

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

ANTÔNIO AUGUSTO MARTINO

**DIREITO FUNDAMENTAL E O TRABALHO: VEDAÇÃO A
FLEXIBILIZAÇÃO – ALTERAÇÕES COM O INTUITO DE
RETIRAR DIREITOS DOS TRABALHADORES**

MARÍLIA
2016

ANTÔNIO AUGUSTO MARTINO

DIREITO FUNDAMENTAL E O TRABALHO: VEDAÇÃO A
FLEXIBILIZAÇÃO – ALTERAÇÕES COM O INTUITO DE RETIRAR
DIREITOS DOS TRABALHADORES

Trabalho de curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Andrea Antico Soares

MARÍLIA
2016

MARTINO, Antônio Augusto.

Direito fundamental e o trabalho: vedação a flexibilização – alterações com o intuito de retirar direitos dos trabalhadores /Antônio Augusto Martino; orientadora: Andrea Antico Soares. Marília, SP: [s.n], 2016. 61f.

Trabalho de Curso ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1.Direitos Fundamentais 2. Direito do Trabalho 3. Flexibilização

CDD: 341.6



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Antonio Augusto Martino

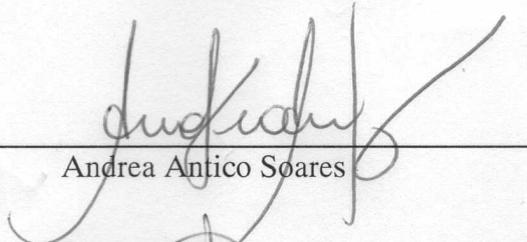
RA: 52190-6

Direito Fundamental e o Trabalho: Vedação a Flexibilização - Alterações com o Intuito de Retirar Direitos dos Trabalhadores.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10

ORIENTADOR(A):



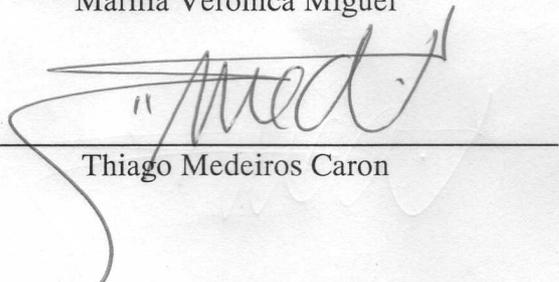
Andrea Antico Soares

1º EXAMINADOR(A):



Marília Verônica Miguel

2º EXAMINADOR(A):



Thiago Medeiros Caron

Marília, 28 de novembro de 2016.

AGRADECIMENTOS

Ante a impossibilidade de transportar para o papel os meus agradecimentos, para todas as pessoas que me auxiliaram nesses cinco anos da Graduação em Direito, pois isso envolve muito mais do que palavras, já que trata do meu eterno sentimento de gratidão pelo apoio, desde o mais simples e pequeno até o mais complexo e trabalhoso gesto.

Isso porque, durante esse tempo foram muitas as pessoas que me ajudaram, desde parentes que implicitamente querem meu bem e outros que encontrei apoio inesperado, inclusive em momentos difíceis. Assim, nesse contexto festeiro, de êxtase, de alegria e de agradecimento é que de alguma forma tento homenagear aqueles prestaram apoio, desde financeiro, intelectual, ou um simples “empurrão”, ou ainda palavras de motivadoras, com o objetivo de aqui gravar essa homenagem de agradecimentos pela eternidade, para que todos saibam que somente cheguei onde estou pelo seu apoio.

Agradeço a todos aqueles que de alguma forma participaram da minha vida, estando nominalmente aqui ou não, me ajudando com minha vida acadêmica e profissional. A esta universidade, emérita instituição, a todos os funcionários, terceirizados, visitantes, seu corpo docente e discente, direção e administração, pela oportunidade de fazer o curso e por todo o apoio ao longo desses cinco anos.

Dessa maneira, agradeço a minha estimada família, meus irmãos Elisabete e Luís e minha mãe Cida, que me deu todo o necessário para meus estudos, muitas vezes abrindo mão de prazeres e conveniências para eu pudesse ter o melhor das condições de aprendizado na faculdade, aos quais não existem palavras ou gestos que possam de alguma forma evidenciar o tamanho dos meus agradecimentos.

Agradeço a minha namorada Vanessa, que me acompanha nos mínimos detalhes, sempre com profundo amor e carinho, me auxiliando em todas as tomadas de decisões, tendo em vista que sem ela, muito disso não seria possível. Obrigado por tudo e por fazer parte da minha vida!

Agradeço a minha orientadora desse trabalho, a Professora e Mestre Andrea Antico Soares, por fomentar minha sede de saber e topar a empreitada pretendida neste trabalho, que nas vezes que fiquei sem direção, à deriva, me colocou no caminho correto. Além do mais, desde o ministério das aulas de graduação se mostrou uma amiga estimada, fazendo além do que lhe cabia como professora e tanto nas aulas quanto durante as reuniões do Trabalho de Conclusão de Curso, me deu conselhos que levarei para a vida, tanto nas minhas relações pessoais, como profissionais.

Ao Professor, Companheiro de trabalho e Amigo, Adriano de Oliveira Martins, o qual me deu uma oportunidade de estar entre os grandes na honrada profissão da advocacia, me ajudando e ensinado dia após dia o Direito e o exercício da advocacia e como exercê-lo de forma ética e íntegra. Além do mais, me possibilitou conhecer outras pessoas, igualmente importantes em meu desenvolvimento como profissional e como ser humano, seja com “broncas”, críticas construtivas, dicas, elogios e incentivos. Dessa forma, também não posso deixar de registrar meus agradecimentos aos meus queridos amigos e amigas Gustavo, Ian, “Ike”, Isabela, Levi, Nathaly, Renata, Ricardo, Rubens e todos os outros que fazem parte do Grupo AOM, instituição que tenho orgulho de dizer que faço parte.

Aos meus amigos Bruno Baldinoti e Giovane Moraes Porto, por serem amigos por virtude (segundo Platão), que sempre me apoiaram e me incentivaram durante esses cinco anos de graduação, os sempre aprendi muito os ouvindo e lendo. Além disso,

fizeram despertar meu amor pela academia, que graça ao afinco e disciplina nos estudos que sempre vi os dois desempenhar.

Ao Bruno ainda, que além de amigo é um companheiro de trabalho, que no dia-a-dia do escritório, que diante de nossos debates jurídicos proporciona o desenvolvimento de meu conhecimento, bem como que nos momentos de descontração também boas risadas.

A Larissa pelas dezenas de canetas emprestadas, para as minhas tão valiosas anotações.

Aos meus companheiros acadêmicos, Ana Laura, Amanda, Barbará, Carolina, Guilherme, Hugo, Hayesha, Leonardo, Lucas Maísa, Marcio, Priscila e Patrícia, Também, aos meus amigos Alessandra, Deny, Flávia, Gabriel, Gabriela, Júlia, Mário, Renato, Wesley e William. Obrigado!

Meus amigos do Núcleo de Perícias Criminalísticas de Marília, a todos que fazem parte desse lugar, o qual me ensinou. Especialmente, agrção ao Luís Augusto Baldicera, por me acolher como amigo, o qual se eu for um décimo da pessoa que você é conseguirei fazer do mundo um lugar bem melhor. Também ressalto meus agradecimentos às minhas amigas Amanda e Lidia, obrigado pelas conversas triviais, bem como as sérias que tivemos, me distraíndo de todos os problemas, trazendo um pouco alegria e risadas.

Aqui não estou finalizando minha jornada, mas começando um novo ciclo, graças ao apoio de todos.

Vocês têm um lugar reservado no meu coração!

Obrigado a cada um de vocês!

EPÍGRAFE

Houve uma entusiástica saudação e depois muitas palmas. Napoleão ficou tão emocionado que deixou seu lugar e deu a volta à mesa para tocar com seu copo o do Sr. Pilkington, antes de esvaziá-lo. Quando as felicitações acabaram, Napoleão, que permanecera de pé, disse que iria também proferir algumas palavras.

Como todos os discursos de Napoleão, aquele foi curto e direto ao assunto. Também ele, disse, alegrava-se de que o período de desentendimentos tivesse chegado ao fim. Por longo tempo houve rumores - inventados, acreditava, e tinha razões para isso, por algum inimigo mal-intencionado - de que havia algo de subversivo e mesmo de revolucionário nos pontos de vista seus e de seus companheiros. Tinham passado por desejosos de fomentar a rebelião entre os animais das granjas vizinhas. Nada podia estar mais longe da verdade! Seu único desejo, agora como no passado era viver em paz e gozando de relações normais com os seus vizinhos. Aquela granja que ele tinha a honra governar, acrescentou, era um empreendimento cooperativo. As escrituras que estavam em seu poder conferiam a posse a todos os porcos.

Não acreditava que ainda restassem quaisquer das velhas suspeitas, mas certas modificações na rotina da granja haviam sido introduzidas com o fito de promover uma confiança ainda maior. Até aquele momento os bichos haviam conservado o hábito imbecil de dirigirem-se uns aos outros pela alcunha de "camarada". Isso ia acabar. Existira também o costume insólito, cuja origem era desconhecida, de marchar aos domingos, desfilando frente a uma caveira de porco pregada num poste. Isso também ia acabar, e a caveira já for a enterrada. Os visitantes com certeza teriam observado também a bandeira verde que tremulava no poste. Nesse caso teriam notado que as antigas figuras do chifre e da ferradura, em branco, haviam sido suprimidas. Daí por diante seria uma bandeira puramente verde.

Tinha apenas um reparo, disse, a fazer ao excelente discurso, bem próprio de um bom vizinho, do Sr. Pilkington. O Sr. Pilkington referira-se o tempo todo à "Granja dos Bichos". Naturalmente ele não podia saber - mesmo porque Napoleão o estava proclamando, naquele instante, pela primeira vez - que a denominação "Granja dos Bichos" for a abolida. A partir daquele momento, sua granja voltaria a ser conhecida como "Granja do Solar", que, aliás, parecia-lhe, era seu nome correto e original.

Senhores - concluiu Napoleão, levantarei o mesmo brinde, mas sob forma diferente. Encham, até a borda, seus copos. Senhores, este é o meu brinde. À prosperidade da Granja do Solar! Houve as mesmas calorosas felicitações de antes, e os copos foram esvaziados. Mas aos olhos dos bichos, que lá de for a espiavam, pareceu que algo estranho estava acontecendo. Que diabo teria alterado a cara dos porcos? Os olhos embaçados de Quitéria iam de uma cara para outra. Algumas tinham cinco queixos, outras quatro, outras três. Mas alguma coisa parecia misturá-las e modificá-las. Então, findos os aplausos, o grupo pegou novamente nas cartas, reencetando o jogo interrompido, e os animais afastaram-se silenciosamente.

Não haviam, porém, chegado sequer a vinte metros quando se detiveram, ante o vozerio alto que vinha lá de dentro. Voltaram correndo e tornaram a espiar pela janela. Realmente, era uma discussão violenta. Gritos, socos na mesa, olhares suspeitos, furiosas negativas. A origem do caso, ao que parecia, fora o fato de Napoleão e o Sr. Pilkington haverem, ao mesmo tempo, jogado um ás de espadas. Doze vezes gritavam cheias de ódio e eram todas iguais. Não havia dúvida, agora, quanto ao que sucedera à fisionomia dos porcos. As criaturas de fora olhavam de um porco para um homem, de um homem para um porco e de um porco para um homem outra vez; mas já se tornara impossível distinguir quem era homem, quem era porco.

(Revolução dos Bichos, George Orwwel)

MARTINO, Antônio Augusto. **Direito fundamental e o trabalho: vedação a flexibilização – alterações com o intuito de retirar direitos dos trabalhadores.** 2016. 61 f. Trabalho de curso. (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar o fenômeno da flexibilização no direito trabalhista e se ocorrem efeitos negativos aos trabalhadores, pela retirada de direitos sócias em benefício da consciência econômica, que transfigura na necessidade de aumentar a produção a qualquer custo. Para tanto, nos utilizaremos como principal referencial teórico na pesquisa os trabalhos de Jorge Luiz Souto Maior. Desta forma, partiremos de duas premissas, os direitos humanos, sua evolução ao decorrer do tempo, suas características, até chegarmos ao atual modelo constitucional, voltado para a proteção dos direitos humanos e o direito do trabalho, analisando-o como ramo do direito do trabalho, para regular a relação laborativa, aprofundando a análise. Outrossim, a metodologia utilizada neste trabalho será de caráter hipotético-dedutivo, a partir de pesquisas bibliográficas, especialmente sobre no que consiste nas construções teóricas da flexibilização. Esperamos capturar a atenção dos juristas e da sociedade para o fato de que legalizando a flexibilização, tornar-se-á legítima a violência praticada em detrimento dos trabalhadores.

Palavras-chave: Direitos humanos; Direito do Trabalho; Flexibilização

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal.

CRBF: Constituição da República Federativa do Brasil

CLT: Consolidação das Leis Trabalhistas

TST: Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	10
1.1 Da <i>Magna Charta</i> de 1215, Constituição americana e Declaração universal de 1789	10
1.2 As dimensões dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 e suas características	16
1.3 Do princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988.....	23
CAPÍTULO 2 – O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	29
2.1 Aspectos sobre o direito social ao trabalho – direito de defesa e de proteção	29
2.2 O direito do trabalho no Brasil após a Constituição de 1988	38
CAPÍTULO 3 – FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO – PROIBIÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS EM DETRIMENTO DOS TRABALHADORES	42
3.1 A real intenção com a flexibilização das normas trabalhistas – retirada de direitos em benefício da ordem econômica	42
3.2 O direito do fundamental do trabalho: proibição da flexibilização das normas de direito trabalhistas em detrimento dos trabalhadores – uma leitura necessária sob o ponto de vista dos direitos humanos fundamentais.	50
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

A pesquisa realizada no presente trabalho de conclusão de curso irá analisar a Dignidade da Pessoa Humana e sua notável influência para o direito ao trabalho, isto é, serão lançadas bases a demonstrar que não há a possibilidade de alterações que surtam efeitos nas relações de trabalho no sentido de retirar os direitos conquistados a muito custo pelos trabalhadores.

Dessa maneira, em um primeiro momento esse trabalho examinará os principais marcos históricos das conquistas dos direitos humanos no Ocidente, começando a contar da *Magna Charta* de 1215 da Inglaterra, chegando até a revolução americana de 1776 e a francesa de 1789, bem como a importância delas para os atuais modelos constitucionais dos Estados, que tem no seu centro a proteção dos direitos humanos, com sua positivação nas constituições, passando desde os direitos civis e políticos de primeira dimensão, os direitos sociais, culturais e econômicos de segunda, até os direitos coletivos de terceira dimensão.

Por outro lado, no segundo capítulo será estudado o direito ao trabalho enquanto direito social, que exige uma atuação específica do Estado e também como direito à defesa e à prestação. Assim, depois, veremos a aplicação desses conceitos no direito do trabalho, que vai prever as normas aplicáveis nas relações laborativas, isto é, que de fato vão surtir efeitos no cotidiano dos trabalhadores.

Já no último capítulo do presente trabalho de conclusão de curso, reuniremos as duas premissas acima colacionadas, os direitos humanos fundamentais, com seu processo de evolução histórica, o qual vimos a partir da *Magna Charta* até as atuais constituições e o direito fundamental ao trabalho e sua construção decorrente da reivindicação de classe, como direito a proteção e a prestação.

Diante disso, no presente capítulo, conforme o título iremos abordar, não especificamente os projetos de lei que tem por escopo flexibilizar as normas de direitos trabalhistas, dando maior vista aos danos e consequências causados pelo conceito de flexibilizar as relações trabalhistas para assim manter viva as empresas, mas que de fato, a única consequência é a retirada de direitos em benefício do capital, o qual o real objetivo com a dita flexibilização.

