cogitou da questão social, apesar da vigência do Tratado de Versailles, assinado por plenipotenciários do Governo brasileiro. Mas a famosa conferência de RUI BARBOSA no Teatro Lírico, em 1920, defendendo a competência do Congresso Nacional para legislar sobre a proteção ao trabalho, irradiou, desde então, ampla adesão à sua proposição. Eis por que a reforma de 1926 atribuiu competência ao Congresso para ‘legislar sobre o trabalho’ (art. 34, n° 28)”*.

³⁰⁴ MAGANO, Otávio Bueno e MALLET, Estevão, O Direito do Trabalho na Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 10-11, afirmam que *“A Constituição de 1891 trouxe poucas inovações de ordem social, consistindo a principal delas no reconhecimento da liberdade de associação (...) As maiores alterações vieram com a reforma constitucional de 1926, consagradora de duas noções cardiais para o*

É novamente a Constituição de 1934, então, a precursora no reconhecimento de direitos sociais trabalhistas - ao estabelecer que a ordem econômica deve **ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna** (Art.115) - promove a **proteção social do trabalhador** com o reconhecimento de vários direitos (dentre eles, conforme Art.121, salário mínimo; fixação da jornada de trabalho em 8 horas; repouso hebdomadário; férias remuneradas; indenização por despedida sem justa causa; proibições de discriminação salarial em face de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, bem como de trabalho para menores de 14 anos e de restrição quanto ao trabalho para menores de 16 anos, de 18 anos e para mulheres; foi instituída a pluralidade sindical e o reconhecimento das convenções coletivas). É criada a Justiça do Trabalho (Art. 122), mas apenas como órgão vinculado à Administração.

A Constituição de 1937 preserva “o núcleo dos direitos sociais inaugurados em 1934”³⁰⁵, malgrado sua característica autoritária e a influência “dos ideais corporativistas”³⁰⁶. As alterações que se produzem, no âmbito do Direito ao/do Trabalho, estão no sentido de “considerar o trabalho um dever social, considerando a greve e o lockout recursos anti-sociais, o que encerra visão

direito social : a do bem público e a do direito do trabalho.” Tais “situações”, entretanto, apenas confirmam o imenso desprezo daquela Carta Constitucional em relação ao direitos sociais.

³⁰⁵ JUCÁ, Francisco Pedro, Op. Cit. p. 55.

³⁰⁶ MAGANO, Otávio Bueno e MALETT, Estevão, Op. Cit. p.14. Os autores afirmam, com base em Marcelo Caetano, que “Os postulados básicos do corporativismo resumem-se nos seguintes princípios : A atividade econômica deve guiar-se por padrões morais; não há duas classes sociais irreduzivelmente opostas, mas número indefinido de grupos econômicos operando em colaboração harmônica; a atuação social do indivíduo há de se desenvolver através do seu grupo econômico; o interesse nacional coloca-se acima de todos os interesses particulares; O Estado tem deveres a cumprir na vida econômica e social.”

totalitária”³⁰⁷; com significativo retrocesso à liberdade sindical, onde os sindicatos passam a desenvolver atividades preponderantemente assistencialistas.³⁰⁸

A reconstitucionalização ocorrida em 1946 - que significa a redemocratização do país e a manutenção daquela mesma linha de uma estrutura comprometida com um Estado Social - em termos de Direito ao/do Trabalho, mantém direitos já consagrados constitucionalmente (repouso semanal remunerado, indenização em face de despedida, férias remuneradas, salário mínimo), além de instituir ou elevar à Constituição outros direitos (salário superior para o trabalho noturno, instituição de seguro em face de acidente do trabalho, assistência aos desempregados, estabilidade no emprego, participação nos lucros). Em sede de direito coletivo, ainda que mantida a chamada inspiração corporativista, institui o direito de greve.³⁰⁹

A Constituição de 1967 (além da Emenda Constitucional nº 1, de 1969)³¹⁰, sob influência da Doutrina da Segurança Nacional, não introduz inovações significativas no âmbito do Direito ao/do Trabalho em termos substanciais. Apenas institui o direito ao salário-família³¹¹ e o Fundo de Garantia por Tempo de

³⁰⁷ JUCÁ, Francisco Pedro, Op. Cit. p. 55.

³⁰⁸ Cumpre observar que a Justiça do Trabalho, ainda sem fazer parte do Poder Judiciário, foi instalada sob a vigência da Carta de 1937, em 01 de maio de 1941 com a seguinte estrutura : um Conselho Nacional no Rio de Janeiro e oito Conselhos Regionais do Trabalho e Juntas de Conciliação e Julgamento nas capitais dos Estados.

³⁰⁹ A Justiça do Trabalho é incorporada ao Poder Judiciário (Art.94, V), em composição paritária, com competência preponderante para apreciar e julgar os dissídios individuais e coletivos oriundos das relações entre empregados e empregadores, “além de outras controvérsias oriundas de relação de trabalho....” (Artigo 123)

³¹⁰ Leva-se em conta aqui apenas a Constituição de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional número 1, de 17.10.69 e alterações posteriores.

³¹¹ Trata-se, na verdade, de direito de natureza previdenciária, ainda que paga pelo empregador.

Serviço³¹², além de reduzir a idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho para doze anos. No âmbito do Direito Coletivo, o direito de greve sofreu significativa limitação. No âmbito da competência da Justiça do Trabalho ficou o Tribunal Superior do Trabalho como última instância, salvo quanto às matérias que tratam de ofensa à Constituição. A competência para julgar os dissídios entre servidores públicos (evidentemente "Celetistas") e a União, autarquias federais e empresas federais passou a ser da Justiça Federal Comum. JUCÁ³¹³ afirma, a despeito da orientação marcadamente autoritária, que *"Há uma inovação importante e relevante na Carta de 1967/69, porquanto, ao tratar no Título III, da Ordem Econômica e Social, estabelece quadro principiológico, orientadores e condicionantes que estão contidos nos cinco incisos do art. 160, e, obviamente, igualmente se aplicam ao art. 165 que enlista os direitos dos trabalhadores."*³¹⁴

Sem adentrar na discussão dizente com o acerto ou não do Poder Constituinte no sentido da elaboração de uma Constituição rígida, escrita, codificada, democrática e prolixa³¹⁵, tem-se que a Constituição de 1988, ao ser

³¹² O trabalhador poderia optar entre o regime da CLT (estabilidade) ou pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, sendo que tal "opção" se converteu, no mais das vezes, em "regra", atingindo e enfraquecendo significativamente o instituto da estabilidade no emprego cujo golpe derradeiro foi dado pela Constituição de 1988 (art.7º, I,) ao estabelecer o que denominou de "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa", além de transformar o antigo regime optativo do FGTS em "regra" (art.7º, III) para os "trabalhadores urbanos e rurais" (art.7º, "caput").

³¹³ JUCÁ, Francisco Pedro, op. Cit. p. 61.

³¹⁴ Diz o Artigo 160: A Ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios : I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre as categorias sociais e de produção; V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e VI – expansão das oportunidades de emprego produtivo.

³¹⁵ Faz-se o "enquadramento" da Constituição a partir da tipologia expressa por BONAVIDES, Paulo, Op. Cit. pp. 65-74, onde os "contrários" seriam, respectivamente, flexível ou semi-rígida, costumeira, legal, outorga ou pactuada, e concisa; SILVA, José Afonso da, Direito Constitucional, p. 42, fala em materiais/formais; escritas/não-escritas; dogmáticas/históricas; democráticas/outorgadas; rígidas/flexíveis/semi-rígidas.

elaborada com tais características, deve ser interpretada e aplicada dentro desses parâmetros, principalmente no que se refere aos aspectos relacionados com sua rigidez³¹⁶ e prolixidade³¹⁷. Em relação ao Direito ao/do Trabalho, verifica-se que o conjunto de normas dos Artigos 6º (especificamente direito social ao trabalho), 7º (direitos sociais trabalhistas individuais), 8º (direito coletivo), 9º (direito de greve), 10 e 11 (direito de representação paritária e dos trabalhadores) encerram significativo conteúdo social constitucional.

Constata-se, ainda, que a norma do Artigo 6º da Constituição Federal³¹⁸ arrola o trabalho como um direito social que, sem dúvida, também é um direito fundamental a ser garantido na forma desta Constituição. Trata-se, pois, de direito que deve ser garantido no contexto de todo o conjunto de normas constitucionais. Ressalta-se que não se trata de qualquer trabalho, mas de trabalho digno, voltado para a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, conforme bem refere LEDUR³¹⁹

“A expressão ‘na forma desta Constituição’ não deve escapar da atenção do intérprete. O direito ao trabalho, assim como os demais direitos previstos no art. 6º da Constituição, não é uma expressão solta no ar, sem conseqüências possíveis no âmbito jurídico-constitucional. Ao

³¹⁶ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional p. 43, diz que “*Rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares*”. Vide, também, nota 34 do capítulo I, o argumento de CANOTILHO, J.J. Gomes.

³¹⁷ A Constituição de 1988 recebeu incontáveis críticas de alguns doutrinadores, por se apresentar excessivamente prolixa ou analítica, com indicação do exemplo de concisão da Constituição dos Estados Unidos da América, mas por certo acostumados àquela noção de Constituição desde uma visão liberal. PINTO FERREIRA, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 76, por exemplo, diz que “*A nova Constituição tem trezentos e quinze artigos, sendo uma das maiores Constituições do mundo. É considerada uma Constituição analítica, pela quantidade de artigos, todavia seria mais razoável que o legislador constituinte adotasse o modelo de Constituição sintética (de poucos artigos), como já ensinava Rui Barbosa*”.

³¹⁸ Diz o Artigo 6º: “São direitos sociais a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Acrescido agora do direito à moradia, conforme Emenda Constitucional nº 26 de 14.02.2000.

³¹⁹ LEDUR, José Felipe, op. Cit. p. 106-107, nota de rodapé 2.

contrário, aponta expressamente a outras normas da Constituição. É na forma dessas normas que o direito ao trabalho deve ser realizado. Dentre elas, citam-se o princípio fundamental do valor social do trabalho (art. 1º, IV); a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII); os direitos trabalhistas previstos no artigo 7º; a competência da União para legislar sobre o direito do trabalho (art. 22, I); a competência da Justiça do Trabalho para julgar, na forma da lei, controvérsias oriundas da relação de trabalho; observância no exercício do poder normativo, das disposições legais e convencionais mínimas de proteção ao trabalho (art. 114, "caput" e parágrafo 2º); valorização do trabalho humano como princípio fundamental da atividade econômica (art. 170, "caput"); a responsabilidade do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, "caput"); o cumprimento da função social da propriedade rural mediante atendimento dos seguintes requisitos : observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos trabalhadores (art. 186, III e IV); o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193); a promoção da integração ao mercado de trabalho (art. 203, III); a qualificação para o trabalho como um dos objetivos educacionais, para o que são responsáveis o Estado, a família e a sociedade (art. 205, caput); formação para o trabalho a ser prevista no plano nacional de educação (art. 214, IV); idade mínima de quatorze anos para a admissão ao trabalho (art. 227, parágrafo 3º, I); proteção contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa (art. 10 do ADCT)."

De todas as normas supramencionadas, verifica-se que, aquelas expressas no Artigo 7º, é que se revestem de maior substantividade, ou seja, conformam um patrimônio jurídico e econômico que, de maneira concreta, delineiam parâmetros para um trabalho digno, que leva em conta a centralidade da pessoa humana. Assim, ainda que o direito ao trabalho - como atividade humana produtiva - tenha significado mais amplo do que o Direito do Trabalho - na verdade direito voltado ao trabalho humano subordinado -, tem-se que os valores, princípios e regras deste devem servir como uma espécie de piso mínimo, de referência substancial, capaz de dar suporte para a busca daquele. Tem-se, então, que o direito fundamental ao trabalho, entendido como trabalho digno, está ancorado em dois princípios que se constituem nos pilares que fundam e justificam o Estado Social: o princípio da

Dignidade da Pessoa Humana e Princípio da Igualdade, cujos desdobramentos serão estudados oportunamente.

Evidentemente, a evolução histórica e a construção teórica do Estado Social e dos Direitos Sociais - tornada realidade em alguns países, promessas em outros e absolutamente distante noutros tantos - além de nunca ter deixado de se constituir em um contraponto ao liberalismo e ao individualismo, passa a ter um discurso contrário ainda mais forte com o neoliberalismo.

3.3 - UM ESTUDO SOBRE O TRABALHO, A PRODUÇÃO, O EMPREGO/DESEMPREGO. O DISCURSO NEOLIBERAL

Falar sobre a relação capital/trabalho significa, para muitos, adentrar em discurso de uma doutrina rançosa e decadente - geralmente vinculada ao socialismo - onde os exemplos práticos terminaram por produzir estrondosos fracassos na organização da sociedade, tanto na busca da tão almejada Igualdade, quanto, e principalmente, em relação à Liberdade; isso sem falar no total esquecimento da dimensão representada pela Solidariedade. Com a derrocada dos países do Leste Europeu - representada perante os olhos de todos pela queda do muro de Berlim - muitos alardearam a vitória do Capitalismo sobre o Socialismo como forma de organização da produção³²⁰. A realidade tem demonstrado, entretanto, que, para

³²⁰ Neste sentido vide as ponderações de ANTUNES, Ricardo, nos artigos "A crise vista em sua Globalidade" e "A prevalência da lógica do Capital" "in" Adeus ao Trabalho ? - Ensaio sobre a metamorfose e a centralidade do Mundo do Trabalho, São Paulo: Cortêz - Campinas: Ed. Da UNICAMP, 1999, pp. 105/113 e 135/140.

aqueles que trabalham (ou querem trabalhar) em qualquer parte do planeta, em especial nos países periféricos, não houve vitórias.

Sem aprofundar a discussão ideológica estabelecida entre Capitalismo e Socialismo, verifica-se, ainda que se tenha firmado uma hegemonia do capitalismo, que o tema capital/trabalho se faz mais atual do que nunca. Trabalho, produção, emprego/desemprego representam a pauta de discussão sobre a legitimação/deslegitimação do Poder e a possível efetividade dos direitos sociais.

3.3.1 - O Trabalho

O trabalho humano, em seu sentido lato, se constitui em modalidade produtiva que acompanha o homem desde os primórdios de sua existência. Há, entretanto, várias modalidades de trabalho - apenas para a subsistência, trabalho escravo, trabalho servil, trabalho subordinado, trabalho autônomo, - que em cada momento histórico têm determinada acolhida ou repúdio na sociedade. O trabalho escravo, por exemplo, já foi tido como legítimo na Antigüidade e até mesmo em civilizações modernas. O trabalho servil foi legítimo durante toda a Idade Média. Em determinadas sociedades tribais, o trabalho apenas para subsistência se constitui no único tipo de atividade. Assim entendido, o trabalho pode ser conceituado genericamente como sendo "*o objetivamente correiativo do impulso, isto é, a aplicação da força impulsiva a qualquer produção ou realização de um fim humano*".³²¹

³²¹ Conforme NATORP, Paul, "apud" MORAES FILHO, Evaristo de, Introdução ao Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, 1991, p. 17.

