

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

ERLON SILVEIRA LEONARDO

**OS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO E SUA REVISÃO PELO
PODER POLITICO**

MARÍLIA
2008

ERLON SILVEIRA LEONARDO

**OS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO E SUA REVISÃO PELO
PODER POLITICO**

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. Dr. Edilson Donisete Machado

MARÍLIA
2008

LEONARDO, Erlon Silveira.

Pode o poder político retirar ou alterar os direitos sociais do trabalho previstos na constituição federal?/ Erlon Silveira Leonardo; orientador: Ednilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n.], 2008. 63 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Direito de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

1. Direitos Sociais 2. Dignidade da Pessoa Humana 3. Proteção aos Direitos Fundamentais

CDD: 341.2



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
Curso de Direito

Érlon Silveira Leonardo

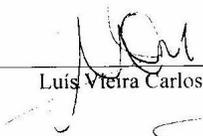
RA: 32722-0

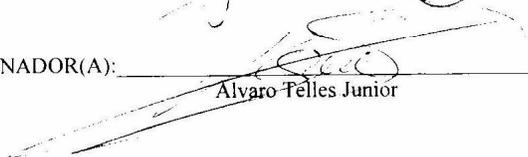
OS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO E SUA REVISÃO PELO
PODER POLÍTICO

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: 100 (02)

ORIENTADOR(A): 
Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR(A): 
Luís Vieira Carlos Júnior

2º EXAMINADOR(A): 
Alvaro Felles Junior

Marília, 23 de setembro de 2008.

DEDICATÓRIA

A JOSIANE

Sempre tão compreensiva e incentivadora em
minha vida.

Agradecimentos

*Ao Prof. Dr. Edinilson
Donisete Machado,*

meu orientador, pelos préstimos e oportunidades criadas, sempre com paciência e compreensão, confiando em meu trabalho e favorecendo meu crescimento e, acima de tudo, por ser um amigo sempre.

A Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

e todos os seus funcionários que, com seriedade e competência, deram-me a oportunidade de formação acadêmico-ciêntifica contida nesse trabalho.

Aos Colegas

que sempre juntos apoiaram-se uns aos outros para que todos tivéssemos um ótimo desempenho.

A Toda Minha Família

a qual agradeço na pessoa do patriarca, meu avô Sr José Leonardo Sobrinho, pois não haveriam paginas para nomear cada um e sua importância para a produção deste trabalho científico e de toda minha formação.

Ao Pessoal da Carona

que por 5 anos me acompanhou nas idas e vindas para a faculdade.

A Cleide

sempre atenciosa e pronta a ajudar.

Agradecimentos Especiais

Ao meu Pai

que sempre apoiou minhas decisões, mesmo quando elas discordavam de suas convicções e sempre disposto e compreensivo para dar as melhores oportunidades de aprendizagem e crescimento.

A Eliana

não só pela grande ajuda nos conhecimentos da língua portuguesa, mas também por todo apoio e consideração.

Ao Meu Irmão Eledir

meu amigo, companheiro de todas as horas, de quem me orgulho profundamente por sua inteligência e capacidade.

Aos Mestres

Dr Luiz Vieira Carlos;

Dr Luis Vieira Carlos Junior;

e Dr Álvaro Telles Junior,

por toda a amizade e principalmente pelo conhecimento passado durante o período de aulas e estágio.

Aos Amigos de Sala

Everson, Fausto, Julia, Paulo e todos os outros que nos últimos anos tornaram-se parte integrante de minha vida.

A PRM Marília e a Defensoria Pública Regional Marília

pelo companheirismo e amizade dos servidores, estagiários e Defensores com os quais tive a oportunidade de conviver.

Marcos Célia e Junior

pela grande amizade, consideração e por me concederem a hora de pertencer a família nos últimos anos.

Ao Dr. César Augusto Luiz Leonardo

Defensor Público com quem estagiei com grande prazer, por todo o apoio e atenção na complementação da presente pesquisa.