Nesse sentido, em um primeiro momento faremos uma análise do que realmente é pretendido pela flexibilização, quais interesses ela visa atender para somente depois nós

passemos a falar dos novos projetos de lei tendentes a flexibilizar o direito do trabalho e o porque não a sua tramitação não deve continuar, o que dirá ser aceita.

CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

No presente capítulo analisaremos a evolução dos direitos humanos ao decorrer da história da humanidade, e de como se chegou ao formato que hoje esta contido nas constituições, passando assim, pelas suas dimensões conceitos e características. Posteriormente, o analisaremos na CF de 1988, e como a dignidade da pessoa humana atua no nosso modelo de Estado como base de interpretação para as demais regras e princípios e como garantidora de um mínimo existencial, que deve ser garantido para todos.

1.1 Da *Magna Charta* de 1215, Constituição americana e Declaração universal de 1789

O processo de construção das garantias e liberdades individuais iniciou-se desde os primórdios da civilização e da Idade Média. Um desses marcos temporais, sem sombra de dúvidas foi a Magna Charta de 1215 na Inglaterra. A partir dela, outros importantes documentos surgiram, tais como a *bill of rights*, a Constituição americana e a Declaração de direitos do homem e do cidadão na França.

A partir de meados do século XI, em toda a Europa iniciou-se um movimento de centralização de poder, na sociedade civil e eclesiástica, mesmo na Itália, onde o feudalismo começou, de forma que todas as cidades-estados tornaram-se principados de uma nação. Na Europa Feudal, de forma gradual foi firmando-se com o movimento *primus inter pares*, a soberania da monarquia sobre todos os barões, antes autoridade máxima em seus respectivos feudos. (COMPARATO, 2013, p. 83)

Na Igreja, com o papa Gregório VII, o poder foi centralizado nas mãos da autoridade papal, iniciando-se uma guerra entre a igreja e o imperador, a despeito da supremacia universal. A sociedade resistiu à centralização do poder desde seu início no século XI, mas somente obteve efetividade no final do século XVII com a promulgação das cartas de direitos americanas, principalmente a Declaração de Virgínia em 1776 e a francesa de 1789. O poder da igreja perdeu em muito sua força com os movimentos protestantes e posterior nascimento dessa religião. (GIACOIA, 2008, p. 267)

Na Inglaterra, a supremacia do rei se enfraqueceu no início do reinado de João Sem-Terra, com o ataque vitorioso do Rei Felipe Augusto da França a Normandia, uma de suas terras. Com intuito de custear suas campanhas bélicas, o rei aumentou os impostos, criando

insatisfação dos Barões, que colocaram como condição para pagamento da alta carga tributária o reconhecimento formal de seus direitos. (COMPARATO, 2013, p. 84)

Na sociedade medieval da Europa, existiam 3 classes de estamentos sociais, a nobreza, o clero e o povo, tendo em vista que, os 2 primeiros detinham privilégios hereditários e o povo o *status libertatis*, isto é, não eram confundidos com os servos de todos os gêneros. (Ibidem, p. 85)

Por outro lado, a *Magna Charta* contém muitas disposições que em nada se relacionam com processo de evolução dos direitos humanos, sendo essas disposições conjunturais e outras que dispõe sobre a civilização moderna.

Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. (SARLET, 2012, p. 28)

A cláusula 1 trata da liberdade do clero em nomear os homens para cargos eclesiásticos, sem que o rei interferisse nesse processo, já dando prelúdios para a futura separação institucional entre a Igreja Católica e o Estado inglês. Das cláusulas 2 a 14 há disposição do sistema tributário, contendo o princípio de que não seria devido tributo sem aprovação do povo, que no caso referia-se aos barões, representantes do povo, criando as bases para o parlamento inglês. (COMPARATO, 2013, p. 91)

As cláusulas 16 e 23 representam enorme salto, desvinculando o contrato de trabalho das vontades e arbítrios dos patrões, para a regulação geral da lei, positivando a regra da legalidade, para modificar o *status quo*, da relação servil. Já as cláusulas 17 a 40 preconizam que o rei não é dono da justiça, que está é constituída por ele, no entanto, é de interesse público, devendo o monarca busca-la sempre que seus súditos o exigirem. (Ibidem, 91-92)

As cláusulas 30 e 31 vedam o sequestro de propriedade de maneira arbitrária, por parte do rei ou de seus oficiais. A cláusula 39, apontada como a mais importante da *Magna Charta*, institui o princípio do devido processo legal, desvinculando a figura do monarca da lei e da justiça, aduzindo que todos devem ser julgados por seus pares, de acordo com a lei. (Ibidem, p. 92)

Já na cláusula 61 representa um mecanismo de responsabilização do monarca por seus atos, prevendo sanções de cunho patrimonial, ao contrário da característica da monarquia de irresponsabilidade do monarca e evidencia o direito de resistência, citado por Hobbes e

posteriormente por Bobbio, do povo, de resistir quando o governo não tiver como fim a busca dos direitos humanos e a paz social. (COMPARATO, 2013, p. 93)

Posteriormente, no século XVII, a Inglaterra foi agitada por várias revoltas religiosas e, após várias trocas de reis e rainhas, o Parlamento declarou o cargo vago, operando reforma no sistema de governo. Guilherme III e Maria II, que eram protestantes, aceitaram perante o Parlamento Inglês os termos de uma Declaração de Direitos. (Ibidem, p. 105-106)

Assim, a *Bill of Rights* rompeu com a tradição da Europa, de regimes absolutistas, em que o poder irrestrito emana do monarca e é exercido em seu nome. Assim, a partir de 1689, os poderes de legislar e estabelecer tributos passou à competência reservada do Parlamento. Ela desvinculou do monarca as prerrogativas de legislar e julgar, sistematizando-se a separação dos poderes, que mais tarde foi atribuída a Montesquieu. Muito embora não fosse uma carta de direitos propriamente ditos, segundo a corrente doutrinária de constitucionalismo Alemão, a *Bill of Rights* ao separar os três poderes, institui o que a referida corrente doutrinária chama de Garantia Constitucional, na qual o Estado recebe a função de proteger os direitos das pessoas. O referido documento, ainda hoje permanece sendo um dos mais importantes textos constitucionais da Inglaterra. (Ibidem, p. 105)

Constituição inglesa é “o conglomerado de leis, instituições e costumes, que decorrem de certos princípios imutáveis da razão e tendem a certos elementos imutáveis do bem público, compondo o essencial de um sistema segundo o qual se convencionou que a comunidade deve ser governada”. Daí o fato de o qualificativo *illegal*, usado em várias disposições do *Bill of Rights*, ter o mesmo sentido que o adjetivo *inconstitucional*, hoje. (Ibidem, p. 92)

Assim, esses documentos, apesar de beneficiar apenas pequena parte dos indivíduos, direcionando-se apenas aos nobres da época e ao clero, a *Magna Charta*, bem como a *A Bill of Rights* constitui relevante avanço, pois foram os primeiros documentos que estabeleceram limites aos poderes, antes irrestritos dos monarcas, que serviram de apoio para a promulgação de outros importantes documentos ao movimento Jusnaturalista no Ocidente.

Por conseguinte, a independência das 13 colônias americanas em 1776 representou os primórdios da democracia moderna, ao passo que a combinou com um movimento constitucional de garantia de direitos e liberdades de primeira dimensão e de defesa aos direitos humanos. Assim, tendo em vista que a cultura de uma nação é constituída por seus costumes e valores que as diferenciem do mundo, as Colônias americanas espelhavam-se na Inglaterra, e como naquele país desde 1215 com a *Magna Charta* já se despontava a luta por direitos e limitações da monarquia. (Ibidem, 111-112)

Diante disso, é inegável que todas as Colônias americanas sofreram influência cultural da terra mãe, um rompimento com ela para a busca de direitos era só questão de tempo para ocorrer. Muitos fatores contribuíram para o processo revolucionário americano, nesse sentido, a colônia não compartilhava das leis estamentais de cada casta de cidadãos que vigia na Europa.

Desde o século XVII, a população era composta basicamente por burgueses, que gozavam de isonomia frente ao ordenamento jurídico, diferenciando-se apenas em função de suas posses. Impende ressaltar que era diferente no regime escravocrata que predominava no sul. (COMPARATO, p. 112)

Apesar de terem a igualdade formal, a relação de domínio em função do capital se fez presente nas instituições coloniais, passando os homens a dominarem, enriquecendo-se em função do trabalho dos demais. Ao contrário da burguesia francesa, que se via limitada de aumentar suas riquezas pela circulação do capital, em decorrência do autoritarismo do Estado, à burguesia das Américas, a livre concorrência era pressuposto fundamental das negociações. (Ibidem, p. 112-113)

Desta forma, com a revolução americana, foi criado naquele território, uma constituição que formalmente tinha como finalidade a busca da felicidade dos seus cidadãos, bem como, o governo foi forjado em função de seu povo. (GIACCOIA, 2008, p. 269-271) Assim, mesmo que de forma tímida, já é possível se ver as formas do Estado Democrático de Direito, haja vista que nesse modelo o governo é feito em prol, em função dos direitos e garantias da população.

Pouco depois da promulgação da constituição americana, foi idealizado na França, pelo movimento Iluminista, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que trouxe grande avanço para os direitos humanos, uma vez que trouxe novos direitos às pessoas, isto é, concedeu-se mais liberdade, igualdade, na busca de um mundo mais fraterno.

A aprovação da Declaração ocorreu em 26 de agosto de 1789, e se deu em dois períodos distintos, de 1 a 4 de agosto debateu-se a validade de promulgar uma declaração antes de uma Constituição, contra os argumentos contrários e favoráveis a assembleia constituinte decidiu que uma declaração de deveres, assim, uma declaração de direitos deveria ser aprovada imediatamente, e foi o que ocorreu, debateram de 20 a 26 de agosto, aprovando o texto selecionado. (BOBBIO, 2004, p. 40)

Segundo testemunhos de historiadores da época, o momento foi decisivo, ao menos de forma simbólica, uma vez que rompeu com o antigo regime de opressão do Estado, para

um posterior, com o reconhecimento de direitos e garantias, que como característica da universalidade da declaração foi direcionada a todos os povos da terra. (Ibidem, p. 40)

A grande diferença é que a Revolução Francesa, desde logo, apresentou-se não como a sucessora de um regime que desaparecia por morte natural, mas como a destruidora voluntária do regime antigo por morte violenta. E essa violência, doravante ligada quase que indissolavelmente à ideia de revolução, representou, sob muitos aspectos, ao longo da história, a negação dos direitos humanos e da soberania popular, em cujo nome se abriu o movimento revolucionário. (COMPARATO, 2013, p. 144)

Ainda, a declaração francesa foi mais individualista do que a americana, podendo ter sido motivada pela burguesia francesa. Ambas as declarações, ao tratar dos direitos consideram os homens singularmente e ressalta-se que constituintes americanos relacionaram os direitos individuais ao bem comum da sociedade, sendo que os franceses pretendiam a princípio os direitos dos homens. Foi a declaração de 1789 que instituiu princípios para a busca dos direitos, sendo que a mesma resumiu os dogmas cristãos elevando a liberdade e a fraternidade.

O Núcleo Doutrinário da Declaração está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação. (BOBBIO, 2004, p. 43)

O 1º artigo trata do estado de igualdade que os homens se encontram, que é reafirmado pelo artigo 10, o que foi contestado por Rousseau no Contrato social e essa assertiva o era somente no plano ideal e no estado de natureza, ao passo que se isso de fato ocorre desestabilizaria o poder político, devendo essa hipótese servir para entendimento do poder político. Já o art. 2º enuncia que toda a formação política tem como objetivo a proteção da liberdade, igualdade propriedade, segurança e resistência a opressão. Os dois primeiros artigos enunciam a proteção e quais direitos a serem protegidos. (Ibidem. 43-44)

Dos quatro direitos elencados, somente a liberdade é definida (art. 4º); e é definida como o direito de “poder fazer tudo o que não prejudique os outros”, que é uma definição diversa da que se tornou corrente de Hobbes a Montesquieu, segundo a qual a liberdade consiste em fazer tudo o que as leis permitam, bem como da definição de Kant, segundo a qual a minha liberdade se estende até o ponto da compatibilidade com a liberdade dos outros. A segurança será definida, no art. 8º da Constituição de 1793, como “a proteção concedida pela sociedade a cada um de seus membros para a

conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”. (BOBBIO, 2004, p. 44)

Em relação ao direito de propriedade, é ele que caracteriza a declaração de 1789 como burguesas, sua inclusão advém de uma antiga tradição jurídica, como consequência da autonomia da vontade no direito romano, nesse sentido pode citar a teoria de Locke, na qual as propriedades provem do trabalho individual.

Na contramão dos movimentos revolucionários do século XIX, dentre eles o manifesto comunista de Marx, que tinha por objetivo tomar a propriedade, esse direito foi por muito tempo o único a opor-se ao poder arbitrários dos monarcas. Locke afirma que a razão do estado é a proteção da liberdade e da propriedade, antes a disposição do mais forte, e quando o governo viola esses direitos, está em estado de guerra com seus súditos e de exceção, uma vez que deixa de cumprir uma norma que por ele foi instituída, dando ao povo o direito a resistência (o direito a resistência é um direito secundário que é utilizado quando um direito primário não é respeitado, a exemplo a liberdade, propriedade e segurança). (BOBBIO, 2004, 44-45)

Para Kant, o povo só poderia utilizar esse direito desde que houvesse uma causa. O art. 3º, que aduz que toda a soberania se funda na nação, e é una e indivisível, de forma lógica afastou a ideia de divisão da sociedade e, portanto, da representação em estamentos sociais, sendo a representação de “corpos separados” e não de classes sociais. (Ibidem, p. 45)

Outrossim, apesar de existir indissociável comparação entre a Declaração Americana de 1776 com a Declaração Francesa de 1789, não se pode negar que àquela foi a primeira na história moderna a positivizar direitos e garantias a todos.

A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. (COMPARATO, 2013, p. 119)

Outrossim, para os “*Pais Fundadores*”, soberania estava intrinsecamente relacionada ao fato de reconhecer-se os direitos inalienáveis dos homens, ou seja, os direitos a vida, liberdade e eudemonismo. (COMPARATO, 2013, p. 118)

A persecução pela felicidade adotada pelo legislador da Declaração Americana não está ligada a visão romântica de felicidade que temos hoje, mas viver e desenvolver-se segundo virtudes. No entanto, viver segundo as normas morais e tão simplesmente, não

levaria a felicidade e assim é necessário que o Estado conceda aos indivíduos condições adequadas para que isso ocorra. Tanto a Declaração Americana como a Francesa, são as cartas de direitos humanos fundamentais, que ao decorrer da história vieram a causar transformações de forma paulatina nas nações ocidentais, na busca pelos direitos básicos.

Com o Estado Liberal, o governo passou a interferir de forma mínima na sociedade, concordando com uma característica nos Estados Unidos, os direitos não eram voltados a sociedade, mas sim ao indivíduo. Como dissemos anteriormente, que a cultura norte-americana foi largamente influenciada pela colonização inglesa, tendo como precedente de direitos o *Bill of Rights* inglês de 1629, foram também influenciados indiretamente por Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant. (COMPARATO, 2013, p. 122-123)

Em atenção aos ensinamentos de Bobbio, de que os direitos humanos devem passar por três fases, a do pensamento filosófico, da positivação e efetivação, estando as ideias dos autores acima nesse âmbito, os Estados Unidos foram além, positivando os direitos naturais em sua Constituição, uma vez eles foram os primeiros a conceder aos direitos humanos o status de fundamental.

Portanto, desde a Magna Charta, que mesmo sendo uma carta de direitos estamentais, isto é, era seletiva ao dar direito aos seus titulares, foi de grande importância para o processo de incorporação dos direitos humanos, chegando a Constituição americana, que tinha como finalidade a busca da felicidade do povo, chegando até a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789 na França, que além de dar direitos aos seus nacionais, os considerava universais, ou seja, os destinatários eram todas as pessoas.