Em um rápido apanhado, focaliza-se o **trabalho** desde sentidos ou significados escolhidos arbitrariamente - mas suficientemente abrangentes -, para uma ampla noção sobre o trabalho - significado etimológico, filosófico, sociológico e jurídico-trabalhista.

O significado etimológico do termo **trabalho** não se firma de maneira unívoca. MORAES FILHO³²² cita vários autores que buscam identificar a origem da palavra. Afirma, com base na lição do Padre MAGNE, que a opinião dominante indica, como origem, o neutro latim *palum* (fonte do português pau). Na diacronia passa pelo adjetivo *tripalis* - composto de três paus- (relacionado a um cavalete de três paus utilizado para dominar o cavalo quando da aplicação da ferradura) e leva à dedução do neutro *tripalium* (ou *trepalium*) e, por assimilação, à *trapaliare* e trabalho. Verifica-se, de qualquer forma, que a origem etimológica de trabalho está relacionada com as noções de fadiga, esforço, sofrimento “*em suma, valores negativos, dos quais se afastavam os mais afortunados.*”³²³

O significado filosófico que se traz à baila tem escopo no pensamento desenvolvido por BAGOLINI³²⁴ com uma necessária complementariedade entre

³²² MORAES FILHO, Evaristo de, op. Cit. p. 17. Diz o autor : “ segundo *Tilgher*, os gregos (a antigüidade em geral) conceberam o trabalho como um castigo e como uma dor; basta lembrar que o termo grego *pónos*, que significa trabalho, tem a mesma raiz que a palavra latina *poena*. Em ambos está presente a mesma idéia de tarefa penosa e pesada, como em fadiga, trabalho, pena. Para *Lucien Fêbvre*, a palavra veio do sentido de tortura – *tripaliare*, torturar com *tripalium*, máquina de três pontas. Na observação de *Robertis*, não possui a antigüidade uma palavra equivalente à nossa trabalho, na qual se destacam as notas de fadiga e de pena, mas igualmente de força e altivez, exaltada vigorosamente pela consideração social.”

³²³ MORAES FILHO, Evaristo de, idem, ibidem.

³²⁴ BAGOLINI, Luigi, O Trabalho na Democracia: filosofia do Trabalho, São Paulo: LTr – Brasília: ed. da UnB, 1981.

trabalho, *otium* e participação³²⁵. Neste sentido a noção de trabalho não pode estar diretamente relacionada com um sentido prático e contingente, mas deve sim examinada em sua complexidade heterogênea também em relação ao não-trabalho, ou seja, ao tempo livre, ao *otium* e à participação política na sociedade. Verifica-se, então, que o trabalhar e o não-trabalhar têm significados próprios e distintos, não implicando o segundo na negação do primeiro.

Sob um enfoque sociológico, tem-se que “*É a partir do trabalho, em sua cotidianidade, que o homem torna-se ser social, distinguindo-se de todas as formas não humanas*”³²⁶. O significado sociológico do **trabalho**, aqui proposto, deve levar em conta uma renovada discussão que, atualmente, é travada no âmbito da sociologia do trabalho: centralidade do trabalho³²⁷ em oposição ao fim do trabalho^{328, 329}. O mundo do trabalho nos últimos duzentos anos experimentou

³²⁵ BAGOLINI, Luigi, op. Cit. p. 27/28, afirma que do ponto de vista ideológico o significado “*da palavra trabalho varia com a mudança das perspectivas e dos coeficientes ideológicos de quem a usa e, portanto, com a mudança das situações ambientais, sociais e econômicas com as quais tais perspectivas estão relacionadas.*” O autor, entretanto, diferencia ideologia de filosofia para dizer que esta “... implica uma problemática teórica que é irreduzível em termos de finalidade do agir humano, contingentes, momentâneos e mutáveis” para afirmar que sob este aspecto o trabalho deve “... ser considerado (para poder ser considerado o mais profundamente possível) além de suas manifestações contingentes e práticas..”. Já o “*otium*” (p. 51) é entendido como “... *um deixar que a consciência humana se expanda através de certos comportamentos artísticos, filosóficos, religiosos, desinteressadamente culturais, simpáticos no convívio com os outros, etc., de per si não exclusivamente redutíveis a termos de trabalho e em relação aos quais o trabalho poderá ser apenas um meio.*”. A participação anunciada por BAGOLINI (p. 72) está relacionada com “... *uma participação na vida política não-profissional, mas intencionalmente vivida como leisure-time e não não como work time.*”.

³²⁶ ANTUNES, Ricardo, Adeus ao Trabalho?, p. 121.

³²⁷ conforme ANTUNES, Ricardo, Os Sentidos do Trabalho – Ensaio sobre a afirmação e a negação do Trabalho, São Paulo: Boitempo, 1999, p. 214 “ *Ao contrário daqueles autores que defendem a perda da centralidade da categoria trabalho na sociedade contemporânea, as tendências em curso, quer em direção à maior intelectualização do trabalho fabril ou ao incremento do trabalho qualificado, quer em direção à desqualificação ou à sua subproletarização, não permitem concluir pela perda desta centralidade no universo de uma sociedade produtora de mercadorias.*”.

³²⁸ RIFKIN, Jeremy, O fim dos Empregos - O declínio inevitável dos níveis de empregos e a redução da força global de trabalho, São Paulo: Makron Books, 1995, – traz uma análise assustadora sobre o “fim do trabalho”. Afirma que “ *Desde seu início, a civilização tem se estruturado, em grande parte, em função do conceito do trabalho. Do caçador/colhedor Paleolítico e fazendeiro Neolítico, ao artesão medieval e operário da linha de montagem do século atual, o trabalho tem sido parte integral da existência diária. Agora, pela primeira vez, o trabalho humano está sendo sistematicamente eliminado do processo de*

grandes metamorfoses que, geralmente, foram sendo impostas pelo capital, a ponto de ser vaticinado o fim do próprio trabalho. Para ANTUNES³³⁰ “*complexificou-se, heterogeneizou-se e fragmentou-se ainda mais o mundo do trabalho*”, contudo tal situação não pode representar, de maneira alguma, o fim do trabalho e da centralidade dessa categoria na sociedade contemporânea. É ainda ANTUNES quem afirma que “*O que dizer de uma forma de sociabilidade que desemprega ou precariza mais de 1 bilhão de pessoas, algo em torno de um terço da força humana mundial que trabalha? Isso porque o capital é incapaz de realizar sua autovalorização sem utilizar-se do trabalho humano. Pode diminuir o trabalho vivo, mas não eliminá-lo. Pode precarizá-lo e desempregar parcelas imensas, mas não pode extingui-lo.*” Deve-se, assim, reafirmar o trabalho como categoria social fundante e conformadora da sociedade contemporânea.

O significado jurídico-trabalhista deve desdobrar-se em dois enfoques. O primeiro, em sentido mais amplo, quer significar o trabalho humano como princípio (e portanto como norma) fundamental de todo o Ordenamento Jurídico (Artigo 1º, Inciso IV, da Constituição Federal). O segundo, em sentido mais restrito, representa, na atualidade, o objeto mesmo do Direito do Trabalho, ou seja, trata-se do trabalho humano pessoal, subordinado e realizado por conta alheia. Diz CESARINO JUNIOR³³¹ que “*Do ponto de vista jurídico-social, só se considera o*

produção. Em menos de um século, o trabalho 'em massa' no setor do mercado será provavelmente eliminado em praticamente todas as nações industrializadas do mundo.”

³²⁹ DE MASI, Domênico, em *O futuro do Trabalho – Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*, Rio de Janeiro: José Olímpio – Brasília: Ed. da UnB, 1999, tem uma proposta mais sedutora ao propor um desencantamento do conceito de trabalho e de valorização do conceito de ócio.

³³⁰ ANTUNES, Ricardo, *Os sentidos do Trabalho*....., p. 214.

³³¹ CESARINO JUNIOR, A. F. e CARDONE, Marly, *Direito Social*....., p. 93.

trabalho prestado a outrem em vista de retribuição. Daí o definirmos: trabalho é o desenvolvimento da atividade humana em proveito de alguém que o retribui”.

Cabe referir que, dentro da linha de argumentação deste estudo, no sentido do alargamento da noção de **trabalho** - ainda que prevaleça a noção de trabalho subordinado - não passa despercebido a representativa abertura que significa a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice.³³²

3.3.2 - A Produção

Ainda que se possa, no curso da história relacionar sempre trabalho com produção, verifica-se que é, a partir da chamada Primeira Revolução Industrial³³³ (período que medeia 1780 e 1840), na Inglaterra, que esta relação assume especial conotação. Trata-se, no dizer de Louis Auguste Blanqui, da *“passagem da raça humana, do patamar do artesanato para o da grande produção burguesa e fabril”*.³³⁴

³³² Artigo 652 da CLT, alínea “a”, inciso III.

³³³ RIFKIN, Jeremy, Op. cit., p. 63-64, afirma que *“ Na Primeira Revolução Industrial, a energia movida a vapor foi usada para a extração de minério, na indústria textil e na fabricação de uma grande variedade de bens que anteriormente eram feitos a mão (...) A Segunda Revolução Industrial ocorreu entre 1860 e a I Guerra Mundial. O petróleo passou a competir com o carvão e a eletricidade foi efetivamente utilizada pela primeira vez, criando uma nova fonte de energia para operar motores, iluminar cidades e proporcionar comunicação instantânea entre as pessoas (...) A Terceira Revolução Industrial surgiu imediatamente após a II Guerra Mundial e somente agora está começando a ter um impacto significativo no modo como a sociedade organiza sua atividade econômica (.....)”*.

³³⁴ “Apud” MELLO, Prudente José Silveira “in” ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de e RAMOS, Alexandre (organizadores), Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho, Curitiba: Edijeb, 1998, p. 271

O surgimento da fábrica - com seu espaço próprio, máquinas, equipamentos e técnicas – supera a produção artesanal e anuncia um novo modelo produtivo, com uma nova relação entre aquele que produz (trabalhador-operário) e o proprietário dos bens (proprietário-patrão). Esse período é marcado pelo nascimento de uma classe operária - ainda sem organização suficiente para fazer frente à exploração a que eram submetidos os trabalhadores, inclusive mulheres e crianças - e por um Estado Absenteísta, fruto do liberalismo político e econômico.

Cabe registrar que não é por mera coincidência que o Estado Moderno e o Direito Moderno também surgem neste momento histórico, com características essencialmente liberais. Enquanto do ponto de vista da política, o Estado Liberal representa uma forma de limitar o Poder Estatal - tornando-o preferencialmente absenteísta – do ponto de vista da economia, a industrialização representa o surgimento de uma forma de poder (poder econômico) - que se institui pela acumulação de capital. Neste sentido apresenta-se absolutamente pertinente a assertiva de RAMOS³³⁵ quando diz que *“Sem pecar pelo reducionismo, podemos afirmar que, pelo menos nos últimos duzentos anos, é o modo de acumulação de capital que induz o modo de regulamentação política e social. Isso porque, a lógica de acumulação foi determinante para a instituição do Estado e do Direito modernos. Em outras palavras, o modo de acumulação determina o modo de regulamentação.”* Calha aqui a lembrança de GRAU³³⁶, quando afirma a existência de um direito do modo de produção capitalista e que *“O direito*

³³⁵ RAMOS, Alexandre, Contrato Temporário de Trabalho – Combate ao desemprego ou redução do custo da força de trabalho?, São Paulo: LTr, 1999, p. 46.

³³⁶ GRAU, Eros Roberto, O Direito posto e o Direito pressuposto, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 83/106.

moderno é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas”.

No período que vai de 1860 ao início do século XX acontece o desenvolvimento da Segunda Revolução Industrial – marcada com o surgimento da eletricidade e do aço para proporcionar um franco desenvolvimento da siderurgia norte-americana – que implementa uma nova forma de produção. Esse novo modelo, que leva a denominação de taylorismo/fordismo³³⁷, *“baseava-se na produção de massa de mercadorias, que se estruturava a partir de uma produção mais homogeneizada e enormemente verticalizada. (...) Esse padrão produtivo estruturou-se com base no trabalho parcelar e fragmentado, na decomposição de tarefas, que reduzia a ação operária a um conjunto repetitivo de atividades cuja somatória resultava no trabalho coletivo produtor dos veículos.”*³³⁸ HARVEY³³⁹ afirma que, para FORD *“ produção de massa significava consumo de massa, um novo sistema de reprodução da força de trabalho, uma nova política de controle e gerência do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista.”* O modelo de produção taylorista/fordista, em resumo, tem as seguintes bases 1) produção parcelada a partir de rotinas específicas para cada setor/trabalhador; 2) produção padronizada e em massa; 3) controle de qualidade realizado por um

³³⁷ O modelo de produção denominado taylorismo/Fordismo tem base nos estudos de FREDERICK WINSLOW TAYLOR, nascido em 1856 e morto em 1915, cujo trabalho mais conhecido é intitulado *Princípios de Administração Científica e estudos e prática de JOHN FORD* basicamente na indústria automobilística do início do século XX.

³³⁸ ANTUNES, Ricardo, *Os sentidos do Trabalho.....*, p. 36-37.

³³⁹ HARVEY, apud MIQUELUZZI, Oswaldo, “in” ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de e RAMOS, Alexandre, *Globalização, Neoliberalismo e O mundo do Trabalho....* p. 258.

setor específico e *a posteriori*; 4) concentração na empresa de todas as áreas da atividade econômica; 5) formação de estoques em face da capacidade produtiva da empresa.

O sistema de produção vigente experimenta um revés no início do século XX, logo após o término da Primeira Grande Guerra. Somente com a necessária intervenção estatal (Keynesianismo) é que ocorre a sua recomposição para um período de franca expansão - que vai de 1945 até o início da década de 70. É no período reconhecido como da Terceira Revolução industrial, iniciado com o pós-guerra, que atinge seu melhor momento (anos 60). Esse período é marcado pelo fortalecimento da classe trabalhadora e dos sindicatos e pela forte presença do Estado, tanto que

"Além de fortalecer a negociação, o Estado estabelecia regulações, colocava-se como parceiro e avalista dos acordos, seu poder era exercido direta ou indiretamente sobre os acordos salariais, assumindo, além disso, uma variedade de obrigações para o crescimento da produção e do consumo de massa, com investimento público em setores como o transporte, em equipamentos públicos, etc..., que também garantiam um emprego relativamente pleno. Os governos buscavam fornecer um forte complemento ao salário social com gastos de seguridade social, assistência médica, educação, habitação, etc."^{340_341}

Cria-se a ilusão de que esse sistema de compromisso e regulação poderia representar um sistema de metabolismo social do capital de forma efetiva,

³⁴⁰ MIQUELUZZI, Oswaldo, "in" ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima e RAMOS, Alexandre, Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho, p. 259-260.