Ao Dr. Danilo Moraes

Procurador da Fazenda Nacional, colega dos tempos de PRM, pela dedicação para aperfeiçoamento deste trabalho.

A Vó Maria

pelo amor e dedicação ao longo de toda minha vida.

A Todos

Que de algum modo contribuíram para a realização desse trabalho.

Ao Meu Amor

que sempre junto, se dispôs a me ajudar incondicionalmente, sem você tudo seria mais difícil. Te amo de todo meu coração!!!

A Deus

Glorias Louvores e Honras ao Nome Santo do Senhor Jesus, por ter derramado sobre mim as mais maravilhosas bênçãos, me capacitando e orientando em tudo e por toda a minha vida. A Ti Senhor todo o meu Louvor, Adoração, Exaltação e Gratidão pela conclusão deste trabalho.

Muito obrigado meu Deus por ter me capacitado e abençoado durante todo o curso, muito obrigado meu Senhor, pela vida do professor Edinilson que foi canal de bênção usado por Ti para me abençoar neste trabalho.

No Nome de Jesus é que te agradeço.

Amem!

Epígrafe

Bem-aventurado o homem que acha sabedoria, e o homem que adquire conhecimento (PV 03: 13);

Bem-aventurados os que choram, porque eles serão consolados;

Bem-aventurados os mansos, porque eles herdarão a terra;

Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão fartos;

Bem-aventurados os misericordiosos, porque eles alcançarão misericórdia;

Bem-aventurados os limpos de coração, porque eles verão a Deus;

Bem-aventurados os pacificadores, porque eles serão chamados filhos de Deus;

Bem-aventurados os que sofrem perseguição por causa da justiça, porque deles é o reino dos céus;

Bem-aventurados sois vós, quando vos injuriarem e perseguirem e, mentindo, disserem todo o mal contra vós por minha causa (MT 5: 04 a 11).

Mas ele disse: Antes bem-aventurados os que ouvem a palavra de Deus e a guardam (LC 11: 28).

Bem-aventurado aquele que lê, e os que ouvem as palavras desta profecia, e guardam as coisas que nela estão escritas; porque o tempo está próximo (AP 1: 03).

LEONARDO, Erlon Silveira. **Os direitos sociais do trabalho e sua revisão pelo poder político**. 2008. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

RESUMO

Os direitos do trabalhador, em decorrência do grande desenvolvimento do mercado internacional vem sofrendo varias tentativas de flexibilização. Verificar se o poder político pode retirar ou alterar os direitos sociais do trabalho previstos na Constituição Federal. Aqueles elencados no Artigo 7º da Constituição Federal de 1988, o objeto do presente estudo aborda os Direitos e Garantias Fundamentais nas Constituições, nos seus Limites à Reforma Constitucional, especialmente nas Cláusulas Pétreas e as Proteções que envolvem os Direitos Sociais do Trabalho. Deve ser levado em consideração para o estudo o desenvolvimento histórico com relação aos direitos dos trabalhadores e suas lutas para conquistá-los. A dignidade da pessoa humana é o fundamento desses direitos, e por assim analisar se os direitos trabalhistas aludidos fazem parte do núcleo intangível da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: direitos sociais; reforma constitucional, clausulas pétreas, flexibilização, dignidade da pessoa humana.

SUMARIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPITULO I – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
1.1 Generalidades sobre os Direitos Fundamentais.....	17
1.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais.....	23
1.3 Da Hermenêutica e da Eficácia dos Direitos Fundamentais.....	26
CAPITULO II – SOBRE A CONSTITUIÇÃO E SUAS GARANTIAS.....	30
2.1 Histórico do Constitucionalismo.....	30
2.2 Classificação das Constituições.....	32
2.3 Limitações a Reforma Constitucional.....	35
2.4 Controle de Constitucionalidade das Leis.....	38
CAPITULO III – DAS FORMAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS.....	44
3.1 Histórico.....	44
3.2 Pressupostos para a Proteção dos Direitos Sociais do Trabalho.....	45
3.3 Atuação do Poder Judiciário.....	48
3.4 Da Proteção aos Direitos Sociais.....	49
CONCLUSÃO.....	60
BIBLIOGRAFIA.....	62

INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais, principalmente em nosso país, cada vez mais voltado ao desenvolvimento econômico-financeiro dominado pelo pensamento de globalização e capitalismo, onde a pedra fundamental é a obtenção de lucros monetários ignorando os prejuízos sociais que esse fato pode acarretar, o primeiro alvo a ser atingido são as normas de regulamentação do trabalho, pois sem estas, o custo de produção, no pensamento capitalista dos detentores do poder, tornaria a produção interna do país mais competitiva no mercado externo.

As pressões contra o governo são inúmeras, requerendo medidas legais que flexibilizem com os direitos dos trabalhadores, permitindo que o empregador negocie livremente com seus empregados o contrato de trabalho sem as barreiras de salários mínimos, limites de jornada de trabalho, férias, entre outros.

Temos na Constituição Federal, promulgada em 1988, uma série de direitos trabalhistas elencados no Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo II: “Dos Direitos Sociais”, no artigo 7º, em seus XXXIV incisos e parágrafo único, sendo tais direitos o fundamento para a ordem legislativa nacional os quais dizem respeito ao trabalho e trabalhadores, como também, da própria Consolidação das Leis do Trabalho.

Os direitos fundamentais são chamados de direitos de defesa, pois defendem a sociedade contra ela mesma e contra o Poder.

O presente estudo tem seu foco principal na possibilidade ou não, de flexibilização ou alienação dos direitos dos trabalhadores elencados no Artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, primeiramente, faz-se necessário um estudo sobre Direitos e Garantias Fundamentais, as Constituições, os Limites à Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas e as Proteções que envolvem os Direitos Sociais do Trabalho, para posteriormente analisarmos se os direitos trabalhistas do aludido artigo fazem parte do núcleo intangível da Constituição.

O tratamento dado por nosso ordenamento jurídico e Constituição Federal aos Direitos e Garantias Fundamentais é diferenciado em relação às normas ordinárias, gerando entre outros efeitos uma maior dificuldade para alterá-los, flexibilizá-los, posto que como o próprio nome ilustra são fundamentais, basilares para a legislação ordinária.

A principal questão a ser pesquisada é se os direitos dos trabalhadores trazidos em nossa Lei Maior participam das mesmas atribuições dos “Direitos Fundamentais” e

“Clausulas Pétreas” dos elencados no Artigo 5º da mesma Carta, adquirindo assim a qualidade de imutável, inflexível, destas normas.

O tema da flexibilização é importante no cenário constitucional, então, discutiremos quais os efeitos que esse fato pode gerar na sociedade como um todo, principalmente, nas relações de emprego e na vida do trabalhador sendo, sua possibilidade ou não de flexibilização, o núcleo da pesquisa.

Sobre o tema pesquisado encontramos vários doutrinadores que se manifestam sobre assuntos muito próximos do objeto deste estudo, principalmente, na forma como os direitos constitucionais devem ser analisados e aplicados aos casos concretos, como segue.

É justamente nesta parte da Constituição Federal (Cap. II, Título II, CF/88) que estão dispostos os direitos do trabalhador urbano e rural (art. 7ª, CF/88), os quais, segundo a autora, foram elevados a direitos fundamentais, pois essa foi a vontade o legislador constituinte.

Existem manifestações sobre segurança jurídica e o que a flexibilização poderia acarretar a essa segurança, posto que sem uma norma firme e certa, o ordenamento ficaria sem sustentação, se as normas, mesmo a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, forem alteradas indiscriminadamente levariam todos a uma insegurança jurídica, pois, não haveria onde se apoiar, nessas condições até mesmo o Judiciário perderia seus fundamentos.