1.2 As dimensões dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 e suas características

No presente tópico será estudado as dimensões dos direitos fundamentais e suas características, a contar da nomenclatura adequada que deve ser denominado e seu reconhecimento nas modernas constituições, passando pelas três dimensões dos direitos fundamentais e seu reconhecimento e reconhecimento dessas dimensões na Constituição Federal de 1988, passando ainda por suas características.

A contar de seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações em relação ao seu conteúdo, beneficiários, eficácia e efetivação. Isto é, diante das transformações dos direitos fundamentais, passaram a classifica-los em categorias diferentes, em dimensões, mais

especificamente três, apesar haver quem afirme que já há uma quarta e até uma quinta dimensão. (SARLET, 2012, p. 31)

Primeiramente salientamos a correta nomenclatura, “Dimensão”, pois há divergência entre doutrinadores quanto a essa e o termo “Geração”, porem a nomenclatura mais adequada seria aquela primeira.

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (SARLET, 2013, p. 31)

A trajetória dos direitos fundamentais iniciou seu reconhecimento moderno com o modelo de Estado baseado em Constituições escritas, advindos do pensamento liberal burguês do século XVIII, culminando no reconhecimento em várias outras cartas constitucionais, bem como na esfera do direito internacional.

Isto é, as dimensões dos direitos fundamentais não são somente o acúmulo de direitos e garantias, dimensão após dimensão, mas adiciona-se a isso o caráter unitário e indivisível de direitos no âmbito dos Estados nacionais e no âmbito Internacional. (Ibidem, p. 32)

Assim, os direitos fundamentais, em seu reconhecimento nas primeiras constituições é fruto do pensamento burguês do século XVIII, de afirmação de seu desejo de liberdade frente à opressão das monarquias.

Por sua vez, os direitos de primeira dimensão caracterizam-se eminentemente como direitos de defesa, para tomar para si certa capacidade em sua autonomia individual frente a descomunal poder que o Estado tem em relação aos seus súditos. É dado a isso que os Direitos Fundamentais de primeira Dimensão são apresentados e reconhecidos como direitos negativos, tendo em vista que exigem uma não atuação, uma omissão do Estado. (Ibidem, p. 32)

São os direitos civis e políticos. Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos”. (WOLKMER, 2001, p. 13)

“Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.” (SARLET, 2012, p. 32) Tais direitos tiveram como fonte primária as Declarações de Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789, resultado das revoluções americanas e francesas, respectivamente.

Acrescenta-se a esses direitos, os políticos; Igualdade Formal perante a Lei, que consiste no mesmo tratamento de forma igualitária de todos, sem importância dos elementos objetivos; e as garantias processuais, sendo então conhecidos como direitos Civis e Políticos. No entanto, o processo de reconhecimento de direitos não se findou, continuando com a Segunda Dimensão do Direitos Fundamentais que a seguir analisaremos.

Diante da constatação de que com a Liberdade Formal perante a Lei não conseguia garantir que todos pudessem beneficiar-se dos mesmos direitos, causados pelos impactos das tecnologias aplicadas aos ambientes empregatícios, bem como os problemas de cunho social, resultou em maciços movimentos reivindicatórios, forçando o Estado a uma maior intervenção na esfera privada, para propiciar uma maior gama de direitos. Desta maneira, os direitos de segunda dimensão diferenciam-se dos direitos que o precederam exatamente nisso. A respeito disso Ingo W. Sarlet (Ibidem, p. 33) preconiza:

Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.

Essas prestações que o Estado foi chamado a prestar aos indivíduos são referentes a assistência social, saúde educação, trabalho e outras, divergindo da sistemática *Laissez-faire*, onde o mercado funcionava livremente, sem intervenção do Estado, apenas com regramentos necessários a defesa daqueles direitos de primeira dimensão.

Com a derrocada do sistema do Estado Liberal, os governos passaram a ter legitimidade para interferir nas relações privadas entre a força de trabalho com os detentores do Capital, almejando a busca por justiça social. (WOLKMER, 2001, p. 17)

Além do mais, essa dimensão também abarca direitos de liberdades sociais, amplamente presentes nas relações dos direitos trabalhistas, em especial após a Segunda

Guerra Mundial, que em nosso histórico deu-se com a Consolidação das Leis do Trabalho. Também, são destinados às pessoas individualmente consideradas.

Aqui se busca a justiça social, uma vez que relaciona a condição econômica das pessoas com a social, concedendo maior atenção aos menos favorecidos de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico. (SARLET, 2012, p. 33)

Conquanto, os direitos de segunda dimensão buscam uma atuação positiva do Estado, bem como conceder direitos sociais as pessoas individualmente consideradas, sendo que a contemplação direcionada a uma coletividade somente ocorre com a terceira dimensão, com os direitos difusos de solidariedade e fraternidade.

Por fim, os direitos de terceira dimensão são aqueles direitos direcionados a grupos de pessoas ou minorias, direitos difusos, significando isso que se trata de direitos dispersos, para pessoas ou grupos indeterminados, mas determináveis, bem como a solidariedade e a fraternidade.

Os direitos de 3º dimensão são os direitos de solidariedade ou fraternidade, como exemplo citamos: meio ambiente equilibrado ecologicamente, direito ao progresso, direito à paz, à autodeterminação dos povos, direito ao desenvolvimento, direito de comunicação e outros direitos difusos que pertencem às chamadas futuras gerações. (ANDRADE, 2011, p. 7)

Diferentemente dos direitos de primeira e segunda dimensão, esses direitos de terceira dimensão tem como beneficiários grupos de pessoas assim considerados, tais como à família, os deficientes, os trabalhadores, às Nações e assim em diante.

Esses direitos são corolário das inovações tecnológicas, do constante estado de alerta bélica e dos processos de independências das Colônias Europeias, que ocorreram após a Segunda Guerra Mundial. (SARLET, 2012, p. 34)

Sendo assim, os sujeitos desses direitos são indefinidos, de tal forma que além da proteção feita individualmente ainda era necessário outra coletiva dada a sua importância, com outras formas de concretude. Dessa maneira esses direitos não encontram grande positividade doméstica apesar de já existirem vários tratados no âmbito do direito internacional.

Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação. (SARLET, 2012, p. 34)

Todavia, segundo Antônio Carlos Wolkmer (2011, p. 16), existem duas interpretações a esses direitos, um mais abrangente, que inclui os direitos relacionados a fraternidade, a paz, desenvolvimento, autodeterminação, ao meio ambiente, dentre outros e outro mais específico, dos direitos difusos e coletivos.

Portanto, esses direitos fundamentam-se em ideais humanísticos, direcionados a construção de uma sociedade mais justa, sendo elevado a princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Por sua vez, as dimensões dos direitos fundamentais na atual Constituição do Brasil, a construção desses direitos e a sua importância para o país, que está intrinsecamente relacionado ao nosso Estado Democrático de Direito, sabendo-se que os direitos fundamentais consistem em um mínimo existencial para todos indivíduos.

Nesse sentido, tanto os direitos fundamentais contidos na Constituição, quanto à própria Constituição destinam-se à mesma finalidade, os dois são indissociáveis, quanto ao seu propósito, que é de limitar de forma normativa a atuação do poder Estatal sobre seus súditos, em conformidade com o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão e 1789, na França. A partir desse marco os direitos fundamentais passaram a definir a forma de Estado, o sistema de governo, como elemento nuclear de uma Constituição, consagrando-se sua relação, passando um Estado baseado e legitimado por uma Constituição a atividade permanente de concretização dos direitos fundamentais. (Ibidem, p. 46)

Assim, como a ideia de um Estado de Direitos está diretamente ligado a ordem Constitucional, que irá ser legitimada pelos direitos fundamentais, devendo a atuação dos órgãos estatais estarem nesses parâmetros. Nesse sentido Perez Luño diz:

Existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito. (LUÑO *apud* SARLET, 2012, p. 47)

Os Direitos Fundamentais em nossa Constituição são corolário da concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que está expressamente disposto em nossa Carta Constitucional como princípio fundamental do nosso Estado. (BRASIL, 1988)

Todavia, separam-se os direitos das garantias de direitos, ao passo que os direitos são enunciados declaratórios que positivam os bens jurídicos a serem tutelados no texto constitucional, enquanto as garantias dão meios para concretização dos direitos (SILVA, 2005, p. 186), sendo que quando as duas juntam-se temos uma norma constitucional de eficácia plena.

Ainda, é importante ressaltar que o rol de direitos fundamentais não é rígido, visto que se verifica que estão presentes em várias partes da Constituição, não se limitam apenas ao artigo 5º e seus antecedentes, e se harmonizam e legitimam com outros princípios constitucionais, gerando seus assim seus efeitos. (SARLET, 2012, p. 57-58).

Os direitos fundamentais são divididos em duas perspectivas, considerados objetiva e subjetivamente e respectivamente, fortalecem as instituições por meio de suas decisões valorativas, integrando-se a estrutura Estatal e concedem proteção aos cidadãos contra o Estado, na sua finalidade precípua.

A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. (Ibidem, p. 125)

Outrossim, ressalta-se que as normas de cunho subjetivo, bem como as objetivas podem decorrer de regras e princípios distintos, com efeitos igualmente jurídicos distintos entre as duas perspectivas. Essas normas objetivas nada mais são do que a incorporação dos valores de sua comunidade, estando inclusive sua concretização em análise subjetiva condicionada a aceitação da sociedade. Assim, a perspectiva objetiva pode limitar a efetividade dos direitos subjetivos, ao passo que o indivíduo pode ter direito a agir de determinada forma ou a algum atuar concreto do Estado, mas que por força da coletividade considerada seu direito não terá eficácia. (Ibidem, p. 125-127)

Essa objetividade faz com que sejam fonte de hermenêutica para a aplicação das normas infraconstitucionais, tanto as materiais quanto as de procedimento, estas por sua vez, são meio de concretização dos direitos fundamentais, devendo ser como base nele interpretada. E não só faz com que haja limitações e exigências constitucionais de atuação por parte do Estado, mas também se exige que os particulares o façam da mesma maneira, com

respeito a certas normas de cogência oponível a todos. Em relação aos particulares, a fiscalização da observância ou não deve ser realizada pelo Estado “no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados.” (SARLET, 2012, p. 128)

Para tanto, se deve adotar Políticas Públicas, como um conjunto de atuações positivas do governo, com a finalidade de produzir efeitos específicos, que causem impacto na vida dos cidadãos, na solução de problemas. (SOUZA, 2006, p. 24)

A necessidade de Políticas Públicas é consequência da proibição da autotutela aos indivíduos, uma vez que após o Contrato Social, os homens passaram a conviver em comunhão para afastarem-se de riscos aos seus direitos, para a proteção dos direitos face as pessoas e ao próprio Estado.

Do que até agora foi exposto, verifica-se que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui, na verdade, um terreno fértil para desenvolvimentos, podendo, neste sentido, ser considerada não tanto uma função nova dos direitos fundamentais, mas, sim, fundamento para outras funções, cujos contornos e importância específica dificilmente podem ser avaliados de forma precisa e apriorística. (SARLET, 2012, p. 130)

Desnecessário ressaltar o importante papel dos direitos fundamentais subjetivamente considerados, porém o encadeamento de procedimentos da transição do Estado Liberal para o Democrático de Direito trouxe consigo uma mutação dos direitos fundamentais, que conseqüentemente levou a valoração dos direitos fundamentais, alçando-o a um status de mandamento nuclear constitucional. Ademais, a previsão dos direitos fundamentais nas Constituições apresentam algumas condições, que são dotados de: historicidade; inalienabilidade; imprescritibilidade; irrenunciabilidade; inviolabilidade; universalidade.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 180-181), esse assunto desenvolveu-se aquém do jusnaturalismo e, por sua vez, é possível discutir sobre certas características acerca dos direitos fundamentais.. Passemos agora à análise individualizada de cada um desses caracteres.

Dessa maneira, são históricos, ao passo que nascem, evoluem e modificam-se de tempos em tempos. Nesse sentido, importante notar que não são absolutos, pois conforme notado por Norberto Bobbio (2004, p. 13):

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos

interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.

Continuando, são inalienáveis, irrenunciáveis e invioláveis, pois seus titulares não podem dispor deles em troca de auferir benefício econômico, é dado a todos, segundo o texto constitucional, e assim “não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso” (MORAES, 1998, p. 41)

Também, são imprescritíveis, significa isso que podem ser invocados por seus titulares quando necessário, já aos direitos personalíssimos não deixam de ser legítimos pelo decurso de um lapso temporal. O instituto da prescrição só se aplica aos direitos patrimoniais, pois como os direitos fundamentais são sempre exercidos ou exercíveis, não pode ocorrer a perda de sua exigibilidade pela prescrição. (SILVA, 2005, p. 181)

Por fim, são dotados de universalidade, pois são direcionados a todos os homens independente da nacionalidade, tendo os Estados nacionais e a Sociedade de Direito Internacional a obrigação de promovê-los aos que em seu território se encontrarem, mesmo que transitoriamente. (MORAES, 1998, p. 41-42)

Portanto, a presença dos direitos fundamentais em nossa Constituição adquire papel central, pois é a partir deles que o Estado obtém legitimidade, uma vez que em um Estado Democrático de Direito o Estado encontra-se adstrito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de forma que os direitos fundamentais extrapolam os indivíduos assim considerados, assumindo um papel objetivo, que surte efeitos hermenêuticos nas normas infraconstitucionais, inclusive de procedimentos, forçando a adoção de Políticas Públicas de promoção e efetividade de direitos fundamentais.

1.3 Do princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988

Deparados aos mais inúmeros abusos que a grande maioria dos cidadãos comuns eram acometidos pelas classes dominantes, desde hordas aos modelos monárquicos, viu-se a necessidade de criar direitos, um mínimo para assegurar o desenvolvimento da vida dessas pessoas frente aos arbítrios que estavam sujeitas nessa relação.

Isto é, os Direitos Humanos, que aderiram a essa proposta de conceder aos indivíduos comuns, desnudos de títulos nobres ou riquezas, garantias em detrimento das classes dominantes. Assim, desde os primórdios civilizatórios vem ocorrendo manifestações do gênero humano, no sentido de melhorar.

Nesse diapasão, dentre inúmeros outros exemplos da presença dos Direitos Humanos em Eras longínquas, não podemos deixar de notar a contribuição dos filósofos da Grécia Antiga que de “circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.” (SARLET, 2012, p. 26)

Dessa maneira, conforme foram desenvolvendo-se novas tecnologias e técnica, as necessidades dos povos ou de cada pessoa considerada individualmente foi alterando-se, de forma que isso surtiu importantes efeitos aos Direitos Humanos, que até hodiernamente são pleiteados, não sendo errado afirmar que a humanidade está longe de poder oferecer esses direitos sem a necessidade que os mesmos sejam aclamados.

Outrossim, o berço da democracia, por assim dizer, lançou as primeiras luzes à sociedade enraizadas em monarcas detendo poderes sobre seus súditos que desconheciam limites, fazendo juízo sobre a vida dessas pessoas. (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009)

Este ideal se propagava entre eles, que consideravam que as leis eternas e imutáveis advinham da dinâmica do universo, era a natureza que impunha as leis, ficando conhecido como Jusnaturalismo Cosmológico, que precedeu o sofismo grego. Nesse contexto, Ricardo Maurício Freire Soares diz (SOARES, 2008, p. 28):

Antes mesmo do surgimento da filosofia, nos moldes conhecidos pelo ocidente, já se firmavam vagas idéias e diversas concepções sobre o significado do justo. Desde a Grécia anterior ao século VI a.C., durante o denominado período cosmológico, já se admitia uma justiça natural, emanada da ordem cósmica, marcando a indissociabilidade entre natureza, justiça e direito.(sic)

Começaram a surgir na Grécia Antiga teorias que defendiam a existência de Direitos acima daqueles positivados, havendo uma dicotomia de normas, as Leis Mutáveis, aquelas editadas pelos governantes e as Leis Imutáveis, propagada pela divindade, sendo defeso aos governantes e aos cidadãos transgredi-las, as mesmas que Antígona baseou-se para legitimar o sepultamento de seu irmão, desobedecendo a Creonte (GIACÓIA, 2008, p. 267-268).