³⁴¹ Cabe registrar que no período de 1945-1955, conforme RIFKIN, Jeremy, Op. Cit. p. 71, "os Estados Unidos tiveram mais de 43 mil greves, na mais concentrada onda de confrontos entre empregados e empregadores na história industrial"; Conforme MELLO, Pudente José Silveira, op. Cit. p. 274, "Durante o ano de 1950 houve um movimento grevista na Toyota, em razão de demissões em massa. A greve foi derrotada. Nos anos de 1952/1953, novamente o movimento seria derrotado, em nova luta sindical de 55 dias, que envolveu várias empresas."

duradoura e definitivamente controlado, desde um compromisso entre capital e trabalho pela mediação do Estado.³⁴²

O período do pós-guerra abriga o início da Terceira Revolução Industrial, principalmente com o desenvolvimento da computação e de outras tecnologias. Enquanto os Estados Unidos, com suas técnicas de produção, representam o vigor da indústria mundial, o Japão, derrotado e ocupado, desenvolve um novo modelo de produção, com destaque para a indústria automobilística. O toyotismo (ou ohnismo, de Taiichi Ohno, engenheiro que o criou na fábrica da Toyota) busca a adequação de uma produção flexível – mais modelos e menor quantidade – podendo-se dizer que *“O trabalho deixou de ser fragmentado para ser polivalente (cada empregado chega a operar cinco máquinas), integrado em equipe de oito trabalhadores, com ritmo intenso, flexível e estressante”*³⁴³. Além disso, no toyotismo, com a produção voltada para as necessidades do mercado, há a eliminação ou redução substancial de estoques (*just in time*³⁴⁴ e *kamban*³⁴⁵). O controle de qualidade se opera por meio de CCQs (círculos de controle de

³⁴² ANTUNES, Ricardo, Os Sentidos do Trabalho....., p. 38.

³⁴³ MELLO, Prudente José Silveira, Op. Cit. , p. 274.

³⁴⁴ **JUST-IN-TIME**, Conforme RIFKIN, Jeremy, op. Cit., p. 106, *“O conceito de just-in-time surgiu de uma visita de Taiichi Ohno, da Toyota Motors, aos Estados Unidos, nos anos 50. Ohno ficou muito mais impressionado com os gigantescos supermercados americanos do que com suas fábricas de automóveis. Mais tarde descreveu sua surpresa diante da velocidade e da eficiência com que os supermercados mantinham as prateleiras abastecidas com os produtos que os clientes desejavam, nas exatas quantidades necessárias: ‘Um supermercado é onde o cliente pode conseguir (1) o que é necessário; (2) no momento em que é necessário; (3) na quantidade necessária;...Esperávamos que isto pudesse nos ajudar na abordagem de nossa meta just-in-time e, em 1953, efetivamente aplicamos o sistema em nossas oficinas mecânicas na fábrica principal.”*

³⁴⁵ **KANBAN**, Conforme ANTUNES, Ricardo, Os sentidos do Trabalho....., p. 54 o Toyotismo *“funciona segundo o sistema de kanban, placas ou senhas de comando para a reposição de peças de estoque.”* RAMOS, Alexandre, Contrato Temporário de Trabalho....., p. 50, nota de roda-pé, atribui equivocadamente o conceito de Kaizen para kanban.

qualidade na busca do **kaizen**³⁴⁶), dentro de cada grupo para a busca da *Qualidade total*³⁴⁷. Pode-se arrolar as seguintes características do toyotismo: 1) produção voltada para a necessidade e ao “gosto” do mercado, com grande variedades e pequenas quantidades; 2) esta produção direcionada leva à eliminação de estoques; 3) o trabalho/trabalhador é polivalente; 4) o trabalho em equipe proporciona já um controle de qualidade pelos círculos de controle de qualidade; 5) a empresa concentra apenas os processos centrais e principais da produção, terceirizando os demais processos.

No ocidente, o toyotismo e a acumulação flexível emergem de um quadro de crise do modelo de acumulação capitalista do taylorismo/fordismo, que, por sua vez, também esta situado num quadro maior da crise estrutural do capital³⁴⁸.

³⁴⁶ **KAIZEN**, Conforme RIFKIN, Jeremy, Op. Cit. p. 104, “O conceito de aperfeiçoamento contínuo é chamado de Kaizen e é considerada a chave do sucesso dos métodos japoneses de produção.” RAMOS, Alexandre, Contrato de Trabalho Temporário....., p. 50, nota de roda-pé, atribui equivocadamente o conceito de kanban para kaizen.

³⁴⁷ Enquanto QUALIDADE TOTAL quer representar o resultado da “Organização científica do trabalho” é interessante registrar o que ANTUNES, Ricardo, Os Sentidos do Trabalho....., p. 50, chama de “*A falácia da qualidade total*”. Após afirmar que redução da durabilidade dos produtos se encaixa como uma necessidade do circuito produtivo, diz o autor que “... o apregoado desenvolvimento dos processos de qualidade total converte-se na expressão fenomênica, involucral, aparente e supérflua de um mecanismo produtivo que tem como um dos seus pilares mais importantes a taxa decrescente do valor de uso das mercadorias, como condição para a reprodução ampliada do capital e seus imperativos expansionistas”, denunciado verdadeiro paradoxo entre o que é chamado de “qualidade total” e a lógica de produção e de reposição de produtos no mercado.

³⁴⁸ ANTUNES, Ricardo, Os sentidos do Trabalho....., p. 29-30 identifica os seguintes traços da crise : “1) Queda da taxa de lucro, dada, dentre outros elementos causais, pelo aumento do preço da força de trabalho, conquistado durante o período pós-45 e pela intensificação das lutas sociais dos anos 60, que objetivavam o controle social da produção. A conjugação destes elementos levou a uma redução dos níveis de produtividade do capital, acentuando a tendência decrescente da taxa de lucro; 2) o esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista de produção (que em verdade era a expressão mais fenomênica da crise estrutural do capital), dado pela incapacidade de responder à retração do consumo que se acentuava. Na verdade, tratava-se de uma retração em resposta ao desemprego estrutural que então se iniciava; 3) hipertrofia da esfera financeira, que ganhava relativa autonomia frente aos capitais produtivos, o que também já era expressão da própria crise estrutural do capital e seu sistema de produção, colocando-se o capital financeiro como um campo prioritário para a especulação, na nova fase do processo de internacionalização; 4) a maior concentração de capitais graças às fusões entre as empresas monopolistas e oligopolistas; 5) a crise do welfare state ou do “Estado do bem-estar social” e de seus mecanismos de funcionamento, acarretando a crise fiscal do Estado capitalista e a necessidade de retração dos gastos públicos e sua transferência para o capital privado; 6) incremento acentuado das privatizações, tendência generalizada às desregulamentações e à flexibilização do processo produtivo,

Trata-se de uma reação e de uma reorganização do capital frente ao contra-poder que emerge das lutas sociais e de todo o contexto da crise estrutural do capital que se instala, desde o final da década de 60/início da década de 70³⁴⁹. ANTUNES³⁵⁰ define este contexto como *“uma mutação no interior do padrão de acumulação (e não no modo de produção), visando alternativas que conferissem maior dinamismo ao processo produtivo, que então dava claros sinais de esgotamento”*.

3.3.3 - O Emprego/desemprego

A noção de trabalho e de produção encontra-se estreitamente relacionadas com a noção de emprego/desemprego, sendo certo que não se confundem. Trabalho tem uma abrangência mais ampla do que o emprego, verificando-se que esta modalidade de trabalho (força de trabalho alienada em favor de um terceiro) é relativamente nova e nasce no contexto do surgimento da Revolução Industrial.

Com o fim da produção artesanal e o início, ainda que incipiente, da produção fabril, grande parte do trabalho humano se converte em emprego. Nasce aqui uma relação (empregado-empregador) mais ou menos tensionada no curso da história. A estrutura de produção capitalista, ainda que não prescindida da necessidade da força de trabalho, desde sua versão inicial, não esconde o desejo

dos mercados e da força de trabalho, entre tantos outros elementos contingentes que exprimiam esse novo quadro crítico.”

³⁴⁹ ANTUNES, Ricardo, Os Sentidos do Trabalho....., p. 48.

³⁵⁰ ANTUNES, Ricardo, idem, p. 36.

e a busca de “*fábricas sem trabalhadores*”³⁵¹; ao mesmo tempo os trabalhadores, de uma forma geral, também não escondem o desejo de alcançarem um trabalho sem patrão. Trata-se, então, desde sempre, de uma relação conflituosa e por isso necessita de uma regulamentada que é implementada pelo Direito do Trabalho.

Constata-se que, mesmo no período inicial de expansão do modelo taylorista/fordista (até início da década de 20) e no período de “*compromissos e regulações*”, com franca intervenção do Estado (Keynesianismo), toda a reorganização da produção e do capital se volta naturalmente para a eliminação de postos de trabalho³⁵². O Toyotismo, no Japão, reaprendido pelo ocidente, vai significar – com suas técnicas próprias – também um duro golpe na instituição do emprego. A partir do final da década de 70 (governos de Thatcher, Reagan e Kohl), e mais significativamente, desde 1989 - com o chamado Consenso de Washington - o neoliberalismo se afirma como política econômica dominante, não só nos países centrais mas, e principalmente, também nos países periféricos - tais quais o Brasil e demais países latino-americanos –, impondo às economias significativos níveis de desemprego.³⁵³ O capital se organiza de tal forma em alguns setores (principalmente setor financeiro e de seguros) que a produção de

³⁵¹ Basta que se verifique as relações de trabalho existentes no curso da Primeira Revolução Industrial, ver HOBBSAWM, Eric, op. cit., ou mesmo no curso da Segunda Revolução Industrial, reproduzida de forma real e crua nas páginas do romance *Germinal*, por Emile Zola, ou mesmo e já na Terceira Revolução Industrial, quando o surgimento do computador falava-se na “*fábrica automática*” ou “*a ameaça e promessa de máquinas operadas sem trabalhadores está mais próxima do que nunca*”, conforme RIFKIN, O fim dos empregos, p. 71. É ainda RIFKIN, Jeremy, op. Cit. p. 72, quem afirma que “*O sonho dos empresários de uma fábrica sem trabalhadores aproximou-se mais um pouco da realidade no início da década de 1960, com a introdução do computador na fábrica.*”

³⁵² Conforme RIFKIN, Jeremy, op. Cit. p. 72, “*Entre 1956 e 1962, mais de 1,5 milhão de trabalhadores perderam seus empregos no setor industrial dos Estados Unidos.*”

³⁵³ Para que se tenha uma idéia de percentuais de desemprego tome-se, em quatro períodos distintos, os seguintes exemplos : Alemanha (60/67 = 0,8; 74/79 = 3,5; 80/89 =6,8 e 90/95 = 5,3), Inglaterra (60/67 = 1,5; 74/79 = 4,2; 80/89 = 9,5 e 90/95 = 9,20), Estados Unidos (60/67= 5,0; 74/79 = 6,7; 80/89 = 7,2 e

bens passa a ser secundária e, apesar de uma aparente melhora de acesso aos bens de consumo, conduz para um acentuado processo de conflito e exclusão social. O desempregado, naturalmente excluído em uma sociedade de consumo, representa, na ótica dos governos neoliberais em geral, um número ou um percentual e, na ótica dessa sociedade excludente, um incompetente, um fracassado ou um inútil, um verdadeiro estorvo para o bom funcionamento do sistema³⁵⁴.

3.3.4- O Discurso Neoliberal

O discurso neoliberal freqüentemente vem fundado em três conceitos: globalização, flexibilização e desregulamentação. Geralmente, busca produzir confusão entre uns e outros, para justificar uma certa postura determinista e conformista do tipo: não há outra saída ou trata-se de um processo irreversível.³⁵⁵ Convém, antes de mais nada, estabelecer as devidas distinções entre uns e outros a fim de se poder entender o que efetivamente é o discurso neoliberal que,

90/95 = 6,5) e Espanha (60/67 = 2,3; 74/79 = 5,3; 80/89 = 17,5 e 90/95 = 19,2) – Conforme FARIA, José Eduardo, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 234.

³⁵⁴ FORRESTER, Viviane, *O Horror Econômico*, São Paulo: Unesp, 1997, pp. 14/15, lembra, com propriedade, que “ Não se sabe se é cômico ou sinistro, por ocasião de uma perpétua, irremovível e crescente penúria de empregos, impor a cada um dos milhões de desempregados – e isso a cada dia útil de cada semana, de cada mês, de cada ano – a procura efetiva e permanente desse trabalho que não existe. Obrigá-lo a passar horas, durante dias, semanas, meses e, às vezes, anos se oferecendo todo dia, toda semana, todo mês, todo ano, em vão, barrado previamente pelas estatísticas. Pois, afinal, ser recusado a cada dia útil de cada semana, de cada mês e, às vezes, de cada ano, será que isso constituiria um emprego, um ofício, uma profissão? Seria isso uma colocação, um job, ou mesmo um aprendizagem? Seria um destino plausível? Uma ocupação razoável? Uma forma realmente recomendável de emprego do tempo?” A autora, após criticar um certo “otimismo reconfortante das filas de espera das agências de emprego” arremata para dizer que “Todas essas recusas, essas rejeições em cadeia, não seria sobretudo uma encenação destinada a persuadir esses solicitantes de sua própria nulidade? Para inculcar no público a imagem de seu fracasso a propagar a idéia (falsa) da responsabilidade, culpada e castigada, daqueles que pelo erro geral ou pela decisão de alguns, pela cegueira de todos, inclusive a deles?”

³⁵⁵ Conforme adverte SODRÉ, Nelson Werneck, *A Farsa do Neoliberalismo*, Rio de Janeiro: Graphia, 1999, pp. 3-4 “ Seria o ‘fim da história’. Isso importava em afirmar que os países do G-7 exerceriam, ad infinitum,

mesmo no bojo de uma globalização, apesar de induzir a uma flexibilização e tentar uma desregulamentação, não pode se confundir com estes.