Outros doutrinadores colocam como fundamento para a manutenção dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana:

É lembrado também da importância do Estado na obrigação de sustentar, com o mínimo necessário, o trabalhador que é hipossuficiente, incapaz de garantir seus direitos contra o empregador e detentor do poder de negociação, assim, fica claro também, o destaque apresentado sobre a proteção especial que a Constituição Federal de 1988 tem, desta forma se pode comprovar que há muito a ser estudado e discutido dentro de presente tema, pois o entendimento dos estudiosos do direito tem se contradito com os interesses do Mundo Capitalista e talvez, até mesmo, do Governo nacional.

Há que se esclarecer ainda na presente pesquisa saber se os direitos dos trabalhadores elencados no art. 7º da Constituição Federal de 1988, são realmente direitos fundamentais e quais seus efeitos, ou se constituem apenas um pensamento minoritário da doutrina.

O presente estudo se fará baseado em pesquisa bibliográfica de livros e artigos publicados em Revistas especializadas, também será levado em consideração a letra da lei, a Constituição Federal de 1988, a Consolidação das Leis do Trabalho, e eventuais manifestações dos Poderes Legislativo e Judiciário de grande repercussão, sobre o assunto,

que venham a acontecer durante o desenrolar da pesquisa.

No que diz respeito à pesquisa bibliográfica, relacionando os livros de Direitos do Trabalho e de Direito Constitucional, principalmente, será extraída a concordância ou discordância entre os doutrinadores dessas matérias em relação ao problema do estudo que é a possibilidade de Flexibilização das Normas Trabalhistas enumeradas na Constituição Federal.

As traduções dos textos pesquisados em língua estrangeira foram elaboradas segundo o entendimento do presente pesquisador, podendo-se encontrar nas fontes bibliográficas de onde foi extraído, o original.

Tendo em vista que é um tema polêmico e muito atual, artigos retirados de revistas especializadas também serão confrontados entre si e contra a doutrina dos livros, o que trará mais riqueza a pesquisa ora proposta, neste mesmo sentido, em havendo, serão confrontadas manifestações dos Poderes Legislativo e Judiciário, entre si e a doutrina majoritária sobre o assunto, incluindo o parecer do pesquisador.

O estudo terá seu fulcro em constatar, se pode o Poder Político retirar ou alterar os direitos sociais do trabalho previstos na Constituição Federal de 1988, por meio de pesquisa empenhada pelos meios apresentados supra, a fim de esclarecer a todos os interessados sobre o assunto.

CAPITULO I – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para um melhor entendimento do presente trabalho se faz necessário, preliminarmente, um breve estudo sobre os Direitos fundamentais, pois estão diretamente relacionados aos Direitos Sociais do Trabalho, para reconhecimento, entre outros fatores, de sua importância, e da indispensável necessidade de sua existência, o porquê foram criados, entre outros. Desta forma passando a expor.

1.1 Generalidades sobre os Direitos Fundamentais

De início, podemos dizer que direito é uma faculdade de fazer ou não fazer alguma coisa, podendo ser legal, de acordo com o princípio da legalidade o qual diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não por força de lei; ou natural, pelo qual pode-se remeter ao próprio direito natural, aquele que existe inerente a cada indivíduo naturalmente.

Os direitos fundamentais, como o próprio nome diz, foram criados com o intuito de servir como base ao ordenamento jurídico como um todo. São aqueles direitos que o legislador qualifica como fundamentais, indispensáveis ao ordenamento jurídico e à própria vigência do direito, não deixando a livre atuação dos direitos naturais e tampouco o Poder Estatal aproveitar-se de sua autoridade para oprimir a impotente população (Lenza, 2007, p. 693).