Assim também o Cristianismo lançou, por meio de suas doutrinas trazendo-nos ensinamentos de grande valia acerca dos Direitos Humanos, principalmente os quais limitavam o poder do Estado.

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade

irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir. (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009)

Era defendida a época uma lei superior a vontade do homem, que os transcendia, de acordo com a vontade de Deus, devendo as instituições Estatais estar de acordo, porquanto era daí que adviria sua legitimidade de poder. Deontologicamente, cada indivíduo tinha uma obrigação com seus e pares e com Deus de fazer o bem, sendo as outras leis decorrência lógicas daquela primeira. (SARLET, 2012, p. 34)

Esta dependência do Estado na aplicação das normas fica evidente com os escritos de São Thomas de Aquino, haja vista que, além de defender o igual tratamento dos homens aos olhos de Deus.

Existem também duas espécies de Direitos, o Direito Natural e o Direito Positivo, não podendo este desobedecer aquele, tendo como consequência legitimar a massa a resistir frente a esse Estado. (SARLET, 2012, p. 36)

No entanto, foi somente a partir do século XVI, XVII e XVIII, que as teorias Jusnaturalistas, em defesa aos Direitos do homem com fundamento na racionalidade começaram a desenvolver-se largamente. Conjuntamente, as instituições jurídicas começaram a se distanciar da religião, ao passo que cada vez mais os direitos eram fundamentados na racionalidade dos indivíduos.

No século XVII, por sua vez, a ideia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural encontrou eco e elaborada formulação nas obras do já referido holandês H. Grócio (1583-1645), do alemão Samuel Pufendorf (1632-1694) e dos ingleses John Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679) (Ibidem, p. 27)

Isto é, os direitos inalienáveis, com fundamentado na racionalidade dos homens começou a ganhar força, o que percebe com o surgimento de várias cartas de direitos e prerrogativas, que a seguir passaremos a analisar.

Assim, a partir da Constituição de Weimar na Alemanha, cumulado com as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários na primeira metade do século XX, decorrentes das duas primeiras grandes guerras, que envolveram boa parte do globo em conflitos, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a assumir um importante papel nas cartas constitucionais, bem como no âmbito do Direito Internacional. Isso também ocorreu em nosso ordenamento jurídico, sendo este princípio alçado a Princípio Fundamental, balizador de outros direitos fundamentais para a garantia de direitos humanos e fundamentais.

Inicialmente, cumpre conceituar a Dignidade da Pessoa humana, porém segundo o Emérito Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 361), ao contrário do que ocorre com as demais normas de direitos fundamentais, ela não tem aspectos específicos, mas é inerente a todo ser humano e dessa maneira, é algo concreto, vivenciado pelas pessoas. Em relação a um conceito deste instituto, inexistente um que seja aceito em comum pela doutrina, de tal forma que se cuidou somente em “estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo.”

No entanto, a concepção mais acertada é aquela baseada nos ensinamentos de Immanuel Kant, onde a Dignidade da Pessoa Humana é um imperativo categórico, uma verdade incondicional, que consiste em tratar as pessoas como fim em si mesmo, não como meio para se alcançar objetivos ou atender desejos. “Para Kant, o respeito à Dignidade humana exige que tratemos as pessoas como fim em si mesma. Por isso é errado usar algumas pessoas em prol do bem-estar geral como prega a utilitarismo” (SANDEL, 2012, p. 143)

“Eu digo que o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si mesmo, e não meramente como um meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade.” Essa é a diferença fundamental, lembra-nos Kant entre pessoas e coisas. Pessoas são seres racionais. Não tem apenas um valor relativo: têm muito mais, tem um valor absoluto, um valor intrínseco. Ou seja, os seres racionais têm dignidade. (Ibidem, p. 154)

A ideia de Kant para fundamentar os direitos para todas as pessoas consistia no Dever, obrigação de conceder respeito a todos por serem seres racionais, atributo este inerente a todos os homens e, portanto entes capazes de pensar e agir de forma livre. (Ibidem, p. 143). Ademais, a Dignidade está condicionada a agirmos com Autonomia, que ocorre quando vivemos de acordo com uma lei auto designada e não de acordo com desígnios externos.

Desta feita, a dignidade da pessoa humana não é uma criação das modernas Constituições, mas um conceito *a priori*, anterior à experiência constitucional, tal como a experiência humana. Por sua vez, a CF, reconhecendo a existência e a sua importância, “Transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.” (SILVA, 2005, p. 91)

Uma outra dimensão intimamente associada ao valor da dignidade da pessoa humana consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial

os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguaração de uma existência com dignidade (SARLET, 2012, p.79-80)

Assim, todos os seres humanos são merecedores de respeito, independente de quem seja, não podendo ser tratados como instrumentos para alcançarmos outros fins e, por sua vez, os direitos Humanos têm de ser defendidos com base no dever moral, pautando-se pelo respeito ao indivíduo e não nos benefícios que com isso se obterá, onde se pode chegar pelo exercício da razão prática, já que o homem é detentor de direitos em decorrência de sua razão. (SANDEL, 2012, p. 135-136)

Outrossim, a dignidade exerce duas funções, uma vez que enquanto interpretada como princípio é base hermenêutica para interpretação e integração dos princípios constitucionais, bem como de outros direitos fundamentais. Ainda, aplicando-o como regra garante o mínimo existencial de direitos humanos. (LEMOS, 2008, p. 62)

Por seu conteúdo comum a todos os direitos fundamentais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que se concretizam pela positivação daqueles direitos. Em nossa Constituição o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana constitui elemento unificador de todo o catálogo de direitos fundamentais. Além do mais, esse princípio constitui direito fundamental, sendo inclusive referencial para a interpretação de outros direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 73-74)

Nesse sentido, o nosso Constituinte de 1988 reconheceu que o Estado existe em função da dignidade humana, sendo ela, princípio estruturante e fundante de um Estado Democrático de Direito. O referido Princípio encontra suas raízes no pensamento clássico do cristianismo, no qual o homem foi criado a imagem e semelhança de Deus, onde a dignidade era um atributo inerente a todos os seres humanos, devendo ser tratados como livres e iguais (Ibidem, p. 76)

Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. Há que reconhecer, portanto, que também o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana (a exemplo de inúmeros outros preceitos de contornos vagos e abertos) carece de uma delimitação pela práxis constitucional, tarefa que incumbe a todos os órgãos estatais. (Ibidem, p. 77)

Conquanto, é atributo intrínseco às pessoas e por isso deve ser reconhecido e protegido, não dependendo de condições concretas para que isso ocorra. Dessa maneira, o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana reside na autodeterminação, que todos em abstrato possuem. (SARLET, 2012, p. 78-79). Por sua vez, a dignidade também decorre da construção cultural, sendo corolário de conquistas acumuladas de diversas gerações dos povos, uma vez que conforme iam desenvolvendo-se novas tecnologias e outros avanços científicos, as necessidades das pessoas alteravam-se e exigiam-se cada vez mais direitos, pois os já conquistados incorporavam-se a esfera de disponibilidade desses indivíduos.

Não obstante, a despeito da dignidade não poder ser desrespeitada em abstrato, isso não impede que ocorra com a de cada indivíduo, sem que se possa falar em atentado àquela, de tal maneira que é perfeitamente possível existir limitações. (Ibidem, p. 79)

Em nossa Constituição, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi alçado a Princípio Fundamental da RFB bem como cláusula pétrea, conforme se infere do artigo 1º, III (BRASIL, 1988). Assim, não é uma mera norma de conteúdo programático, mas tem eficácia, conferindo unidade valorativa aos direitos fundamentais constitucionais. (SARLET, 2012, p. 80-81) Porquanto, a Dignidade da Pessoa Humana, não é somente o dever estatal de proteção e dos particulares de se absterem de ingerências que possam viola-la, mas também impõe um atuar positivo, em especial daquele, para implementar meios pelos quais ira se concretizar.

Portanto, tanto nas relações entre Estados e entre Estados e seus cidadãos, a Dignidade da Pessoa Humana, assumiu extrema relevância, ao passo que é um importante princípio, fonte interpretativa para os direitos humanos e fundamentais, sendo construída desde a antiguidade, com o reconhecimento de direitos e suas garantias, atrelada a construção cultural, como atributo intrínseco ao Homem, Princípio Fundamental da CFRB, concedendo aos demais direitos fundamentais unidade, exigindo do Estado e dos demais respeitos aos direitos bem como que eles os promovam.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nesse capítulo estudaremos o direito ao trabalho enquanto direito social, que exige uma atuação específica do Estado e também como direito à defesa e à prestação. Assim, depois, veremos a aplicação desses conceitos, no direito do trabalho, que vai prever as normas aplicáveis nas relações laborativas.

2.1 Aspectos sobre o direito social ao trabalho – direito de defesa e de proteção

O direito social ao trabalho é nada mais do que o fruto de da luta de classe, que o elevou a um direito fundamental exequível frente ao Estado, de tal forma que isso só foi possível devido ao seu processo de incorporação histórica. Com essa postura, surgiram novas problemáticas, não só com o direito ao trabalho, mas com os direitos sociais e como serão factíveis, que em consequência disso, por vezes encontram obstáculos na disponibilidade de recursos. Analisaremos também o direito ao trabalho enquanto direito de defesa e a prestação devida pelo Estado ao indivíduo.

Diante do enunciado no texto constitucional, do artigo 6º da CF de 1988, o Direito ao Trabalho é um Direito Social, contudo, nem sempre assim o foi, uma vez que somente diante das manifestações da classe operária no século XIX, foi atribuído ao trabalho o status de direito social, o primeiro historicamente reivindicado, ao passo que antes disso lhe era atribuído o sentido de um direito individual. (GOMES, 2008, p.70)

Dessa maneira, o direito ao trabalho deixou de ser um direito que individuo poderia exigir a abstenção do Estado, para poder exercê-lo, para transformar-se em um direito que obriga o Estado efetiva-lo (Ibidem, p. 71). Ou seja, o direito ao trabalho deixou de ser somente um direito de primeira dimensão, pois devido às conquistas históricas que se incorporou, então, ele passou a ser um direito de segunda dimensão, já que nesse momento o Estado passou a obrigar-se a idealizar políticas públicas para torna-lo efetivo. Ademais, como já estudado no primeiro capítulo, os “direitos sociais” fazem parte dos direitos de segunda dimensão, em conjunto com os direitos econômicos e culturais.

Nesse sentido, a partir da classificação do direito ao trabalho como direito social, surgiram algumas implicações no tocante a esses últimos e, a respeito disso, Fabio Rodrigues Gomes (2008, p. 72) diz:

Pois se um dos problemas principais, se não o principal, dos direitos sociais – vistos pela ótica conservadora (ou liberal) como direitos que demandam uma prestação positiva do Estado – está localizado no embate entre (1) a escassez de recursos para a realização de todos os fins por eles estabelecidos (e da conseqüente liberdade do legislador de eleger as suas prioridades) e (2) a possibilidade de justiciabilidade (de subjetivação) da prestação devida pelo Estado, no tocante ao direito ao trabalho não se chega sequer a este nível de questionamento!

Ressalta-se que, não se pode fazer confusão com o significado do direito ao trabalho como direito social, já que não significa que todos têm direito a um posto de trabalho, haja vista que isso não se coaduna com um Estado Democrático de Direito, modelo adotado pela Constituição Brasileira de 1988. Importante frisar que, o modelo acima, compreende a expressão ideológica, na qual é fundada no Constituição, que tem como valor primordial a dignidade da pessoa humana. (FONSECA, 2006, p. 6-7)

Não obstante a isso, os direitos sociais são tidos como normas constitucionais de conteúdo programático, isso significa que, podem vir a depender de outros fatores para sua efetivação, o problema da fonte de financiamento para sua persecução, ou nas palavras de Peter Haberle, a Reserva do Possível. (GOMES, 2008, p. 92)

Apesar disso, é certo que isso ocasiona muitos debates sobre as particularidades dos direitos sociais, econômicos e culturais, de como sua efetivação fica condicionada à prévia existência de recursos financeiros. Tanto é verdade que, a divergência que existe reside no fato de que, alguns autores afirmam que os direitos de segunda dimensão existem, mas condicionados a reserva do possível. Enquanto outros alegam que a reserva do possível é um argumento que não condiz com a realidade, transvestido de racionalidade, uma vez que desconsidera a essência dos direitos fundamentais, já em virtude da integridade dos direitos fundamentais, a reserva do possível também afetaria os direitos individuais, de primeira dimensão (FONSECA, 2006, 93-94)

Melhor contextualizando o assunto, citamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, que reconhece que ela pode ser invocada, quando houver justo motivo que possa ser demonstrado, o poder público pode deixar de cumprir a obrigação. Todavia, também se deve considerar a vedação ao retrocesso social.

No que lhe diz respeito, a Reserva do Possível, que segundo Canotilho é “A total desvinculação do legislador” quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados [...]“Reserva do Possível significa a “tendência para zero da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais””. (apud GOMES, 2008, p. 73)

Apesar de dificuldades de sua implementação desses direitos, os direitos sociais, tal qual é o direito ao trabalho, não deixam de ser considerada fundamental.

Já José Afonso da Silva (1998, p. 286-287), entende que os direitos sociais:

São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, propicia condição mais compatível com o exercício da liberdade.

Por sua vez, Fábio Rodrigues Gomes, entende que não existe diferença entre os direitos de proteção e os direitos sociais, mas sim, apenas uma gradação no que se relaciona com o grau. Nesse sentido ele enuncia:

Indo ainda mais além no nosso intuito de superar definitivamente a classificação tradicional dos direitos fundamentais, não é de pouca importância salientar que existem direitos sociais que ficariam muito mais confortáveis sob o rótulo de direitos individuais, como é o caso, por exemplo, dos direitos de greve e de sindicalização. E tanto é assim, que há autores que os qualificam como verdadeiras liberdades sociais ou direitos sociais negativos. (Ibidem, 2008, p. 77)

Essa classificação, apesar de didaticamente aclarar a compreensão acerca dos direitos fundamentais, para melhor entendê-los, é equivocada, pois ao criar essa dicotomia entre os direitos de primeira (abstenção do Estado) e de segunda (atuação positiva) dimensão, afeta diretamente a aplicação das normas constitucionais, o que pode reforçar que as normas constitucionais de direitos sociais são meramente enunciados de cunho programático. (LIMA, 2004)

Se somente desse jeito fosse, o direito ao trabalho um direito social, nos termos do texto constitucional, nos levaria a conclusão que ele unicamente se trata do direito fundamental a um posto de trabalho, bem como, não compreende todos os significados possíveis dessa norma constitucional, pois compreendem várias preposições jurídicas, que funcionam de forma independente. Ademais, o fato do direito ao trabalho estar previsto em várias passagens da CF, o que se pode ver várias vezes promoveu uma perda de força nas suas disposições e, diante dessa regulamentação excessiva, esses problemas diminuem, mas em desaparecer, ocasionado ainda novos. Em concordância com isso, como consequência da estrutura que os direitos fundamentais assumem, somos levados ao sentido que mais da

proteção, no âmbito de cada direito, inclusive do direito ao trabalho. (GOMES, 2008, p. 90-91)

Dessa maneira, o direito ao trabalho como um direito fundamental, concede a qualquer posição jurídica “a fundamentabilidade material necessária à sua proteção contra as maiorias eventuais” (Ibidem, p. 92), ao passo que na possibilidade de tentativa de suprimir direitos que derivem dele, bloqueariam as tentativas, uma vez que isso atribui solidez ao direito ao trabalho, tendo em vista que exerce o papel de princípio constitucional.