Conforme sustenta PINAUD³⁵⁶ a globalização *“Sempre existiu, nos vários trajetos do pensamento humano, e até em algumas experiências históricas (pan-helenismo), o impulso de ultrapassar os limites da cidade, feudos, baronias ou de um país e atingir dimensões globais”*.³⁵⁷ Desde esse enfoque, se percebe que globalização (ou mesmo a globalização em curso) não precisa estar necessariamente atrelada a uma globalização neoliberal, voltada essencialmente para a especulação financeira, ou seja, vincular tal conceito unicamente como fundamento e como resultado do neoliberalismo.³⁵⁸ Se a globalização, como processo de intercâmbios, é efetivamente irreversível, tem-se que deve ser aproveitada para a *“mundialização da cidadania, a globalização da democracia como valor universal”*³⁵⁹; Enfim, importa relacioná-la a um sentido agregador e de solidariedade entre os povos, desvinculando-a do neoliberalismo³⁶⁰.

o seu domínio, que não poderia sofrer contestações. (...) Isto é, em linguagem simples : os ricos permaneceriam indefinidamente ricos e os pobres, indefinidamente pobres. Não haveria salvação.”

³⁵⁶ PINAUD, João Luiz Duboc, “in” MACCALÓZ, Salette Maria, Globalização, Neoliberalismo e Direitos Sociais, Rio de Janeiro: Destaque, pp.109/110 e também “in” ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de e RAMOS, Alexandre, Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho....., pp. 291/298.

³⁵⁷ PINAUD, João Luiz Duboc, completa seu pensamento para afirmar que *“Curiosamente a idéia da universalização é anterior, inclusive, à própria formação dos Estados Nacionais. O homem não ligado apenas à sua aldeia, seu reino ou sua nação porque pertencente a um mundo maior”*.

³⁵⁸ Neste sentido se apresenta oportuna a indagação de ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de, Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho....., pp. 18, quanto à possibilidade de pensar o significativo globalização num sentido único e unilateral para se chegar à conclusão de que na verdade há processos de globalização.

³⁵⁹ ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de, Op. Cit. p. 18.

³⁶⁰ SOUZA, Sérgio Alberto de, Direito Globalização e Barbárie, São Paulo: LTr, 1998, p. 49, afirma que o conceito de globalização utilizado na atualidade tem uma conotação ideológica bastante intensa e diz que *“o último produto ideológico intensamente trabalhado e propagado, o último entorpecente das mentes, vem sendo o conceito de globalização, com tudo que ele encerra e mais tudo o que pretende alcançar. É o produto de uma época histórica de transição, quando uma época entra em crise e os modelos padrões e significações sofrem distorção inevitável.”*

A flexibilização pode ser entendida como um processo de ajustamento das instituições jurídicas às novas realidades da sociedade, vinculado essencialmente às questões relacionadas ao emprego/desemprego e aos processos de produção, de forma a mais rapidamente poder responder às flutuações do mercado.³⁶¹ MACCALÓZ³⁶² atribui ao termo flexibilização, num primeiro momento, um sentido mais brando e específico quando afirma ser *“a faculdade do uso da lei existente, orientada pelo discernimento dos interessados ou em hipóteses previstas na própria lei. Por essa via não havia a determinação de extinguir a legislação, ela permaneceria aí como uma sugestão às partes, ou mesmo de caráter impositivo nas condições previamente estabelecidas.”* O mesmo sentido perpassa a lição de CALHEIROS BOMFIM³⁶³ ao afirma que a flexibilização apenas significa uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas e no da inalterabilidade *in pejus* das condições contratuais, tal qual permite a norma do Artigo 7º, incisos VI, XIII e XVI, da Constituição Federal.

A desregulamentação, por sua vez, constitui um processo mais radical, avançando para uma verdadeira desconstitucionalização dos direitos, na busca do restabelecimento de um Estado mínimo. Em termos de direitos sociais, mais

³⁶¹ MANNRICH, Nelson, A modernização do Contrato de trabalho, São Paulo: LTr, 1998, p. 75. Para este autor, que identifica flexibilização com desregulamentação, “A flexibilização apresenta-se com vários significados e vasta amplitude. Do ponto de vista psicológico e sociológico, consiste na capacidade de renúncia a determinados costumes e de adaptação a novas circunstâncias. Do ponto de vista jurídico, deve ser analisada em confronto com certos princípios imbuídos de alguma rigidez. A flexibilização tem mais conotação ideológica, representando uma postura negativa de reação a alguma prática ou comportamento rígido, do que um conceito ou ação positiva.

³⁶² CALHEIROS BOMFIM, Benedito, “in” MACCALÓZ, Maria Salete, Globalização, Neoliberalismo e Direitos Sociais....., p. 10.

³⁶³ CALHEIROS BOMFIM, op. cit. p. 43. *“Na flexibilização sobrevive a legislação de proteção ao trabalho com algumas normas gerais irrenunciáveis e outras que admitem as adaptações precitadas”*

especificamente de Direito do Trabalho, conforme CALHEIROS BOMFIM³⁶⁴. *“Na desregulamentação o Estado não intervém nas relações de trabalho, para que a autonomia privada, coletiva ou individual, disponha sem limitações legais, sobre as condições de trabalho”*.

Conforme já afirmado, a positivação/constitucionalização dos direitos fundamentais – dentre eles os direitos sociais – representa um avanço no processo histórico para a conquista e afirmação destes, justamente porque a elevação à categoria de norma constitucional implica reconhecimento de um plano superior de juridicidade que, num Estado Constitucional de Direito, significa a vinculação de todos os poderes – públicos e privados – aos valores, princípios e regras constitucionais. É, nos termos já observados, que se institui um Estado de feições sociais comprometido com a busca da dignidade da pessoa humana, com a paz, com a liberdade, com a igualdade substancial e com a solidariedade, dentre outros valores. Para tanto deve haver a necessária superação do Estado liberal Clássico, com sua bandeira preponderantemente libertária e individualista.

Mesmo que se possa identificar um significativo desenvolvimento teórico e prático do constitucionalismo social - nos países periféricos este desenvolvimento se dá mais no âmbito de um discurso do que na prática, conforme se verifica pela situação do Brasil e México – o certo é que o liberalismo, principalmente em face da hegemonia político-econômica Anglo-americana, nunca foi superado. Importa apontar sua revitalização sob a nova roupagem do neoliberalismo.

³⁶⁴ CALHEIROS BOMFIM, Idem, *ibidem*.

A imposição do discurso neoliberal vai-se enraizando na sociedade a partir de alguns mitos e confusões conceituais desde um bombardeio de informações (na verdade desinformações) operadas pela mídia oficial³⁶⁵ e por especialistas de ocasião³⁶⁶. Há uma proposital confusão entre globalização, flexibilização, desregulamentação e desconstitucionalização para, na verdade, se estabelecer um renovado modelo capitalista, mais concentrador, mais excludente, mais perto da barbárie. Trata-se de um modelo que chega a desprezar o princípio da legalidade – pilar do Estado de Direito Moderno – com retorno aos padrões medievais³⁶⁷ para a construção de um “neofeudalismo”³⁶⁸. Conforme jocosa afirmação de VERÍSSIMO³⁶⁹, *“De uma hora para outra o capitalismo ganhou, além de vastos novos mercados, um prontuário limpo, carta de recomendação (nada o desabona), porte de arma e habeas corpus preventivo”*.

³⁶⁵ Recordem-se, por exemplo, do bombardeio que significou o noticiário sobre o chamado “Custo Brasil” sobre a competitividade dos produtos brasileiros em relação aos demais países; sobre as reiteradas manipulações a respeito de emprego, desemprego e subemprego; sobre a chamada “abertura da economia”; sobre as privatizações em geral

³⁶⁶ Talvez o mais significativo representante desta linhagem esteja na figura do sociólogo JOSÉ PASTORE com a coletânea de artigos que compõe seu livro *A Agonia do Emprego*, São Paulo: LTr, 1997, onde elege a desregulamentação (disfarçada de flexibilização) como a solução para quase todos os problemas relacionados com o emprego e com o trabalho. Síntese deste pensamento pode ser lida na matéria intitulada “Por uma Política de Empregos”, pp. 31/33, em que, após insistir com sua tabelinha do Custo Brasil, arremata com o seguinte parágrafo conclusivo *“Temos de encontrar mecanismos intermediários. Isso permitirá ampliar o emprego legal e diminuir o ilegal. Se não foi possível mudar a Constituição desta vez, ela terá de ser mudada mais tarde. Já não é mais possível quereremos viver na base do garantismo que, na prática, enrijece, discrimina e joga os trabalhadores para o mercado informal. É imperioso flexibilizar o nosso mercado de trabalho.”*

³⁶⁷ Conforme GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto.....*, pp.83/106. É importante a distinção feita entre regulamentação/desregulamentação e regulação/desregulação, sendo que, enquanto o primeiro conceito está relacionado com a regulamentação estatal, o segundo está relacionado com a auto-regulação. Para GRAU, a Teoria da Regulação (ou auto-regulação, ou regulação do mercado) reconduz o direito às *“corporações de ofício”* e à Idade Média.

³⁶⁸ Conforme FARIA, José Edurado, *O direito na Economia Globalizada.....*, p. 322 e seguintes – com a afirmação da produção de um direito *“na linha do multilateralismo, das ‘polaridades indefinidas’ ou da regionalização”*.

³⁶⁹ VERÍSSIMO, Luis Fernando, prefácio “in” SODRE, Luis Werneck, *A farsa do Neoliberalismo.....*

3.4 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO SISTEMA DE GARANTIAS DOS DIREITOS SOCIAIS

Cabe, de imediato, uma indagação: Pode a Constituição Federal de 1988 ser considerada como um sistema de garantias destinadas à efetividade dos Direitos Sociais? Uma resposta segura para essa pergunta, que não pode ficar reduzida a uma superficialidade simplista de um mero sim ou não, somente pode ser dada desde uma perspectiva garantista. Importa introduzir uma análise concreta, evitando tanto a “falácia politicista” quanto “falácia garantista”.³⁷⁰

É que, conforme bem afirma FERRAJOLI,³⁷¹:

“Es relativamente fácil delinear un modelo garantista en abstrato y traducir sus principios en normas constitucionales dotadas de claridad y capaces de deslegitimar, con relativa certeza, las normas inferiores que se aparten de él. Más difícil es modelar las técnicas legislativas y judiciales adecuadas para asegurar la efectividad a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales consagrados por ellos. Sin embargo, más allá de la elaboración teórica y normativa de los principios, los derechos y sus garantías jurídicas, lo más difícil es defender, actuar y desarrollar en la práctica el sistema de las garantías.”³⁷²

³⁷⁰ Conforme FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón....., pp. 940-942 “ (...) llamaré falácia politicista : es decir, de la idea de que baste la fuerza de un poder bueno para satisfacer las funciones de tutela asignadas al derecho y, antes aún, de que pueda existir un poder bueno, es decir, capaz de desempeñar tales cometidos sin la mediación de complejos sistemas normativos de garantías con capacidad de limitarlo, vincularlo, instrumentalizándolo y, de ser necesario, deslegitimarlo y neutralizarlo. Junto a la falácia politicista, puede sin embargo cultivarse también una falácia garantista : es decir, la idea de que basten las razones de un derecho bueno, dotado de sistemas avanzados y actualizables de garantías constitucionales, para contener al poder y poner a los derechos fundamentales a salvo de sus desviaciones”.

³⁷¹ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón....., p. 940

³⁷² “ É relativamente fácil delinear um modelo garantista abstrato e traduzir seus princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que se separem dele. Mais difícil é moldar as técnicas legislativas e judiciais para assegurar a efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais consagrados por eles. Sem embargo, mais

Examinada a Teoria Geral do Garantismo a partir de uma dupla artificialidade revelada pelo Positivismo Jurídico e pelo Estado Constitucional de Direito - pela positivação das normas e pela disciplina da produção jurídica tanto em relação ao aspecto formal quanto em relação ao aspecto substancial - verifica-se que um sistema de garantias nada mais é do que um ordenamento jurídico onde a produção das normas positivadas está condicionada, não apenas por vínculos formais, mas também por vínculos substanciais. *"Podemos llamar 'modelo' o 'sistema garantista', por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo".*³⁷³

Por outro lado as garantias se constituem em defesas e tutelas de carácter jurídico estabelecidas no ordenamento jurídico voltadas para a proteção de certos direitos e liberdade. Acresce-se, também, que, para o Garantismo, se constituem em *"técnicas de limitação da atuação do estado no que respeita aos direitos fundamentais de liberdade e técnicas de implementação daquela mesma ação no que diz respeito aos direitos sociais."*³⁷⁴ Assim, por sua natureza, conclui-se que não há um sistema pleno e acabado de garantias, mas, apenas, um sistema com um grau maior ou menor de garantia – ou de garantismo.

Ainda que se considere como garantias tanto as técnicas de limitação de atuação estatal – e também privada - em sentido negativo (direitos fundamentais de primeira geração ou direitos de liberdade) quanto em sentido positivo (direitos

além da elaboração teórica e normativa dos princípios, os direitos e sua garantias, o mais difícil é defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias."

³⁷³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, pp. 19-20.

fundamentais de segunda geração ou direitos sociais), traduzindo o que se chama de unidade dos Direitos Fundamentais³⁷⁵, interessa para esta análise, preponderantemente, o sentido das garantias como obrigações positivas³⁷⁶. É oportuno lembrar que a implementação destas garantias destinadas à proteção e à efetividade dos direitos sociais, malgrado a evolução doutrinária e também de positividade constitucional, não têm, de uma forma geral, o mesmo respaldo de efetividade dos chamados direitos de liberdade.

Assim entendida a Teoria do Garantismo, pode-se afirmar que, em termos concretos, a Constituição Federal de 1988 traduz uma “*dimensão normativa garantista*”³⁷⁷, não só em face do disposto no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 5º a 17)”, onde há garantias expressas, mas também em face de uma leitura e interpretação que se extrai do contexto de toda a

³⁷⁴ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 86.

³⁷⁵ LEDUR, José Felipe, op. Cit. pp. 159-163 arrola inicialmente algumas diferenças entre os direitos de primeira geração e de segunda geração – “*tomem-se, por exemplo, o direito à privacidade e o direito à segurança coletiva; o direito à propriedade dos meios de produção e o direito ao trabalho*” – para afirmar a existência de uma idéia equivocada no sentido da inconciliabilidade entre uns e outros, mas conclui, com base em PECES-BARBA, que “*(...) os direitos de primeira e segunda geração são direitos compatíveis e complementares, que se necessitam reciprocamente para terem pretensão de efetividade. Por isso, é apropriada a observação de G. Peces-Barba, ao enfatizar que a finalidade de todos os direitos fundamentais, sem exceção, é única, ou seja, a de aprofundar e potenciar a liberdade dos indivíduos e os respectivos grupos por eles integrados.*”

³⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi, se refere a “*garantia social*” - Derecho y Razón....., p. 944 - e explica que : “*Deste modo, os direitos fundamentais configuram-se como outros tantos vínculos substanciais impostos à democracia política : vínculos negativos, os gerados pelos direitos de liberdade, que nenhuma maioria pode violar; vínculos positivos, gerados pelos direitos sociais, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. E a democracia política, como de resto o mercado, acaba por identificar-se com a esfera do decidível, por eles delimitada e vinculada. Nenhuma maioria, nem sequer a unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social. Os direitos fundamentais, precisamente porque igualmente garantidos a todos e subtraídos à disponibilidade do mercado e da política, formam a esfera do indecidível que e do indecidível que não; e operam como fatores não só de legitimação, mas também, e sobretudo, de deslegitimação das decisões ou das não-decisões.*” (O Direito como Sistema de Garantias. “in” OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades, O novo em Direito e Política....., p. 89 e seguintes). Vide, também, FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantias....., pp. 24 e seguintes.