Originalmente, existem duas concepções sobre os direitos fundamentais. De um lado, há quem defenda que os direitos fundamentais podem ser todos aqueles especificados na Constituição Federal, de acordo com o Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, englobando tal título, cinco capítulos sendo: Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; Capítulo II “Dos Direitos Sociais”; Capítulo III “Da Nacionalidade”; Capítulo IV “Dos Direitos Políticos” e Capítulo V “Dos Partidos Políticos”. De outra banda, existem vozes no sentido de que os direitos fundamentais são aqueles direitos cuja Constituição dá um maior grau de garantia e segurança, as chamadas de Clausulas Pétreas que serão apreciadas posteriormente neste trabalho.

Os direitos fundamentais têm por característica colocar o indivíduo em seu centro, ficando a sociedade e o Estado a seu dispor, desta forma estes dois institutos têm que se portar de acordo com esses fundamentos, pois não estão presentes e influentes só para o Estado, mas

para toda a sociedade, por serem garantias e valores morais coletivos.

Os direitos fundamentais podem ser vistos como direitos de defesa dos cidadãos, pois impedem o Estado de intervir nas relações jurídicas particulares, o que lhes permite a fruição do exercício de seus direitos.

O primeiro objetivo dos direitos fundamentais é proteger a liberdade individual contra a interferência das autoridades públicas, pois são direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, como já vimos anteriormente, o primeiro capítulo da Constituição Federal, dentro do título dos direitos fundamentais é o que trata dos direitos e deveres individuais. Este entendimento foi firmado durante o desenrolar da história nas constituições de vários países.

Isso ocorre devido a quantidade de princípios inseridos dentro dos direitos fundamentais que estabelecem uma ordem de valores, como o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Outro ponto de destaque para que o primeiro objetivo dos direitos fundamentais seja a proteção da liberdade individual é que são os próprios direitos fundamentais que trazem às leis o parâmetro de até onde podem chegar, ou seja, são os direitos fundamentais que limitam a lei e não o ordenamento jurídico.

Nesse sentido temos o entendimento do doutrinador Sarmiento (2006, p. 106) que segue transcrito abaixo:

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de um ordenamento jurídico, seus efeitos não podem se resumir a limitação jurídica do Poder Estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos campos do ordenamento jurídico impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Com tal esclarecimento, não é difícil de se entender a abrangência dos direitos fundamentais dentro de uma organização de Estado como o que nossa sociedade vive hoje, o que nada mais é do que outro ponto de referência relativo à importância desses direitos, pois de forma geral são eles que regem a sociedade como um todo.

Quanto à titularidade dos direitos fundamentais, seguindo o entendimento de Vieira (2006), deve ser visto com cautela pelo fato de que esses direitos se iniciam com os pronomes “todos” ou “ninguém”, o que dá uma visão universal de sua abrangência.

É certo que os direitos fundamentais, até por uma exigência moral, deveriam ser distribuídos de maneira igualitária entre todas as pessoas. Ocorre que, de fato, a Constituição separa alguns direitos fundamentais, especificamente, para alguns grupos de minorias, por exemplo, índios, idosos, deficientes etc.

Essa distribuição aparentemente desigual, na realidade, tem o intuito de igualar essas minorias, teoricamente, hipossuficientes, com a média geral da sociedade.

Partindo desse pressuposto tem-se a resposta segundo Vieira (2006, p.44):

Afinal, são titulares dos direitos fundamentais todos que estejam sob a jurisdição do Estado Brasileiro ou apenas aqueles que, sendo brasileiros ou estrangeiros, aqui residem? [...] Os direitos fundamentais devem se aplicar a todos que estejam sob a jurisdição do Estado Brasileiro [...] Assim, é evidente que um imigrante ilegal não pode ser torturado só porque não tem 'status' de estrangeiro residente no país. Evidente, também, que o imigrante ilegal não se encontra protegido por uma série de outros direitos assegurados pela Constituição.

Por outro lado, quem são os sujeitos obrigados pelos direitos fundamentais?

Em uma primeira visão, entende-se que os direitos fundamentais são oponíveis ao Estado, o que lhe gera a obrigação de reparti-los e de garantir a sua efetividade. Em relação às pessoas individualmente, já existe a consciência moral de que deve-se respeitar o outro em razão da convivência harmônica em comunidade.