Ademais, a fundamentabilidade material tem suas bases assentadas na CF de 1988, já que ela fornece os critérios para esclarecimentos, que, *a priori* devem estar inseridos no rol do Título II da CF, todavia, no caso do direito ao trabalho, ele foi elevado ao catalogo de direitos fundamentais. (FONSECA, 2006, p. 191-192)

Não menos importante é a constatação de que, esse campo de perspectiva argumentativa permitiu que reduzíssemos o temor de frustrações da falta de abertura semântica do direito ao trabalho, o mesmo não ocorre quando se fala da estrutura desse direito, pois mesmo após, passado muito tempo da positivação dos direitos sociais ainda se encontra resistência na doutrina e nas decisões dos tribunais. (GOMES, 2008, p. 93)

Com estas observações resta claro que o direito ao trabalho assume a estrutura de um princípio no texto constitucional de 1988, ou seja, apresenta-se como um mandamento de otimização que impõe “direitos e deveres *prima facie*”, exigindo, assim, a sua realização segundo as possibilidade fáticas e juridicamente previstas naquele caso concreto. (FONSECA, 2006, 195)

Pode se constatar de imediato, sem a necessidade de um exame mais apurado, que para a efetivação do direito ao trabalho, diante das análises acima, que para sua efetivação somente será possível com um cenário legislativo e de direito que lhe de possibilidade.

Conquanto, o direito ao trabalho, apesar de enumerado na CF como direito social, o direito ao trabalho compreende um verdadeiro direito fundamental, já que, diante do contexto histórico, acumulou verdadeiro progresso, que a ele incorporaram-se. Além do mais, essa classificação, que o enuncia como direito social, a bem do pesar de trazer melhor clareza didática sobre os direitos fundamentais, confunde e por vezes afeta a sua aplicação. Assim, o direito ao trabalho compreende várias posições jurídicas, que lhe dão o suporte necessário para sua proteção, já que o torna materialmente fundamental, ainda lhe concedendo solidez.

No entanto, os direitos fundamentais, inclusive ao trabalho, comportam outro tipo de classificação, que considera como critério a finalidade dos direitos fundamentais.

Analisando-se as propostas referidas, registra-se uma virtual convergência no que concerne à divisão, num primeiro momento, dos direitos fundamentais em dois grandes grupos, formados, respectivamente, pelos direitos fundamentais como direitos de defesa e pelos direitos a prestações. A partir daí, tornam-se perceptíveis algumas diferenças, ainda que não necessariamente essenciais. Em que pese a consensual subdivisão do grupo dos direitos a prestações em outros dois grupos, verifica-se que para o Prof. Canotilho os direitos a prestações podem ser classificados em direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais (por sua vez subdivididos em direitos derivados e direitos originários a prestações) e, por outro lado, em direitos à participação na organização e procedimento. Já para Alexy, os direitos a prestações abrangem os direitos prestacionais em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento), bem como os direitos a prestações *stricto sensu*, que identifica com os direitos sociais de natureza positiva. (SARLET, 2012, p. 138)

Uma vez descartada a classificação tradicional (direitos políticos de primeira dimensão e direitos sociais, econômicos e culturais de segunda), que encobre a nuance hermenêutica, que está por de trás de todos os direitos fundamentais, temos que, esses direitos, tal qual é o direito ao trabalho, fragmentados em diversas classificações, podem ser classificados a partir de seu propósito ou finalidade.

Antes disso, Robert Alexy, ao propor uma classificação com fundamento na finalidade dos direitos fundamentais, distribuiu como direito de defesa e direito ao fornecimento de algo.

Sendo assim, Alexy propõe a seguinte classificação dos direitos fundamentais: (i) direitos de defesa (*Abwehrrecht*) – quando se impõe uma ação negativa ao Estado; e (ii) direitos à prestação (*Leistungsrecht*) – quando se exige uma ação positiva do Estado. (GOMES, 2008, p. 169)

Nesse mesmo sentido, importante notar a importante contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 141):

Torna-se necessária, por seu turno, a advertência de que as categorias referidas no texto da Constituição (direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais, direitos políticos etc.), fatalmente restarão deslocadas, na medida em que serão enquadradas sob outro critério. Apenas a título exemplificativo, verificar-se-á que no âmbito dos direitos sociais convivem simultaneamente direitos de defesa (liberdade e igualdade) e direitos prestacionais, razão pela qual, à luz do critério adotado, a expressão “direitos sociais” não se revela adequado para servir de epígrafe ao grupo dos direitos a prestações.

Seguindo a classificação de Robert Alexy, os direitos fundamentais devem ser classificados da seguinte maneira:

(i) direito de defesa (quando se impõe uma ação negativa ao ente estatal) e (ii) direito à prestação (quando se exige uma ação estatal positiva), subdividindo-se em: (ii.1) direito a prestações em sentido amplo (envolvendo os direitos à proteção, à organização e ao procedimento) e (ii.2) direito a prestação em sentido estrito (direito a prestações materiais em face do Estado). (GOMES, 2008, p. 169)

No tocante aos direitos de defesa, existe uma aproximação entre as ideias dogmáticas, contudo, sem efeito real no que se relaciona com a divisão dos direitos fundamentais de defesa e aos de prestação, como consequência das peculiaridades existentes no cenário jurídico brasileiro, pois as categorias de direitos, previstas no texto constitucional são afetadas por outros critérios. Como exemplo disso e a título de nota, citamos que, na esfera dos direitos sociais (art. 6º), coexistem direitos de defesa e a prestação e, assim, a terminologia “direitos sociais” não comporta os dois grupos de direitos. (Ibidem, p. 169)

Por seu turno, isso não deve ser conduzida de forma demasiada ou exagerada, ou seja, haverá limitações, que são resultados de normas que subjagam a ação do indivíduo, sempre editadas pelos legitimados a elaborá-las. Haverá também a dependência nos aspectos formal e material, o primeiro, enuncia que a liberdade será dada por uma autoridade eleita, que também definirá o critério de distribuição dessas competências e, a segunda, material, onde as restrições devem ser levadas apreciação de forma ponderada. (Ibidem, 170-171)

Na esteira destas considerações, importa consignar, que esta “função defensiva” dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão. (SARLET, 2008, p. 142)

Ademais, situamo-nos em torno da liberdade natural de trabalhar, que diante da evolução do Estado Democrático, ficou interligada à pessoa, não podendo ser separada daquele que a executa, erguendo-se como uma necessidade para o indivíduo ser inserido socialmente e, tanto como levada a fator de estratificação social em muitos planos de vida. Nesse sentido, não há possibilidade de restringir essa liberdade ao homem comum, ou seja, se não existir restrições, as quais devem ser legítimas, todos terão liberdade de trabalhar. (GOMES, 2008, p. 180-181)

De outro lado, como exemplo de limitações a esse direito, que preenchem os critérios formais e materiais, tem-se no artigo 5º, XIII da CF, que trata de uma reserva que pode vir a limitar o livre desempenho da atividade profissional, de forma que exige qualificação para o exercício de determinadas atividades laborativas. Dessa maneira, também enuncia o artigo 37, II da CF, que limita a atuação do trabalho, de acordo com critério de méritos e, ainda, extrapola o direito do trabalho, pois também observa princípios constitucionais. (GOMES, 2008, 181-183)

Nela, se reconheceu a liberdade de trabalho, de maneira que, foi feita ressalva apenas quando fossem determinadas limitações para profissões específicas, isto é, essa liberdade deve ser entendida em sentido amplo, haja vista que, abrange a forma positiva e negativa, aquela é a liberdade de escolher o gênero ou modo do trabalho e está, a inexistência do Estado poder relacionar o indivíduo com a atividade. (FONSECA, 2006, p. 186)

Muitas são as situações em que pode haver a chance de restrição à liberdade de trabalhar, ou dessa restrição ser limitada pelo direito de defesa. Sempre o Estado deve estar baseado na proteção aos direitos fundamentais, o que decorre do próprio sistema adotado, pois a proteção a eles tornou-se sua finalidade precípua.

De início, irá ser necessário ainda analisar a autonomia. Antes de agir, a conduta está vinculada as opções, diante disso, tem autonomia quem de fato pode escolher em qual das opções possíveis, ou seja, a capacidade do indivíduo que é a “extensão da sua liberdade para colocar em prática os seus planos de vida.” (GOMES, 2008, p. 188)

Dessa maneira, sabendo-se que a oferta por recursos não acompanha a demanda, a autonomia, ou liberdade de escolha deve ser exercida de acordo com as constringências que podem vir a diminuir-la. No entanto, no atual contexto da sociedade, essa autonomia deve levar em consideração a igualdade de chances e recursos.

Só que não uma igualdade formal. Mas uma igualdade material, capaz de conferir a todos e qualquer indivíduo as condições mínimas necessárias à consecução dos seus planos de vida, independentemente do seu credo, raça, sexo, coloração política ou classe social. Em outras palavras: é no ponto de partida que os indivíduos devem estar abastecidos para percorrer o trajeto, ainda inexplorado, que a vida de cada um lhe reserva. (GOMES, 2008, p. 189)

Por sua vez, o que seria considerado como o mínimo, para colocar os desprovidos em igualdade de condições com seus antagonistas no âmbito do direito ao trabalho, esse é o questionamento que teceremos alguns comentários.

Nesse sentido, os direitos à prestação em sentido estrito são os que exigem uma atuação específica dos entes e autoridades públicas e são direitos fundamentais de natureza prestacional. Eles, por meio das prestações têm como finalidade compensar as desigualdades, buscando a igualdade material e, “em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais” (SARLET, 2012, 164)

A educação é o mínimo existencial, como direito à prestação de todos os trabalhadores, isso porque, o mundo está em constantes transformações, causadas pela tecnologia, bem como pela exigência de se produzir de maneira sustentável, de forma que exige profissionais qualificados no desempenho de suas tarefas. “No mundo de hoje, mais do que no mundo de ontem, o direito à educação está intimamente vinculado ao direito ao trabalho.” (GOMES, 2008, p. 191)

Constituem os direitos fundamentais a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares, os quais identifica com os direitos sociais. (Ibidem, p. 157)

De outro lado, o direito ao trabalho como prestação jurídica em sentido amplo consiste em ações positivas por parte do Estado, direcionadas a proteção da liberdade e igualdade, por meio de bens e serviços, ou pela criação enunciada normativa, ou seja, todos os direitos fundamentais que não se enquadram como direitos prestacionais. (Ibidem, p. 157)

No tocante ao direito ao trabalho, no direito brasileiro a intervenção do Estado nas relações de trabalho é grande, uma vez que várias atividades laborativas encontram regulamentação legislativa, que tem como intuito o equilíbrio das relações, uma vez que o empregado está em desvantagem com seu empregador, situação que pode ser percebida não só na seara jurídica, mas também de forma empírica.

É justamente o que o direito à prestação em sentido amplo propõe que o Estado, investido nos seus poderes, tome à frente nesse processo, coordenado a proteção da liberdade e igualdade, estabelecendo o procedimento para que isso possa realmente ocorrer. (Ibidem, p. 157)

Isso está em concordância com a CF de 1988, tendo em vista que um Estado Democrático de Direito tem como finalidade a proteção dos direitos fundamentais. Todavia, deve se ter cuidado na proteção dos trabalhadores, parte mais fraca, já que a excessiva proteção pode intervir o quadro, influenciando juridicamente na autonomia privada. (GOMES, 2008, p. 202)

O Estado poderá intervir nas relações de trabalho, seja por meio da produção de uma norma, ou de outra forma, desde que sua legitimidade esteja no compasso da constituição, isto é, para a proteção dos direitos fundamentais, devendo fazê-lo no mercado, onde a liberdade de trabalhar encontra barreira, que é a liberdade dos outros indivíduos e, nesse ambiente privado pode se manifestar antes, durante e após o contrato de trabalho.

Assim, muito bem apontado por Amauri Mascaro Nascimento, que ao tratar sobre o direito do trabalho no âmbito do direito individual diz que a tutela dos direitos dos empregados vai além da relação de emprego, ou seja, seus efeitos são projetados e surtidos além do contrato de trabalho, incluindo os trabalhadores que não preenchem os requisitos da relação de emprego¹, o que podemos notar por meio da teoria restritiva e ampliativa. (2011, p. 360-361)

Será exatamente diante dessas situações que a liberdade no direito ao trabalho deverá funcionar na proteção dos trabalhadores da autonomia privada.

Será diante de tais situações que a liberdade de trabalhar deverá ser compreendida como um “escudo normativo da pessoa humana”. Ou seja, deverá atuar como um fator de proteção contra o exercício abusivo ou fraudulento do direito de autonomia privada (da competência do poder) atribuído ao empregador. (GOMES, 2008, p. 203)

Isto é, o direito a proteção, que pode ser entendido como o feixe de posições jurídicas, que dão aos indivíduos o direito de exigir perante o Estado a atuação da autonomia privada dos particulares, protege os trabalhadores em face da inobservância dessa norma perpetrados por aqueles, haja vista que o Estado possui a obrigação de efetivar os direitos humanos, devido ao modelo político adotado. Ademais, a proteção abarca não só a repressão, mas também a prevenção. (SARLET, 2008, p.158)

Portanto, diante do progresso acumulado no direito ao trabalho ao decorrer do tempo, ele passou a ser verdadeiro instrumento de defesa e proteção do direito fundamental ao trabalho, não apenas um direito de mero conteúdo sem eficácia. Dessa maneira, sendo esses direitos, pretendem dar às pessoas a liberdade de trabalhar e buscam a igualdade material no exercício da atividade laborativa, isto é, por meio das normas que concedem proteção buscase efetivar a proteção aos trabalhadores antes, durante e após o exercício da atividade laborativa.

¹ A teoria restritiva delimita o âmbito de aplicação do nosso direito ao trabalho em forma de emprego; a ampliativa estende aos profissionais cuja atividade é regulada segundo outros esquemas jurídicos.

2.2 O direito do trabalho no Brasil após a Constituição de 1988

Por sua vez, existe um ramo do direito que se dedica a estudar a relação e os indivíduos no âmbito da relação laboral e, por consequência disso, estuda os direitos fundamentais nessa seara, já que na contemporaneidade jurídica brasileira o trabalho, os direitos e deveres nessa relação são analisados em conjunto com a CF de 1988, mais especificamente nos artigos 7º e 8º. Dessa maneira, o Direito do Trabalho é ramo específico do direito que estuda as relações de trabalho e os indivíduos que a compõe.

Inicialmente, a expressão Direito do Trabalho é proveniente da Alemanha, cunhada por volta do ano de 1912, que concentra os estudos nas relações entre trabalhador e patrão, trabalhador e sindicato e patrão e sindicato. Em concordância com isso, essa denominação, no âmbito brasileiro, também abrange o trabalho subordinado, temporário, avulso e doméstico, diferente dos ordenamentos jurídicos de outros países. (MARTINS, 2012, p. 16)

Os conceitos de direito do trabalho, criados pelos doutrinadores podem ser divididos em três teorias, as subjetivistas, objetivastes e mistas.

As teorias subjetivistas analisam as pessoas que se sujeitam nas relações jurídicas na esfera da disciplina normativa e, em consequência disso, estuda as relações de emprego, individuais e coletivas. Dos autores que adotam esse posicionamento, colacionamos o de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, que o definem como as normas que se aplicam as relações individuais e coletivas entre empregadores de direito particulares, ou assemelhados e os que trabalham sob sua direção, inclusive de forma eventual. (GOMES; GOTTSCHALK *apud* NASCIMENTO, 2011, p. 291)

Já em relação às teorias objetivas tem como escopo o estudo o trabalho, ou atividade laborativa, são definidas como as normas jurídicas que norteiam o contrato o contrato de trabalho. (NASCIMENTO, 2011, p. 292).