³⁷⁷ CADEMARTORI, Sérgio, Op. Cit. p. 172.

Constituição, de onde emerge uma série de garantias implícitas.³⁷⁸ Em termos de direitos sociais, pode-se, de imediato e sem esgotamento, fazer referência expressa às normas do Artigo 1º, Incisos II, III e IV; Artigo 3º, I, III e IV; Artigo 4º, Incisos II, VI e IX, além do Artigo 170, Incisos III, VII e VIII, 193 “caput” e 194, “caput”, Parágrafo único e Incisos, todos da Constituição Federal. CADEMARTORI, após trazer à baila vários exemplos “ *do discurso normativo garantista de nosso Direito Constitucional*”³⁷⁹, afirma que “ *Enfim, o conjunto de garantias expressos ao longo da Carta Constitucional pode ser subsumido a uma metagarantia, que visa a proteger o direito fundamental a viver-se num Estado de Direito*”³⁸⁰.

Cumprir registrar, contudo, que, ao se afirmar ser a Constituição Federal um sistema de garantias, inclusive sociais, desde uma análise concreta da normatividade constitucional, não se pode deixar de mencionar uma realidade prática bastante diversa, onde a maioria dos cidadãos não chega a delas usufruir. Assim, malgrado a demonstração da hipótese da existência de verdadeiro sistema de garantias, ocorre o que CADEMARTORI chama de “ *uma violenta deslegitimação do poder por força de uma ação governamental incisivamente antigarantista*”³⁸¹

Em termos de Direito ao/do Trabalho, somente uma prática garantista efetiva de todos os operadores do direito é que pode recompor e assegurar os valores insertos na Constituição Federal. Tal postura não pode, entretanto, significar uma defesa intransigente de um Direito do Trabalho que realmente se encontra defasado

³⁷⁸ CADEMARTORI, Sérgio, Op. cit. p. 172.

³⁷⁹ CADEMARTORI, Sérgio, idem, p. 174.

³⁸⁰ CADEMARTORI, Sérgio, idem, p. 175

³⁸¹ CADEMARTORI, Sérgio, idem, ibidem.

em relação aos modelos de produção que se vão instalando na economia globalizada; também não pode representar um desmonte de toda a estrutura que dá base e sentido ao Direito do Trabalho como instrumento de realização social. Tal situação, ao contrário de uma desregulamentação irresponsável, merece ser reestruturada por novo Direito do Trabalho - mais abrangente, mais real e ainda mais comprometido com o social, conforme restará exposto a seguir.

3.5 - UM DIREITO AO/DO TRABALHO RENOVADO. MATRIZES PARA UM NOVO DIREITO AO/DO TRABALHO

Se é certo, conforme já mencionado, que o Direito do Trabalho tem sua gênese e reconhecimento coincidente com o desenvolvimento e amadurecimento do capitalismo industrial³⁸², representando significativo avanço na busca de soluções para uma Justiça Social, também é certo que este Direito do Trabalho já não consegue mais responder à demanda de conflituosidade que a sociedade pós-industrial passou a gerar no âmbito das relações existentes entre o capital e o trabalho.

As metamorfoses do capitalismo não têm sido acompanhadas com mudanças suficientemente adequadas no âmbito do trabalho - salvo aquelas impostas pelo próprio capital e sob uma ótica estritamente capitalista - O Direito do Trabalho - basicamente identificado como um direito do trabalhador-

³⁸² GENRO, Tarso, Direitos Individual do Trabalho....., p. 27.

empregado - não se apresenta capaz de cumprir com sua vocação de busca de uma justiça social, tanto que sua principal matriz – o emprego – encontra-se em um constante e crescente processo de escassez e até com franca possibilidade de extinção. Urge, pois, que se elabore um novo Direito do Trabalho, cujas linhas básicas passa-se a examinar.

3.5.1 - Matrizes para um novo Direito ao/do Trabalho

A noção de um novo Direito ao/do Trabalho a ser desenvolvida neste estudo tem, por matriz, parte do pensamento de GENRO³⁸³, além de considerações postas por outros autores em análises similares ou conexas³⁸⁴, acrescentando-se outros fundamentos como contribuição científica da pesquisa proposta.

Trata-se de um Direito do Trabalho mais abrangente e voltado para a criação de novas formas protetivas, capaz de recompor o equilíbrio entre o trabalho e o capital, para os trabalhadores, empregados ou não, comprometido

³⁸³ GENRO, Tarso, Revista Democracia & Mundo do Trabalho – Um Futuro por Armar, Porto Alegre: Genro, Camargo, Coelho, Maineri & Advogados Associados S/C, 1998. É bem verdade que GENRO também busca inspiração na obra de ANTONIO BAYLOS – Derecho del Trabajo : Modelo para Armar, Madrid: Trotta, 1991 – e este, por sua vez, busca inspiração em UMBERTO ROMAGNOLI, dentre outros, – El Derecho, El Trabajo y La Historia, Madrid: CES, 1997. Faz-se referência apenas a “parte do pensamento” porque a proposta do autor apresenta-se bastante mais ampla, inclusive em um sentido de verdadeira mudança da Sociedade, do Estado e do Direito.

³⁸⁴ MANNRICH, Nelson, A modernização do Contrato de Trabalho..... ; RIEGEL, Estevão e outros, Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho..... ; FERRARI, Irani e outros, História do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho..... ; RAMOS, Alexandre, Contrato Temporário de Trabalho – Combate ao Desemprego ou redução do Custo da Força de Trabalho? ; SINGER, Paul, Globalização e Desemprego, Diagnósticos e Alternativas.

com um novo tipo de economia e também com um novo modo de vida³⁸⁵. É a busca, também, do rompimento com uma certa “*subjetividade capitalística*”³⁸⁶. Definido por GENRO³⁸⁷, um Direito do Trabalho que deve servir

“como um impulsionador de novas relações sociais, que subvertam a acumulação sem trabalho e criem instituições que funcionem como mediações do presente com a utopia, afrontando seus limites atuais. O Direito do Trabalho aceitaria, assim, o desafio de trabalhar com categorias econômicas, o que foi proposto de forma irracional pelo neoliberalismo, para buscar um sentido inverso ao do projeto neoliberal.”

Propõe aquele autor³⁸⁸, como pauta de discussão para esse novo Direito do Trabalho, os seguintes itens: 1) uma tutela laboral de prestação autônoma, independente e intermitente, que caracteriza um grande contingente de profissionais inscritos no mercado; 2) uma tutela laboral da prestação de serviços por “contrato de equipe”, que se dá entre duas empresas, em situação econômico-financeira desigual, ou entre uma empresa e uma cooperativa de trabalho; 3) uma tutela laboral para remuneração dos serviços sem qualificação, cujo valor mínimo deve ser pautado pelo Estado, já que são serviços que tendem

³⁸⁵ GENRO, Tarso, Revista Democracia & Mundo do Trabalho..., p. 49.

³⁸⁶ A expressão é de MORAIS, José Luiz Bolzan – A subjetividade do Tempo – Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia – Porto Alegre: Livraria do Advogado – Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 20, para sintetizar o protótipo do ser humano-trabalhador-cidadão produzido desde o sistema de produção fabril, ou seja, “*Vive-se nestes momentos a (de) formação do homem como trabalhador vinculado ao sistema fabril e sua lógica.*”

³⁸⁷ GENRO, Tarso, Revista Democracia & Mundo do Trabalho, Um Futuro por Armar, p. 47. GENRO afirma que caberia a esse Direito – e também a esse Estado – responder as seguintes indagações: 1) Como proteger a verdadeira autonomia do prestador mais fraco, anunciada nas novas formas de produzir?; 2) Como contornar a redução da oferta de trabalho produtivo e instaurar o ‘direito ao trabalho’ produtivo e universal?; Qual a postura do Direito do Trabalho, em relação às novas formas de cooperação no processo do trabalho?; Como determinar a valoração social do trabalho não criador de valores economicamente mensuráveis? As novas formas de articulação dos agentes econômicos (que proporcionam a redução substancial do proletariado clássico e o deslocamento deste do centro da cultura política insurgente) exige um novo tipo de autonomia regrada dos novos trabalhadores perante o capital?

³⁸⁸ GENRO, Tarso, Revista Democracia & Mundo do Trabalho, Um futuro por Armar, p. 63. Esta mesma pauta é repisada por RIEGEL, Estevão no texto Globalização, neoliberalismo e flexibilização: Direitos e

a ser degradados na nova ordem (serviços tais como de limpeza, atividades manuais subsidiárias nas empresas altamente qualificadas, cozinha, prestações domésticas de todos os tipos, etc); 4) uma tutela laboral especial para incitar a utilização do tempo livre ou de ocupação da mão-de-obra excedente em serviços comunitários ou de interesse social (recuperação da natureza, trabalhos culturais e de lazer, etc), e demais trabalhos sociais de exigência periódica ou intermitente (visa com isso estimular uma rede de solidariedade, de proteção da natureza e de defesa da qualidade de vida, tarefas que hoje já são realizadas, espontaneamente, por associações civis e representam, nos países altamente desenvolvidos, uma parte razoável do PIB); 5) uma tutela laboral coletiva de porte constitucional, que vise socializar os postos de trabalho com a reorganização, gradação e redução da jornada laboral, nos setores diretamente atingidos pela revolução microeletrônica, da informática e da digitalização, pois o direito ao trabalho produtivo ou útil deve se configurar como princípio de um novo Direito do Trabalho; 6) uma tutela constitucional da reinserção produtiva, dos “sem trabalho” ou “sem emprego” (visa combinar a ação pública, que direciona a economia num sentido social, com emergência de novos tipos de empresa: empresas privadas de interesse público, empresas estatais sob controle social, empresas públicas (ou instituições) não-estatais sob controle da sociedade); 7) uma tutela, garantida a sua remuneração contínua (combinando prestações pagas pelo Estado e pelo tomador de serviços) do prestador intermitente-permanente, independentemente da natureza dos serviços.

MANNRICH³⁸⁹, por sua vez, após afirmar que “estamos presenciando novo modelo de relações do trabalho”³⁹⁰ e aprofundar o estudo dos tipos de contrato de trabalho, propõe a retipificação de várias formas de contratação com a finalidade básica de “geração de empregos e de melhoria da condição social do trabalhador”³⁹¹, ressaltando que o Direito do Trabalho não deve perder “seu particularismo, sua vocação protecionista”³⁹². Compete ao Estado estabelecer os mecanismos necessários para favorecer o empregado sem que tal signifique a paralisação da gestão empresarial.

FERRARI³⁹³ faz referência a importante estudo realizado na França, sob a Presidência de JEAN BOISSONNAT, que projeta o futuro do trabalho – e o trabalho do futuro – sob a denominação de “O trabalho e o emprego, na França, no horizonte 2015”, onde restam identificadas na atualidade três funções de trabalho – função de produção, função de distribuição e função de inserção -. (1) A função de produção está relacionada com as transformações operadas no desenvolvimento econômico, inclusive em relação aos vários setores da economia, e seus reflexos no emprego/desemprego; (2) a função de distribuição se relaciona com a remuneração do trabalhador e com a relação trabalho/não-trabalho;(3) a função de inserção diz respeito à inserção social, com a dignidade do homem pelo trabalho. Afirma, ainda, que “O contrato de trabalho está se

³⁸⁹ MANNRICH, Nelson, A Modernização do Contrato de Trabalho, São Paulo: LTr, 1998.

³⁹⁰ MANNRICH, Nelson, Op. Cit. p. 225.

³⁹¹ MANNRICH, Nelson, op. cit. p. 226.

³⁹² MANNRICH, Nelson, idem, ibidem.

³⁹³ FERRARI, Irany e outros, História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, São Paulo, LTr, 1998.

*desfigurando. Apregoa-se, então, o contrato de atividade, para proteção do trabalho e não mais do emprego.*³⁹⁴

Já RAMOS³⁹⁵, após concluir que o chamado contrato temporário de trabalho em nada contribui para a complexa problemática do desemprego, afirma que *“Um novo protecionismo deve surgir, não o protecionismo para a empresa, que, para os juristas liberais, parece ser a ponte que conduzirá a sociedade ao paraíso, mas um novo protecionismo para o trabalhador, para o cidadão, para o ser humano que tem como única fonte de sobrevivência sua força de trabalho. Esse é o moderno Direito do Trabalho que se deve defender.”*

Ampliando essa idéia, SINGER³⁹⁶ propõe *“uma solução não-capitalista para o desemprego”* a partir da reinserção dos socialmente excluídos na economia desde um novo setor *“ formado por pequenas empresas e trabalhadores por conta própria, composto de ex-desempregados, que tenha um mercado protegido da competição externa para os seus produtos.”*³⁹⁷ Esse novo setor está fundado em uma forma de cooperativismo de produção e de consumo, dentro de uma economia solidária inclusiva.³⁹⁸

³⁹⁴ FERRARI, Irany, op. cit. p. 71.

³⁹⁵ RAMOS, Alexandre, Contrato Temporário de Trabalho....., p. 127.

³⁹⁶ SINGER, Paul, Globalização e Desemprego – Diagnósticos e Alternativas, São Paulo, Editora Contexto, 1999.

³⁹⁷ SINGER, Paul, op. cit. p. 122.

³⁹⁸ SINGER, Paul, op. cit. p. 124 –125, argumenta, em relação às cooperativas, que “ O compromisso básico dos cooperados seria o de dar preferência aos produtos da própria cooperativa no gasto da receita obtida da venda de seus produtos a outros cooperados” e, em relação à economia solidária, que “ o ponto de partida da economia solidária é o reconhecimento que a causa maior da debilidade da pequena empresa e do autônomo é o seu isolamento. O pequeno só é pequeno porque está sozinho.”

Verifica-se, dessa forma, ainda que sem eco no âmbito das políticas sociais que vêm sendo adotadas pelos sucessivos governos, que há uma significativa parcela de operadores do Direito do Trabalho, bem como da área da Sociologia do Trabalho e da Economia, que discutem o tema relacionado com o trabalho sob um enfoque mais abrangente e humanizado.