Ressalvado o fato de que o ônus do respeito entre os indivíduos é menor do que o do Estado, obrigações existem, tanto para respeito, quanto para garantia dos direitos fundamentais.

Não se pode deixar de mencionar, mesmo não sendo o foco do presente trabalho, que os direitos fundamentais se aplicam também às relações privadas, ou seja, entre particulares, como salienta Lenza (2007, p. 700/701).

Nessa linha poderá o magistrado se deparar com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (arts. 1º, IV, e 170, *caput*) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro.

Não pode deixar de ser mencionado um ponto muito importante para o entendimento da matéria em referência: o fato de que direitos fundamentais e garantias institucionais são institutos diferentes, mas estão intimamente ligados.

Garantias são os meios pelos quais o indivíduo efetiva o seu direito individual juntamente com a liberdade civil e política. Os direitos em geral, incluindo os fundamentais, precisam da garantia para se efetivarem, pois, senão seriam apenas normas escritas e positivadas, porém sem eficácia ou validade real.

Com as devidas garantias, as palavras de Sarmiento (2006, p. 125) - "os direitos

fundamentais deixaram de ser considerados como meros limites para o ordenamento e se converteram no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional” - traduzem todo o espírito e necessidade dos direitos fundamentais.

Em se falando de espírito dos direitos fundamentais, esses devem servir de base para o ordenamento jurídico do país que os acolhe de acordo com sua valorização. Dessa forma, haverá uma humanização tanto da criação quanto da aplicação da norma, pois passando pelo filtro do sentido dos direitos fundamentais, mais se aproximará a norma do contexto constitucional, fazendo-se mais justa de acordo com o esperado na criação de seus fundamentos.

São os direitos fundamentais aqueles que trazem à lei os parâmetros de até onde podem chegar, ou seja, são os direitos fundamentais que limitam a lei e não a lei que os limita.

Em nosso país, os direitos fundamentais e sua eficácia passaram a ser ainda mais fortes com a Constituição Federal de 1988, que os colocou como o centro da Constituição.

Com relação a natureza jurídica dos direitos fundamentais, segue o pensamento de Morais (2006, p. 25):

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os Direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma síntese, determina tal fato dizendo que a norma definidora dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente.

Com relação ao estudo ora apresentado é indispensável uma introdução quanto aos Direitos Humanos, por sua importante influência no ordenamento jurídico atual e também, pela sutil diferença existente entre esses direitos e os Direitos fundamentais.

Para melhor compreensão dos direitos humanos se faz necessária uma análise conceitual, mas a maioria das definições é tão vaga que nenhuma delas é capaz de apresentar um conceito nítido com limites definidos do que realmente são esses direitos.

Segundo entendimento doutrinário, não é possível definir exatamente o que são Direitos Humanos em poucas palavras, assim há orientação para que o termo seja analisado como um conjunto de expressões que tendem a um significado próximo.

Uma das definições mais aceitas, nos dias de hoje, é a dada por Luño (2003, p. 48),

em sua obra “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion”, como segue:

Nesse conteúdo os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, a liberdade e a igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

De acordo com essa definição pode-se dizer que os direitos humanos são as necessidades das pessoas que têm que ser supridas, e foram descobertas ou formadas com o passar do tempo através de análises históricas, que é o melhor meio para se entender de forma mais real o que esses direitos realmente são.

São encontrados, nos direitos humanos, inúmeros direitos e princípios inspirados nos direitos naturais. Em uma análise histórica, não é difícil verificar que direitos políticos, de liberdade e de igualdade vieram da secularização de um direito natural cristão.

Voltando-se para o direito anglo-saxão, a época das colônias americanas, descobriu-se que alguns direitos não poderiam ser aplicados somente a um grupo, mas a todas as pessoas: “Os Direitos humanos funcionam, em outra perspectiva, como bandeira na luta reivindicatória das pessoas e dos grupos que se consideram marginalizados de seu desfrute” (LUNO, 2003, p. 22).