Por fim, as definições mistas são mais abrangentes, pois comportam os dois posicionamentos acima no estudo do direito do trabalho, pois de acordo com essa delimitação, consiste tanto no estudo do objeto quanto do sujeito. De acordo com isso, ele é o conjunto de normas e princípios que dispõe tanto sobre a relação mantida entre trabalhadores e patrões, quanto a forma que a atividade é prestada (NASCIMENTO, 2011, p. 293-294)

As concepções mistas, desse modo, tem melhor aptidão para o atendimento da meta científica estabelecida para uma definição — apreender e desvelar os elementos componentes de determinado fenômeno, com o nexo lógico que os mantém integrados.

Nesse quadro, o Direito Individual do Trabalho define-se como: complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante as pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificada. (DELGADO, 2012, p. 51)

Assim, de acordo com alguns autores de obras na área, compreende os sujeitos que interagem no âmbito das atividades laborativas, outros por sua vez, entendem que interessa o objeto, isto é, as normas regulamentadoras das relações entre esses indivíduos e ainda há quem entenda que consiste no misto entre as duas correntes acima, que tanto analisa os sujeitos quanto o regramento.

Isso posto, “o direito do trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes a relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador” (MARTINS, 2012, 17). Esses princípios são o mandamento nuclear, dos quais derivam às normas e muitas regras, dispostas na CLT e outras instituições.

Diante disso, o direito do trabalho tem como escopo efetivar condições mais dignas de trabalho e da situação social em que os indivíduos se encontram, assegurando-lhe direitos e vedações ao mercado de trabalho. Diante da falta de paridade de armas que existe no contrato de trabalho, haja vista que os poderes econômicos dos empregadores os tornam mais privilegiados nessa relação e desta forma são previstas na legislação trabalhista, normas para criar equilíbrio nessa relação.

Já Gabriela Neves Delgado e Ana Carolina Paranhos de Campos Ribeiro, admoestam que:

O Direito do Trabalho consiste em instrumento jurídico de promoção da dignidade humana na medida em que contribui para a afirmação da identidade individual do trabalhador, de sua emancipação coletiva, além de promover sua inclusão regulada e protegida no mercado de trabalho. Por meio de contínuo aperfeiçoamento, o Direito do Trabalho promove os ideais de justiça social e de cidadania, ambos relacionados à salvaguarda da dignidade humana – diretriz norteadora do Estado Democrático de Direito. (DELGADO; RIBEIRO, 2013, p. 199)

Outrossim, em relação ao seu conteúdo, segundo preconiza Mauricio Godinho Delgado “O conteúdo do Direito do Trabalho molda-se também a partir dessa sua característica sistemática específica. Assim, será em torno da *relação empregatícia* — e de seu sujeito ativo próprio, o empregado [...]” (2012, p. 55). Diante disso, importante consignar

que mesmo no âmbito da relação de trabalho, quando preenchidos os requisitos da relação de emprego², o indivíduo fara jus aos direitos inerentes à relação de trabalho.

No que lhe diz respeito, o direito do trabalho tem a função de, por meio de seu sistema de proteção, proteger o trabalhador, no mercado de trabalho, sendo que teleologicamente, essa é historicamente a finalidade do direito do trabalho. Não obstante, essa incumbência do direito do trabalho não pode ser visualizada tanto quanto se considera o trabalhador individualmente, mas sim quando consideramos a coletividade, já que o modo, por meio do qual ocorre o encadeamento natural de ações, só pode ser vislumbrada todas as situações envolvidas. (DELGADO, 2012, p. 57-58)

A finalidade do Direito do Trabalho é assegurar melhores condições de trabalho, porém não só essas situações, mas também condições sociais ao trabalhador. Assim, o Direito do Trabalho tem por fundamento melhorar as condições de trabalho dos obreiros e também suas situações sociais, assegurando que o trabalhador possa prestar seus serviços num ambiente salubre, podendo, por meio de seu salário, ter uma vida digna para que possa desempenhar seu papel na sociedade. (MARTINS, 2012, p. 18)

Por sua vez, para alcançar seus objetivos, dentre eles de assegurar melhores condições sociais e de trabalho, que está diretamente ligado à promoção do direito ao trabalho, existem garantias no seu âmbito, as mais merecem análise. Essas garantias criadas, incorporadas e aperfeiçoadas, podem ser vislumbradas a partir dos princípios do direito material do trabalho, os quais merecem análise, já que é certo que se o direito do trabalho for interpretado com esses princípios, mais perto desse objetivo que mais se assemelha a uma meta, que sempre deve ser almejado.

Ademais, ele constitui verdadeiro foco de discussão nos direitos humanos e, diante disso, exerce tarefa de regular o trabalho digno, auxiliando com a inclusão social, consolidando a identidade dos trabalhadores, de forma que permita ainda que por meio da atividade profissional, que esses indivíduos possam gozar dos frutos materiais de seu trabalho. (DELGADO; RIBEIRO, 2013, p. 216)

Assim, as normas constitucionais, ou mais especificamente, os direitos trabalhistas previstos no artigo 7º da CF de 1988 são normas constitucionais de eficácia plena, ou seja, independem de regulamentação para sua implementação. Ainda, as normas constitucionais

² Os requisitos exigidos para que exista uma relação de emprego estão previsto nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT e de acordo com a doutrina majoritária são: (i) Pessoaalidade; (ii) Pessoa Física, (iii) Não Eventualidade ou Habitualidade, (iv) Onerosidade; e (v) Subordinação Jurídica do Empregado ao Empregador.

trabalhistas “são preceituais, de organização e de garantias individuais.” (NASCIMENTO, 2011, p. 409)

As normas preceituais, ou que tenham obrigatoriedade na sua observância, são aquelas que tratam da organização do trabalho, de forma que lá são declarados princípios e normas gerais que se relacionam com o direito do trabalho.

São de organização, tendo em vista que a finalidade para quais são destinadas ou reservadas dizem respeito à fixação das estruturas, competências e atribuições dos entes públicos, para assegurar “as relações coletivas de trabalho quanto à organização sindical, autonomia privada coletiva e autotutela do trabalhador.” (NASCIMENTO, 2011, p. 411)

Por fim, são regras e princípios de garantias individuais de todos os trabalhadores, já que dispõe também sobre seus direitos individuais, enumerados no rodapé.

É nesse intérim que a OIT, atuante no plano do direito internacional, também objetiva, por meio de suas ferramentas, introduzir de forma progressiva a proteção ao trabalho nas sociedades, baseando-se nos direitos e garantias. Ela tem apoiado por meio da “ação coordenada e cooperativa em benefício de melhores condições de vida, de trabalho e de emprego dos trabalhadores, mediante uma abordagem integral e multidimensional.” (DELGADO; RIBEIRO, 2013, p. 212)

Portanto, o direito do trabalho, enquanto ciência que se dedica ao estudo das normas que regulam o vínculo que subordina o trabalhador ao tomador de seus serviços, bem como os indivíduos e pessoas que compõe essa relação. E, desta forma, com seu conteúdo, tem por finalidade tornar efetivas condições sociais e de trabalho, protegendo trabalhador, individual, ou coletivamente considerado, tornado praticas contrárias a isso proibidas. Adiciona-se a isso também, a importante previsão constitucional e da OIT, no âmbito de direito internacional, dos direitos trabalhistas, que por meio dessas normas, preceituam, organizam e protegem os direitos dos trabalhadores.

CAPÍTULO 3 – FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO – PROIBIÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS EM DETRIMENTO DOS TRABALHADORES

Neste capítulo, o último do presente trabalho de conclusão de curso reuniremos as duas premissas acima colacionadas, os direitos humanos fundamentais, com seu processo de evolução histórica, o qual vimos a partir da *Magna Charta* até as atuais constituições e o direito fundamental ao trabalho e sua construção decorrente da reivindicação de classe, como direito a proteção e a prestação.

Diante disso, no presente capítulo, conforme o título iremos abordar não especificamente os atos normativos que tem por escopo flexibilizar as normas de direitos trabalhistas, mas daremos maior vista aos danos e consequências daí decorrentes e qual o real objetivo com a dita flexibilização.

Assim, em primeiro momento faremos uma análise do que realmente é pretendido pela flexibilização, quais interesses ela visa atender para somente depois passarmos a falar dos novos projetos de lei tendentes a flexibilizar o direito do trabalho e o porquê não a sua tramitação não deve continuar, o que dirá ser aceita.

3.1 A real intenção com a flexibilização das normas trabalhistas – retirada de direitos em benefício da ordem econômica

No presente tópico abordaremos o que é a flexibilização, maneira pela qual se mascara a alteração das normas que regulam a relação trabalhista, retirando direitos dos trabalhadores, em benefício do mercado, quem realmente obtêm vantagens nele. Diante disso, constatar-se-á, que essa tendência não é nova e que a tentativa de suprimir direitos, justificando-se na fatalidade da globalização já vem de muito, com as bases lançadas no Brasil desde o final do século XX, com amplo apelo ao interesse social.

Por sua vez, de acordo com Vanessa Vignoli (2010, p. 16), flexibilizar é conferir elasticidade as normas do direito do trabalho, assegurando direitos mínimos ao trabalhador, ao que tempo que torna viável a atividade empresarial por meio da supressão das leis, especialmente em épocas de crise econômica.

Já de acordo com Jorge Luiz Souto Maior (2002, p. 2), flexibilizar é adaptar as regras a nova realidade econômica e, de outro lado desregulamentar é eliminar ordens de

caráter público que não mais se coadunam com a realidade da sociedade.

Assim, em concordância com parte da doutrina, a flexibilização e desregulamentação são coisas diversas e não se confundem, ao passo que na flexibilização há intervenção mínima do Estado para proteger a dignidade do trabalhador e na desregulamentação é permitido que os particulares regulem a prestação de serviço (VIGNOLI, 2010, p. 29). Contudo, mesmo que com a intervenção do Estado, na flexibilização pode haver a supressão de direitos do trabalhador, o que não se pode permitir, já que causará danos a eles.

A respeito disso, com neoliberalismo econômico, implantado pelas grandes potências capitalistas e posteriormente exportados para as nações amigas, o Estado foi forçado a diminuir o tamanho de sua máquina, erigindo o consumo a um patamar mais elevado e como consequência disso, houve extrema precarização no trabalho, já que o modo clássico de trabalho precisava mudar, para dar espaço ao novo dinamismo ocasionado pela informática e pela adoção da robótica na produção dos bens de consumo. (SOUTO MAIOR, 2003, p. 3-4)

De outro lado, no Brasil a ideia de flexibilizar surgiu diante da alegação de que a Consolidação das Leis Trabalhistas foi promulgada em 1943 e, por consequência disso, não tinha compatibilidade com as novas relações de trabalho, necessitando de profundas reformas. Além do mais, a época a CLT foi feita para normatizar o trabalho no âmbito industrial e com as mudanças tecnológicas dentre tantas outras, que alteraram fortemente a forma do trabalho viu-se a necessidade de mitigar a relação de laboral. (VIGNOLI, 2010, p. 16-17)

Contudo, verifica-se uma ilusão de cunho egoísta do interesse econômico, de que com a supressão de normas trabalhistas se reduziriam os custos do trabalho. Porém, essa ideia não é nova e desde os primórdios do direito do trabalho está presente, assumindo nova roupagem nos dias atuais, traduzindo-se na supremacia econômica sobre os interesses sociais do trabalho. (SOUTO MAIOR, 2002, p. 2)

Disso acima podemos concluir que, as crises e a idade avançada da CLT deram os motivos para suscitar a flexibilização do direito do trabalho como forma de desenvolvimento, mascarando o real intuito com a flexibilização. Realmente há a necessidade de adaptar a legislação trabalhista as novas relações de trabalho que surgiram, mas sem de forma alguma retirar direitos, o que sem sombra de dúvida é vedado, tendo em vista que os direitos humanos são dotados de historicidade, isto é, as conquistas de direitos a muito custo obtidas vão se acumulando. (VIGNOLI, 2010, p. 36)

Nesse sentido, importante é a constatação de que desde os primórdios do direito do trabalho a luta de classes foi causada pela revolta de trabalhadores que pleiteavam melhores condições de trabalho, sem, contudo, surtir efeitos, haja vista que a relação de dominação das classes é subjacente ao poder econômico, de maneira que os trabalhadores voltaram aos seus postos de trabalho em condições de trabalho ainda piores. Desta forma, as mudanças tão almejadas somente se tornaram possíveis quando os trabalhadores se uniram para reivindicar seus direitos, criando consciência de classe, tornando o movimento por melhores condições de trabalho revolucionário e, diante disso, começam a surgir as primeiras normas trabalhistas e de proteção social, tanto por isso, como pela reação natural da classe dominante, para abafar os movimentos e manter o *status quo* do capitalismo e o seu domínio. (SOUTO MAIOR, 2002, p. 3)

Isso posto, contextualizando a realidade brasileira, a contar dos anos noventa, começou a ser introduzido no Brasil uma política de flexibilização, como consequência da hegemonia do capital, que acarretou precarização das formas de trabalho, com os enxugamentos dos postos de trabalho. Esse novo mercado exigia uma estrutura fundamental totalmente flexível, que rompe com a até então forma da atividade laborativa. (CAVALCANTI, 2007, p. 195-196)

O direito do trabalho que surgiu para equilibrar a relação entre trabalhador e patrão, que é por natureza desigual, com a finalidade de proteger o trabalhador. No entanto, as reformas do direito do trabalho vêm sendo voltadas para o interesse econômico, que conforme os novos tempos, segundo a globalização, com o aumento da competitividade das empresas exige-se mais liberdade na regulamentação dessa relação.

Os fundamentos do princípio da proteção se confundem com os próprios fundamentos que motivam o surgimento do Direito do Trabalho, vale dizer, a necessidade de valorização do trabalho, o resgate da dignidade do trabalhador enquanto ser humano, a busca da igualdade jurídica, como forma de compensação de uma desigualdade econômico-social. (VIGNOLI, 2010, p 34)

Dessa maneira, de acordo com Jorge Luiz Souto Maior, a consciência econômica, no direito do trabalho, que dita às leis do capitalismo diz que “a flexibilização e a desregulamentação (produtos da consciência econômica do direito do trabalho) são efeitos da globalização e da informática [...]” (SOUTO MAIOR, 2002, p.6), buscando com isso justificar a necessidade de retirar direitos humanos no âmbito das relações de trabalho. Nesse sentido, invocam a globalização e a informática como acontecimentos modernos que fazem

surtir seus efeitos maléficis, legitimando a supressão de direitos a fim de proteger a sociedade, entretanto, esses fenômenos já se manifestaram ao longo da tortuosa história da humanidade com outras denominações.

Tem-se, assim, o quadro completo a justificar o crescimento da idéia de que se tudo mudou também o direito do trabalho deve mudar e o raciocínio parece lógico: direito do trabalho foi pensado e concebido para dar respostas jurídicas ao modelo fordista de produção, que se baseava na “standartização” das relações de trabalho, favorecida pela adoção do sistema de “linhas de produção”, na qual cada trabalhador era especializado na fabricação de uma parte muito precisa do produto final, proporcionando uma produção em escala. Conclusão: o direito do trabalho tradicional não se encontra adaptado ao novo mundo do trabalho. (sic) (SOUTO MAIOR, 2003, p. 4)

Assim, com o fracasso do ideal socialismo, demonstrado com o modelo de estado falido da União Soviética, que teve seu fim decretado em 1991, o capitalismo pode se apresentar sem qualquer limite. É isso que Jorge Luiz Souto Maior quis dizer abaixo:

Com a derrocada do ideal socialismo, representado pela queda do muro de Berlim, a ameaça socialista deixa de existir e o sistema capitalista passa a poder se apresentar sem as máscaras do “welfare State”, que, inclusive, passa a ser apresentado como um desvio indevido do curso natural da história (obscurecendo-se o fato de que o Estado Social foi uma criação do capitalismo como tática política de sobrevivência diante dos avanços dos ideários socialistas). (SOUTO MAIOR, 2002, p. 6)

É diante disso que se constata os direitos sociais são mecanismos de controle impostos pelo capital, que após a caída da máscara, os usa como tática de sobrevivência e controle, uma vez que aqueles corpos indisciplinados ao mercado não gozarão desses direitos e garantias trabalhistas.