3.6 - O Direito ao/do Trabalho: Uma perspectiva garantista

Um enfoque garantista para o Direito ao/do Trabalho se constrói desde uma conjunção dos elementos que procura-se desenvolver no curso deste estudo, estabelecido nas seguintes bases de um **garantismo social**: (1) a existência de um Estado Constitucional de Direito que se funda em uma Constituição vinculante e suprema; (2) a existência de uma Constituição fundada em valores e princípios sociais comprometidos com os Direitos Fundamentais que vinculam todos os Poderes – públicos e privados -; (3) a noção de um positivismo³⁹⁹ que se firma desde uma concepção que estabelece vínculos, não apenas formais mas necessariamente materiais, para a produção normativa; (4) o estabelecimento de conceituação precisa e específica no âmbito da Teoria do Direito quanto à vigência, validade, eficácia, efetividade e eficiência, libertando o Direito de vínculos excessivamente formais e descomprometido quanto ao

³⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit. pp. 532-545 fala em um " pós-positivismo" dizendo que " *Em suma, o pós-positivismo, de raízes manifestamente axiológicas, elaborou uma metodologia que fez da hermenêutica o capítulo mais importante do novo Direito Constitucional. Max Scheler e Nicolai Hartmann, na Filosofia, e Kaufmann, Holstein e Smend, no Direito, foram os grandes precursores desse movimento de renovação e antagonismo à escola positivista.*"

conteúdo; (5) a existência de um Direito ao/do Trabalho fundado no Constitucionalismo Moderno e no Estado Constitucional de Direito; (6) a existência de um Direito ao/do Trabalho fundado e comprometido com os Direitos Fundamentais e com os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade. Passa-se a desenvolver, sucintamente, esta breve pauta, evidentemente sem a pretensão de esgotar a discussão, mas apenas para lançar um foco de luz sobre o tema, fundamentada na concepção garantista.

3.6.1 - O Estado Constitucional de Direito e a Constituição

A existência de um Estado Constitucional de Direito, que se funda em uma Constituição vinculante e suprema, representa a síntese de toda a teorização do moderno Constitucionalismo. Nesse aspecto, ainda que a prática jurídica não corresponda, verifica-se que já existe UM ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO, cuja CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – rígida, além de vinculante e suprema em relação a todos os Poderes, quer públicos, quer privados - diga-se de passagem, se apresenta como norma fundamental do Estado e da Sociedade brasileiros.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ Vide capítulo I, "O Estado Constitucional de Direito" e "Os Direitos Fundamentais, as Declarações de Direitos e a Constituição".

3.6.2 - Fundamentos da Constituição

A Constituição Federal de 1988, ratifica-se, se apresenta como um sistema de garantias em relação também aos Direitos Sociais, com evidente compromisso e inspiração nos Direitos Fundamentais. Trata-se de normatividade superior que, repisa-se, vincula não só os Poderes Públicos, mas também os Poderes Privados, relativizando o princípio da Legalidade – marco da liberdade geral - sob o enfoque de que “tudo que não é proibido é permitido”.⁴⁰¹ Nesse aspecto o Garantismo, ainda que sob uma matriz liberal, “ *incorpora valores do Estado Social e não estende o garantismo ao direito de propriedade e às liberdades econômicas*”⁴⁰²

3.6.3 - Um Positivismo Crítico

A noção de um Positivismo Crítico se firma numa concepção que estabelece vínculos não apenas formais, mas necessariamente materiais, para a produção normativa. Ainda que o Garantismo tenha por fundamento o positivismo jurídico, constata-se que este positivismo agrega, como traço específico do Estado Constitucional de Direito, a chamada “produção do direito sobre o direito”, ou seja, a produção normativa não se sustenta apenas pelos vínculos formais, mas deve necessariamente observar o compromisso com o conteúdo dessas normas.⁴⁰³ Trata-

⁴⁰¹ Vide Capítulo I “O Estado Constitucional de Direito”.

⁴⁰² Vide Capítulo II, “Traços da Teoria Geral do Garantismo. A definição de garantia”.

⁴⁰³ Vide Capítulo II, “Traços da Teoria Geral do Garantismo. A definição de garantia”

se, conforme reiteradamente afirmado, de um “*positivismo crítico*”⁴⁰⁴, de um “*pós-positivismo*”⁴⁰⁵ ou ainda de um “*positivismo corregido o ético*.”⁴⁰⁶

3.6.4 – Uma conceituação Garantista

Trata-se da redefinição de categorias jurídicas cujos conceitos encontram-se excessivamente vinculados ao modelo Positivista clássico. Esta conceituação garantista proposta liberta o direito de vínculos meramente formais para buscar compromissos substanciais. Refuta-se a confusão (ou redução)⁴⁰⁷ de um conceito ao outro para se afirmar a existência de distinção precisa entre tais categorias jurídicas, sendo que, para o Garantismo, enquanto a VIGÊNCIA significa a existência específica da norma jurídica, mas apenas em termos formais (elaboração pelo órgão competente/em conformidade com o procedimento prescrito), a VALIDADE significa, além da conformação formal, a pertinência substancial entre normas inferiores e superiores (coerência substancial de conteúdo/significado comprometido com os valores e princípios positivados na Constituição). Diversa, ainda, é a noção de EFICÁCIA, que pode estar relacionada (1) à efetividade (alcance dos fins expressos na norma), (2) ao cumprimento (observância/cumprimento da norma pelos destinatários), (3) à sanção (incidência da sanção correspondente na hipótese de

⁴⁰⁴ Cfe. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, pp. 15-35.

⁴⁰⁵ Cfe. BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 532-545.

⁴⁰⁶ Cfe. PECES-BARBA, Gregório. [epílogo : Desacuerdos e acuerdos con una obra importante] ZAGREBELSKI, Gustavo, *El Derecho Dúctil – ley, derechos, justicia.....*, pp. 157-173.

⁴⁰⁷ sobre “teorias reducionistas” ver notas 219, 220 e 238.

descumprimento/violação) e (4) à eficiência/ineficiência (alcance dos fins expressos na norma numa relação custo/benefício).⁴⁰⁸

Esta situação possibilita, ao operador do Direito, uma série de relações possíveis entre as distintas categorias representadas pela vigência/não-vigência, validade/invalidade, eficácia/ineficácia e justiça/injustiça, sendo certo que, para o Garantismo, apenas se apresenta impossível a relação não-vigência/validade na medida em que a vigência da norma se constitui pré-requisito da validade.

Verifica-se, então, que também no âmbito do Direito ao/do Trabalho somente podem prevalecer as normas VÁLIDAS, ou seja, aquelas normas comprometidas formal e substancialmente com os VALORES E PRINCÍPIOS positivados na Constituição, permitindo ao operador do Direito a deslegitimação das normas inválidas, ainda que vigentes.⁴⁰⁹

3.6.5 - Um Direito ao/do Trabalho fundado no Constitucionalismo Moderno⁴¹⁰

O estudo até agora desenvolvido deixa evidente que o Garantismo somente pode alcançar relativo grau de satisfação dentro de um contexto que valorize o

⁴⁰⁸ Vide SERRANO, Jose Luis. Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica pp. 17-25.

⁴⁰⁹ Neste sentido pode-se argumentar, por exemplo, pela invalidade/incoerência/inconstitucionalidade do Art. 2º, II, Lei 9.601/98 quando estabelece uma redução de direitos do "trabalhador temporário", com flagrante ofensa aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e dos valores sociais do trabalho (Artigo 1º, III e IV, da Constituição Federal), além do princípio da igualdade (Artigo 5º, "Caput", inciso, I), bem como dos valores representados pelos objetivos fundamentais inscritos nos incisos I, III e IV, do Artigo 3º da Constituição Federal.

⁴¹⁰ Fala-se aqui, com CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit. p. 47-48, em "constitucionalismo moderno" em uma acepção histórico-descritiva para "designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais

Constitucionalismo como teoria e, evidentemente, o Estado Constitucional de Direito⁴¹¹ como prática. Conforme CANOTILHO⁴¹² “*Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.*” Acrescenta, ainda, o constitucionalista português, agora com base em NICOLA MATEUCCI⁴¹³, que “*Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”⁴¹⁴.

415

Ora, tratando-se de Direito ao/do Trabalho, tem-se que essas noções de constitucionalismo e de Estado Constitucional de Direito devem ser radicalmente observados, evidentemente desde uma ótica garantista que, ainda que dentro do contexto liberal, reelabore a leitura dos direitos sociais. Para tanto, se impõe uma significativa alteração da cultura liberal dos constitucionalistas nacionais relativamente aos direitos sociais.⁴¹⁶ Cabe registrar que, no âmbito do Direito do

sw domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e de fundamentação do poder político.”

⁴¹¹ sobre Estado constitucional de direito vide Capítulo I.

⁴¹² CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. cit. p. 47.

⁴¹³ ver, também, sobre constitucionalismo, MATEUCCI, Nicola, Organización del Poder y Libertad – História del constitucionalismo moderno, Madrid: Trotta, 1998.

⁴¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit. p. 47.

⁴¹⁵ Neste sentido, também, FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías....., pp. 65-68.

⁴¹⁶ esta “cultura liberal” se traduz (1) pelo desprezo com que analisam os Direitos Sociais, com lamentável esvaziamento das normas constitucionais que tratam da matéria (ver BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Yves Gandra, Comentários à Constituição de 1988..., por exemplo; (2) pela crítica sistemática a uma Constituição analítica (ver PINTO FERREIRA, Curso de Direito Constitucional....., que invoca o pensamento de Rui Barbosa – noutra época e noutro momento histórico – para desmerecer a atual Constituição Federal em face de seu tamanho; (3) pelo equívoco de interpretar uma “Constituição Social” a partir de uma matriz essencialmente liberal. Ressalva seja feita em relação a uma minoria de constitucionalistas nacionais, podendo-se, por todos, indicar o nome de BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional...., p. 336, quando afirma que “*Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado*

Trabalho, não há uma tradição de juristas voltados para o estudo do Constitucionalismo e do Direito Constitucional com vistas à garantia dos direitos⁴¹⁷ sociais, salvo raras exceções⁴¹⁸. Tem-se, então, verdadeiro dilema representado por uma cultura e uma leitura liberal diante de uma Constituição que avança de forma significativa para uma concepção social⁴¹⁹, cabendo, aos operadores do Direito, encontrar um ponto de equilíbrio capaz de responder a esta situação. Logo, o Garantismo se apresenta como alternativa que agrega condições capazes de alcançar dito equilíbrio.

3.6.6 - Um Direito ao/do Trabalho fundado e comprometido com os Direitos Fundamentais

Se se atribui ao **trabalho**, sob qualquer enfoque, uma posição de destaque no fundamento da sociedade contemporânea, parece desarrazoada a forma como

liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo do Direito e ao absolutismo no Poder".

⁴¹⁷ Pode-se arrolar as seguintes obras: SILVA, Floriano Corrêa Vaz da, Direito Constitucional do Trabalho, São Paulo: LTr, MAGANO, Otávio Bueno e MALLETT, Estevão, O Direito do Trabalho na Constituição, São Paulo: LTr, 1993; SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Constitucional do Trabalho, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, além de algumas coletâneas de estudos sobre Direito Constitucional, uma coordenada por RODRIGUES, Aluisio, São Paulo: LTr, 1993 e outra por ROMITA, Arion Sayão (1991).

⁴¹⁸ Dentre estas exceções podem ser citados JUCÁ, Francisco Pedro, A Constitucionalização dos Direitos dos Trabalhadores e a Hermenêutica das Normas Infraconstitucionais, São Paulo: LTr, 1997; LEDUR, José Felipe, A realização do Direito ao Trabalho, Porto Alegre: Fabris, 1998; ARRUDA, Kátia Magalhães, Direito Constitucional do Trabalho – Sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal, São Paulo: LTr, 1998; SILVA NETO, Manoel Jorge e, Curso de Direito Constitucional do Trabalho, São Paulo: Malheiro, 1998. Fala-se em exceção porque estes autores não se limitam a meros comentários aos direitos trabalhistas previstos na Constituição, chegando a analisar e a desenvolver temas relacionados ao Constitucionalismo, à Constituição e aos Direitos Fundamentais.

⁴¹⁹ Cumpre registrar que o próprio liberalismo tem reelaborado suas teses, ora em sentido mais conservador, ora em sentido mais progressista. Neste particular, vale a leitura de MERQUIOR, José Guilherme, O liberalismo – Antigo e Moderno, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. Vide, em especial, as obras de RAWLS, John, Teoria de la Justicia, Buenos Aires: Editora Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1993 e DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio. Barcelona: Planeta-agostini, 1993.

esta questão tem sido discutida e tratada no âmbito do Direito do Trabalho e também das políticas sociais.

Uma primeira reflexão que deve ser trazida é a relacionada com o alargamento da noção de **trabalho**, inclusive no âmbito do Direito do Trabalho, para além da simples relação empregatícia, conforme se tem insistido no curso deste estudo. Para que haja esta reelaboração do paradigma representado pelo **trabalho**, é necessário que se busque um referencial mais amplo, identificado com o atual estado da civilização, na figura dos Direitos Fundamentais. Resta ultrapassada a noção já fragilizada do trabalho subordinado e elementar à construção de todo o Direito do Trabalho.

Importa também, uma releitura dos princípios que fundam o Direito do Trabalho, sem que se perca toda a construção já realizada nessa seara, na direção da máxima valorização de DOIS princípios positivados na Constituição Federal, ou seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Igualdade. Isso significa que, ainda que pareça óbvio, não pode haver elaboração de normatividade (ou mesmo o estabelecimento de contratos) sem que se tenha em conta estes dois princípios.

Conforme já referido insistentemente, tem-se que, para o Garantismo os Direitos Fundamentais se constituem em limites substanciais para o estabelecimento da produção normativa - limites estes que podem representar uma atitude negativa do Estado (quanto aos Direitos Fundamentais de primeira geração, ou direitos de liberdade) ou em uma atitude positiva do Estado (quanto

aos Direitos Fundamentais de primeira geração, ou direitos de igualdade) -. Neste contexto é evidente que uma proposta garantista de Direito ao/da Trabalho passa, também, pela necessária mudança de paradigma para focalizar os Direitos Fundamentais como limites à produção normativa relacionada a este ramo do Direito.⁴²⁰

Quanto aos princípios, cumpre em primeiro lugar, registrar que entende-se os princípio e as regras como diferentes espécies de normas, podendo-se, com CANOTILHO⁴²¹, dizer que:

“ Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas ou seja, das regras jurídicas. (...) Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin : Aplicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelski), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medidas suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo definitivas, sendo insustentável a validade simultânea das regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as

⁴²⁰ Nesse aspecto pode-se novamente discutir a validade/pertinência/constitucionalidade de legislação que simplesmente ignore o Trabalho como Direito Fundamental Social positivado na Constituição Federal.