Por sua vez, modificando o posicionamento tradicional de buscar evitar os efeitos dos direitos trabalhistas em seus lucros, os empresários (empregadores) passaram formar alianças com o intuito de promover de forma aberta a flexibilização e a desregulamentação das relações de trabalho por meio da flexibilização, no claro intuito de retirar direitos trabalhistas, obstáculo aos seus ganhos. A respeito disso, Vanessa Vignoli entende que se utilizado com cautela, a flexibilização pode comportar os interesses tanto dos empregados quanto da classe patronal, já que os efeitos da mitigação dos direitos trabalhistas, que ocorreram nos últimos anos foram causados pela desregulamentação, ou seja, pela omissão do Estado. (2010, p.35)

Não obstante a isso, na desregulamentação, enquanto o Estado se omite deixando o trabalhador a mercê da regulação da autonomia privada, na flexibilização ele outorga a violência em face do trabalhador, retirando direitos na forma do ordenamento jurídico, com o apoio da opinião pública. É diante dessa constatação que Lygia de Maria Godoy B Cavalcanti afirma que:

A construção dessa argumentação procurava evidenciar a existência de uma conexão do rito de política pública seguida hegemonicamente na maioria dos países capitalistas ocidentais rumo ao desprestígio do trabalho e do emprego. Essa política pública de derruição de empregos fortalecia-se sob manto explicativo do desemprego estrutural (tecnológico, organizacional e mercadológico) para encobrir seu caráter conjuntural, ou seja, decorrente de políticas públicas dirigidas [...] (2007, p. 198)

É exatamente nesse sentido que flexibilização não é um elemento novo, pois também estava presente nos primórdios do direito do trabalho na relação antagonista de classes, já que um lado os empregadores queriam mais trabalho com salários menores e os empregados menos trabalho com salários maiores. Todavia, a sobreposição da vontade dos empregadores, com a prevalência sobre a consciência social ataca os movimentos trabalhistas que lutam por mais direitos e melhores condições de trabalho, retirando sua legitimidade perante a opinião pública sob o argumento do fatalismo da globalização, ou seja, os fatos ocorrem à revelia da vontade, por mera obra do acaso, consequência natural e inevitável dos processos de globalização. (SOUTO MAIOR, 2002, p. 6-7)

Por sua vez, uma das bandeiras da flexibilização, que consiste em entregar a regulamentação das normas trabalhistas as partes dessa relação jurídica demonstra isso, pois causaria grandes danos aos trabalhadores, uma vez que no cenário sindical brasileiro, não existe estruturação, o que sem sombra de dúvidas favorece a retirada de direitos dos trabalhadores, diante do poder econômico das empresas que inexoravelmente interfere na negociação. (VIGNOLI, 2010, p. 36)

Por outro lado, para acalmar os ânimos, ainda invocam a teoria do mal menor, de que melhor estar empregado, mesmo que com péssimas condições de trabalho e renda do que estar desempregado, argumento esse que é utilizado para pacificar, partindo daqueles que não sofrem dessas mazelas. Outrossim, conforme já afirmado em capítulos anteriores, o Estado não pode esquivar-se de seu dever com essa justificativa, haja vista que com o Estado Democrático de Direito, ele obrigou-se, nos termos da Constituição a assegurar os direitos e garantias, sendo esta sua finalidade. (SOUTO MAIOR, 2002, p. 7)

Se não bastasse essa violência praticada em face desses indivíduos, eles ainda vivem rodeados pelo medo, diante do excesso de contingente de desempregados, de forma que se algum não estiver nos padrões exigidos para a produção, esse trabalhador é logo substituído por outro. Esse fato constata a retirada da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho e a possibilidade de alteração por meio de revoltas, evidenciando a luta de todos contra todos pela sobrevivência. (SOUTO MAIOR,, p. 7-8)

Dessa maneira, é nada mais que uma mentira, e não produziu nenhum resultado prático satisfatório, tanto no seu objetivo (melhoria no mercado econômico), quanto no objetivo mascarado (aumentar os lucros). (VIGNOLI, 2010, p. 37)

Não obstante a isso, do diagnóstico dessa situação, onde o capital em muito supera os avanços sociais, ainda tenta-se suprimir ainda mais os direitos trabalhistas já que na atual sociedade, o direito do trabalho é um obstáculo para essa hegemonia do mercado, cada vez mais pautado na lei da oferta e procura.

A idéia de flexibilização, de mero ideal econômico, passa, então, a integrar a base do direito do trabalho como um de seus princípios, abalando o próprio conceito do direito do trabalho que passa a ser visto como um instrumento não da construção da justiça social, mas como ponto de equilíbrio das forças entre empregado e empregador, um equilíbrio, no entanto, que se amolda facilmente às possibilidades econômicas e à completa ausência de força dos trabalhadores para resistirem aos avanços econômicos sobre os seus direitos, em razão do desemprego, o que implica, até mesmo, uma mudança na denominação do direito do trabalho, que começa a ser visto como “direito ao trabalho”, não importando qual trabalho. (sic) (SOUTO MAIOR, 2002, p. 8)

Dessa maneira, essa alteração almejada, com fundamento no padrão liberal de desregulamentação do direito trabalho, com a finalidade de retirar a justiça no trabalho que em parte ainda é um obstáculo à hegemonia da consciência econômica quer legitimar um direito apenas a uma atividade remunerada, não importando os impactos sociais causados por essa nova direção aos trabalhadores.

Isso causa um abalo ao direito do trabalho, haja vista que permite a inserção de normas tendentes a retirar direitos e garantias dos trabalhadores, situação que é agravada na justiça trabalhista, já que determinados juízes convenceram-se do fatalismo, alterando posicionamentos anteriores, que antes eram mais benéficos aos interesses dos trabalhadores, sejam eles individuais ou coletivos. Isso se reflete na cultura de somente ajuizar uma reclamação trabalhista ao final da relação de trabalho e para pleitear reparações financeiras, pois durante a prestação de serviços, mesmo que de forma ilegal a flexibilização no âmbito

das relações laborativas ocorrem cotidianamente, sem que o empregado reclame da falta de cumprimento de um de seus direitos. (SOUTO MAIOR,, p. 11)

Não obstante, como já inclusive dito mais acima, a finalidade e objetivo da consciência econômica é aumentar os seus ganhos com a justificativa de redução dos custos do trabalho. Entretanto, reduzir os custos do trabalho, por si só não é a forma para atingir esse resultado, já que a flexibilização como política é ineficaz e ineficiente, isto é, não é apta para gerar emprego e aumentar os lucros. A respeito disso, importante e salutar é a constatação de Jorge Luiz Souto Maior, ao preconizar que:

Verifica-se, ademais, na realidade, o aumento da utilização fraudulenta dessas leis. Ainda que o propósito das leis de flexibilização tivesse sido trazer parte das pessoas, que atuam no chamado “mercado informal”, para a formalidade, o fato é que, em concreto, tais leis estão servindo para acabar com o emprego tradicional, conduzindo os “ex-empregados” para uma situação de semi-emprego (por exemplo, contrato a tempo parcial) ou de ocupação sem qualquer garantia trabalhista (por exemplo, cooperativas de trabalho). (Ibidem, p. 12)

Conquanto, o modo pelo qual os fatos se dão, a flexibilização vai de encontro com o próprio ideal capitalista, uma vez que alimentando uma política de redução de custos pela supressão de empregos reduz a circulação de dinheiro, o que conseqüentemente impacta na venda de mercadorias e serviços.

Por outro lado, uma constante no contexto dos trabalhadores é o desemprego, que acentua a subordinação dos empregados pelo medo de perder seu posto de trabalho, o que faz aumentar os custos sociais e previdenciários do trabalho, haja vista o stress causado, com os conseqüentes acidentes e doenças que acontecem no âmbito laboral. Além disso, os trabalhadores são ridicularizados, de forma que as outras poucas garantias que restam a eles não são cumpridas, prática natural das empresas, reflexo da falta de ética, de maneira que os trabalhadores que decidem pleitear seus direitos na justiça são intitulados como mal-agraçados, que querem vantagens indevidas em detrimentos de seus patrões. (SOUTO MAIOR, 2002, p. 12-13)

Daí surge a necessária leitura do direito do trabalho a partir do princípio da proteção do trabalhador, que não seja admitida a renúncia dos direitos trabalhistas, por meio de normas que admitam a transação desses direitos. É nesse sentido que Vanessa Vignoli passa a questionar:

Resta agora perguntar: seria possível um Direito do Trabalho sem este elemento protetor? Será preservada a dignidade do trabalhador ou regrediremos ao primeiro estágio de prestação de trabalho – o trabalho escravo – que aconteceu a *locatio conductio*, já que a “autonomia da vontade”, do lado do emprego, não existe ou é insuficiente para garantir a equivalência na troca e na composição de interesses? (2010, p. 37)

Diante disso, Jorge Luiz Souto Maior se diz furioso, sendo que “realidade (que não se quer enxergar), continua-se pensando o futuro do direito do trabalho ainda sob a mesma perspectiva, pondo-se em discussão a criação de novas regras de flexibilização[...]” (2002, p. 13). Enquanto existem inúmeros outros problemas no Brasil querem basear o desenvolvimento na redução do custo do trabalho, com a retirada de direitos dos trabalhadores pela flexibilização, que não tem qualquer respaldo, visto unicamente do ponto de vista econômico.

Se realmente esse fosse o objetivo da flexibilização, como um sacrifício em benefício da sociedade, todos deveriam abrir mão de alguma coisa, em especial aqueles que sempre foram beneficiados por séculos de benefícios, de recursos que poderiam ser aplicados para melhorias reais aos trabalhadores.

Para que uma tal idéia de sacrifício de direitos trabalhistas, como forma de recuperação da economia, pudesse ser levada a sério, seria preciso que ela se integrasse ao contexto de uma proposta de formação de um autêntico pacto social, o qual, por sua vez, somente pode ser pensado após o enfrentamento dos problemas sócio-econômicos do país, relatados acima. Um tal pacto englobaria o esforço de todos, resultando, por óbvio, um sacrifício maior daqueles que sempre foram os mais beneficiados pelo sistema, incluindo políticos, grandes empresários, banqueiros, especuladores financeiros e membros do alto escalão dos poderes públicos, nos âmbitos Executivo, Legislativo e Judiciário. (sic) (SOUTO MAIOR, 2002, p 16)

Aliando a isso, Vanessa Vignoli continua salientando que é inadmissível afastar-se o princípio protetor do trabalhador (VIGNOLI, 2010, p. 38), o que se infere ser o pretendido pela consciência econômica, afastando os direitos dos trabalhadores e conseqüentemente esse princípio (da proteção do trabalhador), fundamentando tal decisão no fatalismo causado pela globalização.

Em suma, o movimento da flexibilização, que é adaptar as normas que regulam as relações trabalhistas não é novo no âmbito do direito do trabalho, subsistindo desde os primórdios do direito do trabalho. Todavia, esse movimento intensificou-se, especialmente no Brasil desde meados dos anos 90, no final do século XX, uma vez que houve um aumento vertiginoso da tecnologia, influenciando diretamente nos meios de produção, de forma que

cada vez mais se intensifica e tem-se conseguido precarizar a relação laboral, surtindo efeitos diretos e negativos nos trabalhadores. Assim se faz extremamente necessária uma leitura a partir do princípio da proteção do trabalhador, o que será analisado no próximo tópico.

3.2 O direito do fundamental do trabalho: proibição da flexibilização das normas de direito trabalhistas em detrimento dos trabalhadores – uma leitura necessária sob o ponto de vista dos direitos humanos fundamentais.

Na atual e constante realidade do cenário trabalhista acima abordado, sempre a pretensão de desde os primórdios do direito do trabalho, do embate entre os direitos dos trabalhadores, versus o lucro pretendido por seus patrões, que investem tempo e recursos na empreitada de ter uma empresa, fonte de riqueza e postos de trabalho para a sociedade, se pretende a cada vez mais reduzir direitos trabalhistas, para que assim se reduzam o montante gasto com os trabalhadores e, por consequência atrair mais investidores que vislumbram a possibilidade de um lucro maior.

Cada vez mais os trabalhadores perdem essa batalha, com as crises cíclicas e constantes, bem como que pelo apelo midiático, que caracteriza cada vez mais esses direitos como custos, custos esses que inviabilizam a produção, fazendo com que o processo de geração de riquezas caia, deixando nossa sociedade empobrecida e, portanto, devem ser eliminados e, por consequência disso merecem ser cortados.

Tamanho são esses ataques, que houve uma inversão de quem se deve proteger, ao passo que já não se fala mais nos trabalhadores e o quanto são prejudicados, mas sim, diz abertamente no que está acontecendo em detrimento das empresas e como está sendo exigido dos seus proprietários que invistam cada vez mais tempo e dinheiro, para tornar o negócio viável. Esses ataques têm obtido êxito, colocando os trabalhadores na defesa de seus direitos não reclamando por novos, já que árdua é a tarefa de proteger os que ainda restam (SOUTO MAIOR, 2016), consequência do ataque aberto do neoliberalismo em detrimento da classe trabalhista, de forma que passou a ser praticamente impossível de pleitear por novos direitos.

Assim, ressurgem, ou se adequam os que defendem a flexibilização das normas trabalhistas como saída para as crises, introduzindo-a na agenda econômica do governo, como pauta de retomada de crescimento. É dessa maneira que, de acordo com o jornal O Globo, incluiu-se nos esforços do Poder Executivo da União à aprovação de uma norma que tornem a possibilidade de terceirização ilimitada e outorguem as debilitadas estruturas sindicais a possibilidade de estabelecer acordos ou convenções coletivas que prevaleçam sobre o

legislado, dentre outras formas que outorguem a violência em face do trabalhador. (DOCA, O Globo, 2016)

A referida intenção é endossada pelo atual presidente e ministro do Tribunal Superior do Trabalho, o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, que é defensor da flexibilização, uma vez que ele considera que a proposta legislativa para o direito trabalhista fracassou, entregando a resolução desses conflitos ao Poder Judiciário, por meio dos longos processos (MARTINS FILHO, 2006, p. 1-2). Com isso pretendem aumentar a produção, com a supressão dos direitos trabalhistas, já que segundo afirmam, modernizar a relação de trabalho implica na flexibilização de direitos.

O diretor da Confederação Nacional da Indústria (CNI), Alexandre Furlan, lembrou que a reforma trabalhista e a regulamentação da terceirização fazem parte da agenda do setor produtivo, entregue a Temer. Ele disse acreditar que as propostas avancem diante da mudança de discurso com Temer no governo. O debate em torno desses temas não pode ser ideológico, disse, e sim levar em conta o aumento da produtividade:

— Simplesmente proteger o trabalhador, esquecendo a sustentabilidade das empresas, a competitividade e a produtividade no ambiente de trabalho, você não conseguirá avançar para uma relação de trabalho mais moderna. (DOCA, O Globo, 2016)

É nesse sentido que o PL nº 4962/2016, em tramitação no Congresso Nacional pretende modificar a redação do artigo 618, para conceder poderes para que empregador e empregado ajustem a norma a ser aplicada na prestação de serviço. Ele diz:

Art. 618 – As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de medicina e segurança do trabalho. (BRASIL, 2016)

Isso, por sua vez, permite que a força econômica se faça valer sobre os direitos sociais a vontade dos trabalhadores, visto que tais normas se amoldariam aos fatores de produção, ou seja, à vontade dos empregadores, uma vez que seria possível o acordado entre empregado e empregador sobrepor-se ao legislado.

Por outro lado, em relação à terceirização, que segundo o empresariado, tem como finalidade modernizar e proteger os direitos trabalhistas, Jorge Luiz Souto Maior os desmascara as suas reais intenções.

Diz-se que a terceirização é técnica moderna do processo produtivo, quando, em verdade, o que chamam de terceirização não é nada além do que a

intermediação de mão-de-obra que já existia nos momentos iniciais da Revolução Industrial, e cujo reconhecimento da perversidade gerou, na perspectiva regulatória corretiva, a enunciação do princípio básico do Direito do Trabalho de que “o trabalho não deve ser considerado como simples mercadoria ou artigo de comércio” (Tratado de Versalhes, 1919), do qual adveio, inclusive, a criminalização, em alguns países como a França, da “*marchandage*”, ou seja, da intermediação da mão-de-obra com o objetivo de lucro. (SOUTO MAIOR, 2015, p.3)

A bem da verdade, além de tornar precária a relação de trabalho, o instituto da flexibilização, além de não modernizar o processo produtivo (uma mera retórica jurídica, diga-se de passagem), a modernização sempre foi desculpa para retirada de direitos no Brasil bem como que não melhora o processo produtivo, sendo apenas um argumento vazio, para fundamentar a retirada de direitos.

Por outro lado, também não preserva direitos trabalhistas e é nesse sentido que Jorge Luiz Souto Maior diz que:

Ora, as pessoas e instituições que defendem a ampliação da terceirização com essa afirmação são exatamente as mesmas que até dias atrás se valiam dos argumentos retórica e historicamente construídos de que os direitos trabalhistas foram outorgados por Vargas sem que houvesse uma necessidade real para tanto, de que são excessivos e de que impedem o desenvolvimento econômico. Não se pode, pois, atribuir qualquer crença ao fato de que estejam, agora, de fato, preocupadas em fazer valer as leis trabalhistas. Ademais, a realidade das relações de trabalho no Brasil é a da completa ineficácia da legislação, a qual, portanto, só existe no papel, e isto se dá exatamente por obra dessas mesmas pessoas e instituições, que têm se valido de todos os ardis possíveis para negar a aplicação de direitos aos trabalhadores. (Ibidem, p. 4)

Diante do exposto acima, das várias formas que se pretende retirar os direitos dos trabalhadores, sempre em benefício do capital é que propomos uma leitura do direito do trabalho a partir dos direitos humanos, para o construirmos fundado em uma consciência social, que de acordo com a nossa recente história de guerras e constante supressão de direitos, voltado a um Estado Democrático de Direitos, fundado na dignidade da pessoa humana. Isso posto, como as tendências e apelos da flexibilização estão rompendo com a sociedade, é necessário um modelo pautado na justiça social. (SOUTO MAIOR, 2002, 17-18)

E para isso, necessário uma atuação maior dos operadores do direito, é nesse sentido que Jorge Luiz Souto Maior diz que:

Compete, portanto, aos chamados “operadores do direito” fazer atuar a ordem jurídica. Esta responsabilidade é, portanto, de advogados, juízes,

membros do Ministério Público, doutrinadores e professores, queiram assumi-la, ou não. (SOUTO MAIOR, p. 23)

Diante disso, a construção de uma consciência social do direito do trabalho, não se forma somente com enunciados jurídicos e filosóficos teóricos, mas também precisa da ação daqueles que não concordam com a forma que os acontecimentos de nosso contexto social encadeiam-se. Isso porque é preciso romper com a ideia do fatalismo causado pela globalização, efeito da predominância da aplicação dos postulados implantados pela consciência econômica (Ibidem, p. 24), para soluções que realmente obtenham êxito na proteção dos direitos dos trabalhadores.

Isso somente acontecerá quando se deixar de ver o homem como mera ferramenta de trabalho, que vende sua força a quem pode pagar para produzir e assim aumentar o capital desse indivíduo, atentando-se que por de trás da figura do trabalhador existe uma pessoa, a qual tem direitos inerentes pelo simples fato de ser homem. Por sua vez, conforme já abordado no primeiro capítulo, os direitos humanos fundamentais são resultado de um processo histórico em constante modificação, permitindo-se apenas o acréscimo de direitos, de forma que seu retrocesso é vedado.

Consequentemente, por meio desses direitos o que se busca é tratar o homem como fim em si mesmo (SANDEL, 2012, p. 143), o que significa que não podemos nos utilizar de outros indivíduos para que atinjamos nossos objetivos à revelia dos interesses deles. Por sua vez, quando tratamos o homem como fim em si mesmo, isto é, respeitando sua imanente condição de ser humano, a qual lhe atribui direitos, os seja, os estamos tratando de forma digna, respeitando assim o princípio da dignidade da pessoa humana, uma das finalidades da Constituição brasileira, que tem como finalidade a proteção e a promoção dos direitos fundamentais.

Por outro lado, conforme abordamos no segundo capítulo, do direito ao trabalho, constitucionalmente assegurado, fruto da luta de classes, positivado na segunda dimensão dos direitos fundamentais é verdadeiro instrumento de proteção aos trabalhadores, de maneira que busca a proteção dos trabalhadores antes, durante e após a prestação da atividade laborativa ao empregador. Tal ramo do direito tem como objeto de estudo a atividade laboral, bem como suas partes, de forma que devido ao implícito desequilíbrio entre as partes, classicamente protege o trabalhador, o que com a flexibilização das normas trabalhistas pretendem retirar, conforme os exemplos dados acima, de ampliar o acordo coletivo e da terceirização.

Isso posto, de acordo com Robert Alexy existem direitos de defesa e de direito a prestações, que por sua vez aplicam-se às relações de trabalho, isto nos leva a concluir que os trabalhadores têm direito a proteção e direito a prestações, estas exigíveis do Estado. (ALEXY, 2014, p. 193)

Nesse sentido, sem sombra de dúvida, a observância desses direitos, de defesa e à prestação, que os trabalhadores fazem jus implicam em total vedação à essas propostas que tem por objetivo flexibilizar o direito ao trabalho ou do trabalho, isto é, precarizar o trabalho já precarizado no Brasil, já que isso impede que o Estado elimine posições jurídicas de direito do titular do direito. (Ibidem, p. 196)

Por sua vez, o instituto da flexibilização, tal como foi apresentada, se colocada sob o crivo dos direitos fundamentais fica latente a intenção de com isso a pretensão é a retirada de direitos para que aumentem as receitas dos capitais investidos que, por consequência da atual conjuntura do mercado, que não é de hoje que vem apresentando sinais de crise sistêmica, veem como saída a retirada de direitos. Outrossim, conforme já analisado neste trabalho, nem mesmo à finalidade que se destina a flexibilização consegue atender, já que com cada vez mais a degradação do mercado de trabalho, diminui-se o poder de compra dos consumidores.

Por fim, as proposições acima são apenas algumas ideias, que nos permitirá utilizar o direito do trabalho como instrumento de pacificação social, para preservar a dignidade do trabalhador, para construção de justiça social e reafirmação do trabalho, na vida do indivíduo. Nesse sentido, o trabalho como instrumento de justiça social é inspirado no inconformismo com nossa realidade, onde o direito do trabalho é pautado em uma visão da consciência econômica. (SOUTO MAIOR, 2002, p. 33)

É claro que a intenção maior é a de tornar estas idéias, em idéias dominantes, mas ainda que tal propósito não seja atingido, não perde sentido este esforço, meu e de todos os outros que o encampem, como modo de formação de uma consciência crítica do direito, que permita instrumentalizar uma resistência democrática aos avanços das soluções irrefletidas que se tem pretendido implementar no contexto jurídico trabalhista, buscando tornar concreto o compromisso de lutar pela construção de uma sociedade mais justa e solidária. (sic) (Ibidem, p.33)

Portanto, se realizarmos uma leitura dos projetos de leis, ou qualquer produção, mesmo que científica, com base nos direitos fundamentais e com base na consciência social, como atualmente tem se pretendido, uma leitura do direito do trabalho pautada exclusivamente em números, quer seja de capital investido, ou de emprego (emprego a todo e qualquer custo), veremos que, toda e qualquer forma que vise flexibilizar, ou desregulamentar

as relações de trabalho não tem por objetivo a proteção dos direitos trabalhistas, constituindo-se meras retóricas, com apoio da mídia para retirar direitos conquistados a muito custo para a classe trabalhadora.

CONCLUSÃO

De todo exposto no presente trabalho, podemos concluir que, se realizarmos uma leitura das normas trabalhistas e, por sua vez dos direitos trabalhistas com base nos direitos humanos fundamentais, toda ação tendente a levar a cabo os conceitos da flexibilização fere explicitamente aqueles direitos.

Nesse sentido, importante uma análise do desenvolvimento dos direitos fundamentais, para mostrar uma contradição real, pois de um lado os direitos humanos são tidos como a base, o fundamento do Estado. Contudo, de outro lado, diante do que ocorre, a mensagem que nos é passada é que não passa de uma construção jurídica. Dessa maneira, mesmo que esse caminho pareça difícil, devemos percorre-lo a todo custo, sempre para tratar o homem como fim em si mesmo.

Outrossim, a flexibilização das normas trabalhistas, sejam as dadas como exemplo no trabalho, sejam tantas outras formas, que retiram direitos fundamentais, o que não podemos aceitar, haja vista que vai de encontro com a cláusula de vedação ao retrocesso de direitos humanos. O que se quer dizer com isso é que: há a possibilidade de alterar as regras que regulam a relação de trabalho, desde que não ocasione supressão de direitos dos trabalhadores, o que é ignorado.

Por outro lado, a consciência econômica, que tem como o escopo de introduzir na sociedade brasileira flexibilização do direito trabalho, para assim reduzir direitos tem obtido êxito, propagando a ideia do fatalismo da globalização, que por consequência do desenvolvimento tecnológico a perda de direitos trabalhistas deve ser aceita, pois a modernização das relações trabalhistas é a única forma de salvar a economia.

Fica evidente a tentativa de legitimar a violência perpetrada em face dos trabalhadores, regulamentando-a no ordenamento jurídico brasileiro, para que assim os grandes grupos de capital possam estar protegidos para retirar direitos dos trabalhadores, sob o argumento de modernizar as relações trabalho para que a economia possa continuar a se desenvolver.

Assim, se constata que a flexibilização ocorre a muito, o direito do trabalho já nasceu com a ocorrência desse fenômeno, pois ao olharmos para trás veremos que muitos direitos já se perderam para o bom desenvolvimento da economia. Mas agora vivemos uma época diferente em todos os sentidos, pois estamos chegando no limiar onde máquinas poderão fazer

quase tudo tão bem quanto um trabalhador, sendo necessária uma política de defesa dos trabalhadores.

A história brasileira contribui para isso, já que sempre as grandes modificações do status ocorreu pela movimentação das elites, para satisfazer a pretensão dos grandes grupos aristocratas. Isto é, as revoluções por assim dizer somente ocorrem pela vontade desse, já que o povo em geral sempre esteve alienado com isso, preocupando-se somente em sobreviver e não viver.

Diante disso, necessário desenvolver um pensamento crítico, sem deixar-se contagiar pela constante crise econômica que causa crise social e política, para realizar uma análise da flexibilização dos direitos trabalhistas, seja das formas aqui apresentadas, ou tantas outras formas de otimizar a produção mediante abusos aos trabalhadores.

Portanto, diante disso, se fizermos uma leitura da flexibilização iremos ver que isso não se coaduna com os direitos humanos fundamentais, uma vez que com ela se pretende legitimar a supressão de direitos trabalhistas, o que não se pode permitir, já que os danos causados aos trabalhadores seriam imensuráveis, minando séculos de conquistas sociais.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª Edição, São Paulo: Editora Melheiros, 2015

ANDRADE, Fernando Gomes de. **Direitos de fraternidade como direitos fundamentais de terceira dimensão: aspectos teóricos e aplicabilidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Amicus Curiae V.8, N.8, 2011. Disponível em <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/570/557>> Acesso em Jul de 2016

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Edição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em Abr 2016

_____. Superior Tribunal Federal, ADPF nº 45. Informativo 345 do STF, Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso jul 2016

_____. Assembleia Legislativa, Projeto de Lei 4.962/2016. Altera a Lei 5.452/1943. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1452540.pdf>> Acesso Set 2016

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do direito do trabalho no Brasil: desregulação ou regulação anética do mercado?**. 2007. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. Disponível em <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1194>> Acesso em Set 2016

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Edição VIII. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos**. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013. p. 199-219, Disponível em <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39825/008_delgado_ribeiro.pdf?sequence=1> Acesso em Ago 2016

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª Edição. São Paulo: Editora LTR, 2012

DOCA, Geralda. **Flexibilização da CLT entra na pauta do governo Temer**. O Globo, São Paulo, 22/06/2016. Caderno Economia. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/economia/flexibilizacao-da-clt-entra-na-pauta-do-governo-temer-19353463>> Acesso Set 2016

FONSECA, Maria Hemília, **Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. 2006. Tese de Doutorado PUC – Pontífice Universidade Católica. São Paulo, 2006. Disponível em : <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf>> Acesso Jul 2016

GIACÓIA, Oswaldo. **Sobre direitos humanos na era da biopolítica**. 2008. KRITERION, Belo Horizonte, nº 118, Dez./2008, p. 267-308. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/kr/v49n118/02.pdf>> Acesso em Jun 2016

LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. **A dignidade da pessoa humana: conteúdo, limites e possibilidades**. Discurso Jurídico, V. 4, nº 2, 2008. <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/271/130>> Acesso em Arb. 2016

LIMA, George Marmelstein. **A aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais: crítica á classificação de José Afonso da Silva a acerca da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais**. Fortaleza, abr. 2004. Disponível em: <<http://web51.hosting.xpg.com.br/xpg2.0/0/g/e/georgemlima/critica.pdf>>. Acesso em jul 2016

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Valorização da negociação coletiva e flexibilização das normas legais trabalhistas**. Rev. Jur., Brasília, v. 8, n. 79, p.01-07, jun./jul., 2006 disponível em <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/388/381>> Acesso em Set/2016

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26ª Edição. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012

_____. Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana:** construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007 – acesso abr. 2016 disponível em <[http://www.escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo Wolfgang Sarlet.pdf](http://www.escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo%20Wolfgang%20Sarlet.pdf)>

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>> acesso Abr. 2016

_____. José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo.** 25ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais:** a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414> Acesso em Abr 2016

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana:** uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. Dissertação (Pós-Graduação) – Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA, 2008. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10500>> Acesso em abr 2016

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A Fúria.** Revista LTR, São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1287-1309, 2002. Disponível em <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_furia.pdf> Acesso set 2016

_____, Jorge Luiz. **Aos trabalhadores as batatas.** São Paulo, 13/09/2016, Disponível em <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/aos-trabalhadores-as-batatas>> Acesso em set 2016

_____, Jorge Luiz. **O direito do trabalho frente às mudanças nas relações de trabalho.** Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, v. p. 11-15, 2003. Disponível em

<http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/o_direito_do_trabalho_frente_%C3%80s_mudan%C3%87as_nas_rela%C3%87%C3%95es_de_trabalho..pdf>
Acesso em set 2016

_____, Jorge Luiz **Terceirização**: desabafo, desmascaramento e enfrentamento. Disponível em
<http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/terceiriza%C3%A7%C3%A3o_desabafo_desmascaramento_e_enfrentamento.pdf> Acesso em set 2016

VIGNOLI, Vanessa de Almeida. **Flexibilização da Jornada de Trabalho**: Importância e Limitações. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade São Paulo, São Paulo/SP, 2010. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-04012011-160412/publico/Dissertacao_Vanessa_Vignoli.pdf> Acesso em abr 2016

WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos humanos**: novas dimensões e novas fundamentações. Direito em Debate. Porto Alegre, n 16/17, jan/jun 2002, p. 9-32. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/768/490>> Acesso em Jun 2016