⁴²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. cit., pp. 1087/1088.

regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).⁴²²

Tal entendimento apresenta-se fundamental para que o Direito ao/do Trabalho possa se realizar de uma forma mais ampla e efetiva, conforme se tem insistido neste estudo, a partir de uma perspectiva garantista. Ainda que distintos, verifica-se que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o princípio da Igualdade se imbricam e se complementam, remetendo-se um ao outro com significativa freqüência, na busca da realização dos direitos sociais, máxime quando se propõe um enfoque garantista. São, desta forma, analisados conjuntamente.

O conceito de Dignidade da Pessoa Humana é daqueles em que o seu sentido contrário diz mais do que o positivo, ou seja, definir e delimitar seu conteúdo apresenta-se mais complexo do que identificar o seu esvaziamento. LEDUR⁴²³ afirma que “ *A dignidade humana, do ponto de vista filosófico, pode ser definida, em termos sucintos, como o valor da consciência de ser e do ser (consciência ontológica) e da conseqüente capacidade de agir e de incidir livremente no mundo exterior, sob imperativo categórico.*” A noção de dignidade da pessoa humana evolui de uma conotação apenas de valor moral para se firmar como núcleo dos direitos fundamentais do cidadão⁴²⁴ e também como princípio fundamental⁴²⁵ que impõe ao Estado tanto atitudes positivas quanto atitudes negativas.

⁴²² Conforme sugere o próprio CANOTILHO, J.J. Gomes, veja-se ALEXY, Robert, *El Concepto y La Validez del Derecho.....*, pp. 159/177; DWORKIN, Ronald, *Los Derechos em Serio.....*, pp.72-83; GRAU, Eros Roberto, *A ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 91/134.

⁴²³ LEDUR, José Felipe, op. cit., p. 90.

⁴²⁴ LEDUR, José Felipe, op. cit. pp. 79-82 e 85

⁴²⁵ A Constituição Federal de 1988 acolhe a Dignidade da pessoa humana como princípio fundamental em seu artigo 1º, inciso III. Já a Constituição Alemã de 1949 atribui à Dignidade da pessoa humana tanto um

O princípio da Igualdade aqui invocado, na linha dos Direitos Sociais Fundamentais, diz respeito àquela noção de Igualdade desde a concepção de um Estado Social, ou seja, trata-se da Igualdade Social, com a qual se compromete a Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 3º, Incisos I, III e IV, na qualidade de objetivos fundamentais a serem alcançados. Não se trata simplesmente da igualdade meramente formal e típica do Estado Liberal (igualdade perante a lei), tampouco da igualdade econômica ou diretamente relacionada aos bens materiais (igualdade de fato) – ainda que esta seja a mais desejável -,⁴²⁶ mas sim da igualdade social ou de oportunidades⁴²⁷.

Tem-se, desta forma, sem que se possa desprezar a real abrangência do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, para este estudo, interessa mais a situação voltada para os Direitos Fundamentais Sociais, principalmente relacionada com o Trabalho, do que as demais variantes. Aqui o princípio da Dignidade da Pessoa Humana já se entrecruza com o princípio da Igualdade Social.⁴²⁸ Insiste-se,

caráter de princípio, quanto de regra, conforme ALEXY, Robert, citado por LEDUR, José Felipe, op. cit. p. 84.

⁴²⁶ BOBBIO, Norberto, *Igualdade e Liberdade.....*, p. 43-44 observa que *"A tendência no sentido de uma igualdade cada vez maior, como já havia observado ou temido Tocqueville no século XIX, é irresistível : o igualitarismo, apesar da aversão e da dura resistência que suscita em cada revolta da história, é uma das grandes molas do desenvolvimento histórico. A igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade."*

⁴²⁷ BOBBIO, *Igualdade e Liberdade.....*, identifica os vários sentidos de igualdade. Quanto à igualdade de oportunidades ou igualdade social (pp. 30/32), após indagar sobre os limites desta igualdade, afirma que *"...não é supérfluo, ao contrário, chamar a atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto, em certas competições esportivas, nas quais se assegura aos concorrentes menos experientes uma certa vantagem em relação aos mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades."*

⁴²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit. p. 336, por exemplo, ao invocar o princípio da democracia social em relação à Constituição Portuguesa, recorre ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade para afirmar que *"Desde logo, a dignidade da pessoa humana (cfr. art. 1º) é considerada noutros países como um princípio objectivo e uma 'via de derivação' política dos direitos sociais."*

com LEDUR⁴²⁹, quanto à necessária conexão entre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Artigo 1º, Inciso, III, da Constituição Federal) - acrescentando-se o princípio da igualdade (Artigo 3º, I, III e IV da Constituição Federal) -, com o direito ao/do trabalho (Artigo 6º e 7º, da Constituição Federal, além do Artigo 170, "caput"). Tem-se como indispensável que toda e qualquer normatividade voltada para a regulação das relações de trabalho deve levar em conta esta situação.

Num enfoque garantista – que desde sempre se firma a partir de uma noção de centralidade da pessoa humana e de uma noção de Estado Constitucional de Direito como instrumentos voltado para a busca do equilíbrio entre a liberdade plena e a igualdade substancial - ocorre uma imposição constitucional para que o Estado institua políticas sociais que promova a criação de trabalho digno (no âmbito do Poder Executivo), uma imposição constitucional estabelecendo limites materiais na elaboração de normatividade que regule as relações de trabalho (no âmbito do Legislativo) e uma imposição constitucional voltada para o controle jurisdicional da constitucionalidade a partir de uma noção de validade/pertinência/constitucionalidade entre a legislação infraconstitucional e os valores e princípios constitucionais enunciados (no âmbito do Poder

inclusive referindo-se a uma "dignidade social" enquanto que *"Do princípio da igualdade (dignidade social, art. 13), deriva-se a imposição, sobretudo dirigida ao legislador, no sentido de criar condições sociais (cfe, também, art.9º/d) que assegurem uma dignidade social em todos os aspectos..."*

⁴²⁹ LEDUR, José Felipe, op. cit. pp. 95-104. Concordamos integralmente com a assertiva do autor, apenas fazendo o reparo de que (1) o princípio da dignidade da pessoa humana já estava incorporado ao nosso Direito Constitucional desde 1934, quando o artigo 115 da Constituição enunciava que " Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro destes limites, é garantida a liberdade econômica." A constituição de 1946 é que vai, no artigo 145, relacionar a "existência digna" ao trabalho, enunciado que "Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme princípios de justiça social, conciliando liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social."; (2) temos que a norma do artigo 7º se constitui no substrato material mínimo e paradigmático de que deve se revestir todo e qualquer trabalho, independentemente da existência de relação empregatícia, tal qual já abordado neste capítulo quando do exame do direito social ao trabalho como direito fundamental.

Judiciário). Também ficam vinculados a esses princípios os poderes privados, principalmente o poder econômico.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, ainda que não se revelem estranhos ao Direito ao/do Trabalho⁴³⁰, não têm merecido estudos mais aprofundados dos operadores da área do Direito Social, sequer sendo admitidos como "princípios específicos do Direito do Trabalho".⁴³¹ Cabe registrar, entretanto, que, do conjunto de princípios que norteia o direito do trabalho, sob qualquer classificação, se infere a busca da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, ainda que de forma ideal e tangencial. Tem-se, então, em um enfoque garantista do Direito ao/do Trabalho, que esses princípios devem se constituir em núcleo essencial para nortear o Direito ao/do Trabalho em suas várias perspectivas, ou seja, no âmbito da implementação de políticas sociais pelo Executivo, no âmbito da produção

⁴³⁰ Na verdade são princípios que fundam, legitimam e justificam o próprio Direito ao/do Trabalho.

⁴³¹ em breve apanhado, verifica-se que SUSSEKIND, Arnado, Instituições de Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, 1993, pp. 128-129, arrola o princípios da proteção, além de "outros, que dele são filhos legítimos", envolvendo os sub-princípios da irrenunciabilidade, do "in dubio pro misero", da norma mais favorável, da condição mais benéfica, da primazia da realidade, da integralidade e da intangibilidade, da não-discriminação, da continuidade da relação de emprego e da irredutibilidade salarial; NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho....., pp. 225-233, fala em "Princípios gerais do direito do trabalho" com algumas subdivisões tais quais "princípios universais do direito do trabalho" arrolando (1) a liberdade de trabalho, (2) de organização sindical, (3) das garantias mínimas do trabalhador, (4) da multinormatividade do direito do trabalho, (5) da norma mais favorável, (6) da igualdade salarial, (7) da justa remuneração, (8) do direito ao descanso, (9) do direito ao emprego, (10) do direito a previdência social e (11) da condição mais benéfica; VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, "in" BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho - estudos em homenagem a Célio Goyatá, São Paulo: LTr, 1993, pp 116-131, refere-se a princípios de direito, princípio jurídico e princípios do direito do Trabalho, estabelecendo o princípio (1) "pro operario" com o corolário da norma mais favorável e da condição mais benéfica; (2) o princípio da irrenunciabilidade dos direitos e (3) o princípio da continuidade da relação de emprego. ARAUJO, Francisco Rossal de, A boa-fé no contrato de emprego, São Paulo: LTr, 1996, pp. 73-92 arrola os princípios (1) da proteção, (2) da continuidade, (3) da irrenunciabilidade, (4) da não-discriminação, (5) da primazia da realidade e (6) da imodificabilidade lesiva e da irredutibilidade salarial. Por todos, refira-se, ainda, o clássico PLÁ RODRIGUEZ, Américo, Princípios de Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, 1993, que propõe (1) princípio da proteção que envolve as noções de "in dubio, pro operario", da norma mais favorável e da condição mais benéfica; (2) princípio da irrenunciabilidade dos direitos; (3) princípio da continuidade da relação de emprego; (4) princípio da primazia da realidade; (5) princípio da razoabilidade e (6) princípio da boa-fé.

do Direito pelo Legislativo e no âmbito da aplicação do Direito (validade/pertinência) e do controle da constitucionalidade do Direito produzido.

Entendidos os Direitos Fundamentais em toda a sua abrangência e plenitude – ou seja, incluindo-se neles necessariamente os Direitos Sociais – pode-se afirmar que a civilização pode se realizar exclusivamente a partir da garantia desses direitos. Nesse aspecto, a noção de um Direito ao/do Trabalho alargado e a retomada da centralidade do trabalho como categoria social representam, pela regulamentação e pela garantia, a possibilidade de inclusão e de participação social, justamente porque busca a reinserção do trabalhador na economia formal⁴³², com uma provável diminuição de tensão social e de violência. Assim, ao invés da desregulamentação e da desconstitucionalização que conduz à barbárie, deve-se buscar a regulamentação e a constitucionalização dos direitos e das garantias sociais, como forma de emancipação e de progresso da civilização.

Desde esse enfoque, constrói-se um novo modelo de relação Direito/Estado (Direito/Poder), ou seja, *“De este modo la relación entre Estado de Derecho y principio de mayoría, o, dicho de forma más simples, entre Derecho y Política, aparece invertida si se la compara con las imágenes politicistas de la democracia, porque el Derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la Política, sino que, por el contrario, es la Política la que tiene que ser asumida*

⁴³² Nesse aspecto pode-se apontar alguns efeitos reflexos desta inclusão : 1) O estabelecimento de uma competitividade dentro do mercado, gerando riqueza e distribuição (via impostos) para todos, em detrimento da economia informal; 2) a diminuição da participação estatal em programas meramente assistenciais (tipo seguro-desemprego, frentes de trabalho, etc...) na medida em que o próprio cidadão, pelo trabalho, assume suas necessidades para uma vida digna, inclusive contribuindo para a formação de receitas necessárias à utilização daqueles ainda excluídos.

como instrumento para la actuación dei Derecho."⁴³³ Propõe-se, pois, uma inversão da prática jurídica que se tem implementado no Brasil, onde, ao invés de os governos se adaptarem ao conteúdo das Constituições - traçando então seu plano de governo - são as Constituições que sofrem "adaptações" para se adequar aos projetos governistas de ocasião.

As noções acima postas e propostas representam, em linhas gerais, a perspectiva garantista do Direito ao/do Trabalho - ou um Garantismo Social - desde um direito essencialmente comprometido com a Dignidade da Pessoa Humana e com a Igualdade Social. Reafirma-se a necessidade de prevalência das normas jurídicas sociais inscritas na Constituição e consagradas no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. Portanto, trata-se, antes de mais nada, de uma perspectiva abrangente, inclusiva, solidária e comprometida - sem esquecer as lições do passado - com o presente e o futuro dos homens.

⁴³³ FERRAJOLI, Luigi. in : IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Corrupción y Estado de derecho - El papel de la jurisdicción*. Madrid : Trotta, 1996, p. 24. " Deste modo, a relação entre Estado de Direito e principio da maioria, ou, dito de forma mais simples, entre Direito e Política, aparece invertida se se a compara com as imagens politicistas da democracia, porque o Direito já não pode ser concebido como instrumento da Política, senão que, ao contrário, é a política a que tem que ser assumida como instrumento para a atuação do Direito."

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Para que possamos servir-nos sem perigo de uma teoria é necessário que, anteriormente, tenhamos perdido completamente a fé nela”.
(Rudolf von Jhering)

À guisa de considerações finais, podem ser arroladas as seguintes proposições:

1. A evolução do Estado de Direito para atingir o que presentemente é chamado de Estado Constitucional de Direito significa a retomada da idéia de Direito, necessária à legitimação e ao exercício do Poder. Trata-se, conforme reiteradamente afirmado, da prevalência da Constituição - rígida, vinculante e suprema - como norma fundamental do Estado e da Sociedade. O Brasil, com a Constituição de 1988, incorpora valores e princípios do moderno Constitucionalismo, ainda que a prática constitucional da grande maioria dos operadores do Direito se apresente insensível a essa situação.

2. A base teórica do Positivismo Jurídico - reelaborada para um Positivismo Crítico (ou Pós-positivismo) comprometido com valores e com princípios - significa atribuir conteúdo às normas, conteúdos esses que encontram não só limitações formais (geralmente relacionados com a competência do órgão e com a observância de procedimentos estabelecidos), mas também materiais (direitos fundamentais, liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, paz, por exemplo).

3. A noção de Constitucionalismo e de Estado Constitucional de Direito, fundados em compromissos formais e substanciais para a produção da normatividade jurídica, representa pressuposto absolutamente necessário para que se possa entender o Garantismo como teoria jurídica.

4. Adotar os Direitos Fundamentais, inclusive os Direitos Fundamentais Sociais - como limites materiais e obrigações impostos pela Constituição - e reelaborar os conceitos de vigência, validade e eficácia - como poderoso instrumental colocado à disposição dos operadores do Direito, principalmente em face da possibilidade da deslegitimação do Direito inválido - significa "levar a sério"⁴³⁴ a Constituição e tornar efetivos os direitos, mormente num país sem tradição e sem prática constitucional como se revela o Brasil. Tal significa, na metafórica afirmação de BONAVIDES⁴³⁵, que "*Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições.*"

⁴³⁴ parafraseando DWORKIN, Ronald, Los Derechos em serio....

⁴³⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 553.

5. Perceber o Direito ao Trabalho (Art. 6º da Constituição Federal) como Direito Social Fundamental, e os direitos trabalhistas (Artigo 7º, da Constituição Federal) já como conteúdo do significado de trabalho digno (Artigo 1º, incisos III e IV e 170 da Constituição Federal), quer significar que o Estado e a Sociedade não estão comprometidos com qualquer trabalho, mas sim com o TRABALHO DIGNO, necessário à dignidade da pessoa humana e ao alcance da igualdade substancial dos cidadãos.

6. Entendendo-se as relações existentes entre Trabalho - em seus variados sentidos - e produção, e as metamorfoses que ocorreram em relação a esta, pode-se afirmar a necessidade de um “novo” Direito do Trabalho - na linha de ampliação de tutelas – justamente em face do esvaziamento do Trabalho como emprego. Se se retoma o Trabalho como categoria central da organização social e produtiva, evidencia-se a necessidade de se retomar uma regulamentação mais ampla, sempre com o norte do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do princípio da Igualdade, em sentido absolutamente oposto à flexibilização, desregulamentação e desconstitucionalização.

7. Quando se afirma que a Constituição Federal de 1988 representa um sistema de garantias dos direitos sociais, em especial do Direito ao/do Trabalho, se quer ratificar a idéia de uma Constituição rígida, analítica, vinculante, suprema, a ser necessariamente obedecida pelo Legislativo, pelo Executivo, pelo Judiciário, e pelos cidadãos; enfim por todos os Poderes Públicos e Privados.

8. Falar, então, sobre uma ótica garantista do Direito ao/do Trabalho ou sobre o Garantismo Social, significa (1) voltar os olhos para a Constituição Federal de

1988, reconhecendo a posição que lhe cabe em um Estado Constitucional de Direito; (2) interpretar a Constituição como norma fundamental do Estado e da Sociedade que vincula todos os Poderes Públicos e Privados; (3) interpretar a Constituição como consagradora e, ao mesmo tempo, como resultado da Teoria dos Direitos Fundamentais, para assegurar a dignidade da pessoa humana, na esfera individual, na esfera de suas relações; (4) interpretar e observar os Princípios Fundamentais (Art. 1º), dentre os quais o da Dignidade da Pessoa Humana (Inciso III) e os valores sociais do trabalho (IV), além de os objetivos fundamentais (Art. 3º, I, III e IV) como normas jurídicas; (5) significa interpretar a Constituição em sua função mais elementar, ou seja, interpretá-la como um conjunto de normas que organiza o Estado e a Sociedade, incorporando valores e princípios a serem observados por todos; (6) significa pensar e trabalhar o Direito, em especial o Direito ao/do Trabalho, como normatividade comprometida com vínculos formais e materiais em relação aos valores e princípios constitucionais consagrados na Constituição, ou seja, inverter a funesta e perversa lógica de que a Constituição é que deve se adaptar aos Planos de Governo e projetos econômicos; (7) significa recolocar o Trabalho como categoria central da organização social e produtiva e o Direito ao/do Trabalho como normatividade protetiva e inclusiva, capaz de reinserir a massa de excluídos na economia formal, em atitude absolutamente contrária à desregulamentação/desconstitucionalização. Cumpre, uma vez mais, lembrar BONAVIDES⁴³⁶, em sua invejável lucidez, quando adverte que *“quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos. Governa, assim, fora*

⁴³⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. pp. 553-554.

da legítima ordem econômica, social e cultural e se arreda da tridimensionalidade emancipativa contida nos direitos fundamentais da segunda, terceira e quarta gerações.”

9. Verifica-se, então, que o Garantismo atribui, ao Direito, uma função diversa daquela que é atribuída normalmente pela Teoria Jurídica Tradicional, inclusive estabelecendo uma nova relação entre Direito e Poder (ou Direito/Estado). Para o Garantismo, o Direito e o Estado representam a instrumentalização da busca do bem comum, voltado para valores e princípios, tais quais : a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, a paz. Por outro lado, sob esse enfoque, é a Política que deve servir ao Direito e não o Direito servir à Política, conforme sói acontecer.

10. A Teoria Geral do Garantismo, dessa forma, apresenta-se como um aparato teórico capaz de reelaborar, no âmbito da Teoria Política, a relação Direito/Poder e, no âmbito da Teoria Jurídica, as noções de vigência, validade e eficácia normativas, de forma a fornecer, aos operadores do Direito, um instrumental legítimo e elaborado para a realização do Direito válido e para a deslegitimação do Direito inválido, sempre voltado para a centralidade da pessoa humana.

11. Cumpre lembrar que, enquanto BOBBIO⁴³⁷, sempre oportuno, - acenando para um progresso moral da humanidade - afirma que *“uma coisa é falar de direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma*

⁴³⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos....., p. 63.

proteção efetiva.”, verifica-se que, no Brasil, em flagrante retrocesso, além de não se implementar a garantia do Direito Posto, tem havido um discurso e uma prática desregulamentadora - que retoma e impõe padrões de um neofeudalismo. Tal circunstância impõe, aos operadores do Direito, uma atitude urgente de defesa do ordenamento jurídico, desde sua Norma Fundamental. Entende-se que o Garantismo pode contribuir de forma definitiva nesta tarefa.

12.- Verificando-se que o Direito ao/do Trabalho se apresenta como alvo preferencial dessa desregulamentação, percebe-se a necessidade de imediata mobilização de todos – não só dos operadores, mas de toda a sociedade - para a defesa do DIREITO na busca da Justiça Social como condição absoluta para a paz e o convívio na Sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez dei Derecho** [Tradução: Jorge M. Seña] – Barcelona: Gedisa, 1997.
- ALVES, J. A. Lindgren. **Revista da AMB** (Associação dos Magistrados Brasileiros), ano 2, número 5, 2º semestre, Cidadania e Justiça – Direitos Humanos: 50 anos depois.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Prólogo de Derechos y Garantías – La ley dei más débil**, Madrid: Trotta, 1999.
- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho? – Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do Mundo do Trabalho**, 6ª ed. - São Paulo: Cortez; Campinas: Ed. da UNICAMP, 1999.
- _____ **Os sentidos do Trabalho – Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996.
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de, RAMOS, Alexandre Luiz. **Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho**. Curitiba: IBEJ, 1998.
- BAGOLINI, Luigi. **O Trabalho na Democracia: filosofia do trabalho**. [tradução: João da Silva Passos] - São Paulo: LTr; Brasília: Ed. da UnB, 1981.

BAYLOS, Antonio. **Derecho dei Trabajo: Modelo para armar.** Madrid: Trotta, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** [tradução: Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos], 9ª ed. – Brasília: Ed. da UnB, 1997.

_____ **A Era dos Direitos.** [tradução: Carlos Nelson Coutinho], Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____ **Estado Governo, Sociedade - para uma teoria geral da política.** [tradução: Marco Aurélio Nogueira], 3ª ed. - Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____ **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** [tradução: Alfredo Fait], 3ª ed.- Brasília: Ed. da UnB, 1995.

_____ **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito–.** São Paulo: Ícone, 1995.

_____ **IGUALDADE E LIBERDADE.** [tradução: Carlos Nelson Coutinho], 3ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____ **Teoria General del Derecho.** Bogotá: Temis, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. - São Paulo: Malheiros, 1998.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade - Uma Abordagem Garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALHEIROS BOMFIN. **Globalização, neoliberalismo e direitos sociais.** [Maria Salete Maccalóz, et al] – Rio de janeiro: Destaque, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CESARINO JUNIOR, A.F. e CARDONE, Marly A.. **Direito Social**. Vol. I, 2ª ed. São Paulo: LTr, 1993
- DE MASI, Domênico. **O Futuro do Trabalho – Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. [tradução : Yadyr A. Figueiredo] 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olímpio; Brasília, DF: Ed. da UnB, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Sério**. [tradução: Marta Gustavino]. Barcelona: Planeta-Agostini, 1993.
- ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. [tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza], 15ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERRARI, Irany, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, MARTINS FILHO, Ives Gandra. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón, - Teoria del garantismo penal**. 3ª ed. [tradução: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés] – Madrid: Trotta, 1998.
-
- _____ **Derechos y garantías - La ley dei más débil**. [tradução: Perfecto Andrés Ibáñez] - Madrid: Trotta, 1999.
-
- _____ **O Direito Como Sistema de Garantias**. in: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- _____ **El Estado Constitucional de Derecho hoy: El modelo y su Divergencia de la realidad.** In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción.** [tradução: Perfecto Andrés Ibáñez], Madrid: Trotta, 1996.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio, Apresentação à obra de BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 9ª ed. – Brasília: Ed. da UnB, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1998.
- FORRESTER, Viviane. **O Horror Econômico.** [tradução :Álvaro Lorencini] - São Paulo: Unesp, 1997.
- GENRO, Tarso. **Revista Democracia & Mundo do Trabalho,** Publicação de Genro, Camargo, Coelho, Maineri e Advogados Associados S/C, Porto Alegre: 1998.
- _____ **Direito Individual do Trabalho.** 2ª ed. - São Paulo: LTr, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e O Direito pressuposto.** 3ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____ **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica.** 2ª ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição.** [tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HOBBSBAWM, Eric J.. **Mundos do Trabalho – Novos estudos sobre a história operária.** [tradução: Wandea Barcellos e Sandra Bedran]. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- JUCÁ, Francisco Pedro. **A Constitucionalização dos Direitos dos Trabalhadores e a Hermenêutica das Normas infraconstitucionais.** São Paulo: LTr, 1997.

KATZ, Ellis, "in" ZILVETI, Fernando Aurélio e BARROS, Sérgio Resende de. **Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999.

KELSEN , Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. - [tradução: Luis Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____ **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. - 3ª tiragem, [tradução: João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. [tradução: Marcelino Rodríguez Molinero]. Barcelona: Ariel, 1994.

_____ **Derecho Justo – Fundamentos de ética jurídica**. [tradução: Luis Díez- Picazo]. Madrid: Civitas, 1993.

LEDUR, José Felipe. **A Realização do Direito ao Trabalho**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MACCALÓZ , Maria Salete. **Globalização, Neoliberalismo e Direitos Sociais**. [Maria Salete Maccalóz ,et al]. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

MAGANO, Otávio Bueno e MALLET, Estêvão. **O Direito do Trabalho na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MANNRICH, Nelson. **A modernização do Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MALLET, Estêvão e MAGANO, Otávio Bueno. **O Direito do Trabalho na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad – História del constitucionalismo moderno**. [tradução: Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira]. Madrid: Trotta, 1998.

- MELLO, Prudende José Silveira. **Globalização, neoliberalismo e o mundo do Trabalho**. [org: Edmundo Lima de Arruda Junior e Alexandre Ramos]. Curitiba: EDIBEJ, 1998.
- MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo – Antigo e Moderno**. [Henrique de Araújo Mesquita]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- MIQUELUZZI, Oswaldo. **Globalização, neoliberalismo e o mundo do Trabalho**. [org: Edmundo Lima de Arruda Junior e Alexandre Ramos]. Curitiba: EDIBEJ, 1998.
- MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos Direitos Fundamentais – Contribuição para uma teoria**. São Paulo: LTr, 1997.
- MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. **A Subjetividade do Tempo – Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.
- NALINI, José Renato. **Constituição e Estado Democrático**. São Paulo: FTD, 1997 (coleção Juristas da atualidade/coordenação Hélio Bicudo).
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. - São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Cidadania e Novos Direitos “ in” O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- OLVERA, Óscar Rodríguez. **Teoría de los Derechos Sociales en la Costitución Abierta**. Granada: Comares, 1998.
- PASTORE, José. **A agonia do Emprego**. São Paulo: LTr, 1997.

PECES-BARBA, Gregorio. [epílogo de] ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho Dúctil – ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1995.

Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General. [com a colaboração de Rafael de asís roig, Carlos R. Fernandez Liesa e Ángel llamas Cascón]. Madrid: Universidade Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1999.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La Garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

PINAUD, João Luiz Duboc. **Globalização, Neoliberalismo e Direitos Sociais**. [org: Salete Maria Maccalóz et al]. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

PINTO FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. [tradução: Wagner D. Giglio]. São Paulo: LTr, 1993.

RAMOS, Alexandre. **Contrato Temporário de Trabalho – Combate ao Desemprego ou redução do custo da força de trabalho?** São Paulo: LTr, 1999.

Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho. [org: Edmundo lima de Arruda Junior e Alexandre Ramos]. Curitiba: EDIBEJ, 1998.

RIEGEL, Estevão Torelly. **Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho**. [org: Edmundo Lima de Arruda Junior e Alexandre Ramos]. Curitiba: EDIBEJ, 1998.

RIFKIN, Jeremy. **O Fim dos Empregos – O Declínio Inevitável dos Níveis dos Empregos e a Redução da Força Global de Trabalho**. [tradução: Ruth Gabriel Bahr]. São Paulo: Makron Books, 1995.

ROMAGNOLI, Umberto. **El Derecho, El Trabajo y La historia**. [tradução: Marina Tomadini]. Madrid: CES, 1997.

ROMITA, Arion Sayão. **Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos**. São Paulo: LTr, 1993.

ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do Iluminismo**. 3ª reimpressão. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

SERRANO, Jose Luis. **Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoria de la norma jurídica**. Madrid: Trotta, 1999.

SINGER, Paul. **Globalização e Desemprego – Diagnósticos e Alternativas**. São Paulo: Contexto, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8a ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. 3ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SODRÉ, Nelson Werneck. **A Farsa do Neoliberalismo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.

SOUZA, Sérgio Alberto de. **Direito, Globalização e Barbárie**. São Paulo: LTr, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 14a ed. São Paulo: LTR, 1993.

Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VERÍSSIMO, Luis Fernando . [prefácio de] **A farsa do Neoliberalismo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Curso de Direito do Trabalho – Estudos em homenagem a Célio Goyatá-**. [coord: Alice Monteiro de Barros], vol. I. São Paulo: LTr, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho Dúctil – Ley, derechos, justicia**. [tradução: Marina Gascón]. Madrid: Trotta, 1995.