Quanto mais é aplicado o termo Direitos Humanos, mais seu significado é ampliado e conseqüentemente, torna-se mais impreciso, em que o pensamento de Lunõ, p. 23 se traduz da seguinte forma: “É correto afirmar que os Direitos Humanos são produto da progressiva afirmação da individualidade”.

Os direitos humanos não devem ser considerados com um único sentido para os seus significados. Um dos melhores exemplos da confusão de entendimentos com relação ao significado de Direitos Humanos é o pensamento, de acordo com Lunõ (2003, p. 30), de que os Direitos Fundamentais “são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais”, pelo fato de os Direitos Fundamentais serem os que regulam as relações entre o Estado e as pessoas naturais, sendo o fundamento do ordenamento jurídico.

É difícil distinguir, com precisão, a diferença exata desses dois direitos, tanto que, a própria Convenção Européia usa a expressão Direitos Fundamentais para se referir à Direitos Humanos positivados; e a expressão Direitos Humanos é mais utilizada quando se trata de convenções ou tratados internacionais.

Os Direitos Humanos, que evoluíram dos pensamentos jusnaturalistas racionalistas não ficaram no passado, eles ainda existem nos dias de hoje e interferem diretamente no dia a

dia das pessoas. Estão presentes nas discussões e teorias, com o estudo de seu passado para que se justifique o seu presente.

As constituições modernas foram inspiradas nos Direitos Humanos, como sendo estes, direitos absolutos, imutáveis, independente de qualquer situação em que eles sejam aplicados.

Nos dias de hoje, devemos entender a expressão direitos do homem da forma mais clara possível, para tanto temos a definição de Lunõ (2003, p. 48):

“Nesse conteúdo, os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, a liberdade e a igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”.

Por esses aspectos tem-se que a liberdade sempre foi motivo de luta junto aos Direitos Humanos e hoje, é considerado como sendo um dos direitos mais importantes da atualidade, pela doutrina.

No entendimento de Bonavides (2001), só existe distinção em relação às regiões do mundo em que são utilizados, sendo Direitos Humanos ou Direitos do Homem, nomenclaturas mais utilizadas entre os juristas dos países anglo-americanos e latinos e, Direitos Fundamentais, mais utilizados por doutrinadores alemães. Tal posicionamento não é aceito por todos os doutrinadores, mas este é um aspecto que não interfere no foco do trabalho apresentado.

Segundo esse entendimento, pode-se dizer que os direitos fundamentais, na realidade, nada mais são do que direitos do cidadão contra ou em relação ao próprio Estado, sendo um direito de liberdade que impede o Estado de invadir a vida dos cidadãos de forma a prejudicá-los.

Segundo Canotilho (1998 ,p. 359), Direitos Humanos podem ser distinguidos de direitos fundamentais por serem direitos válidos em qualquer tempo, a todo ser humano, “Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal”.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles direitos relacionados ao ser humano, garantidos juridicamente e limitados no tempo e espaço.

Mesmo com todas as definições teóricas que se pode dar, é certo o entendimento de que nenhuma delas é capaz de resolver toda a discussão em torno do tema Direitos Humanos. O importante é que da efetivação desses direitos deve haver uma interpretação, a mais ampla

possível, para que haja um maior número de beneficiários e direitos assegurados às pessoas.

1.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Passa-se a partir de então, com os primeiros esclarecimentos feitos em relação aos direitos fundamentais, à discussão quanto a divisão histórica existente nos direitos fundamentais, chamado pela doutrina de gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, que a princípio foram três, manifestando-se de formas sucessivas com objetivo de concretizar os pensamentos revolucionários existentes à época.

1.2.1 Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais

Nas palavras de Bonavides (2001, p. 517), “são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem de instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos”.

Tais direitos foram influenciados pelo pensamento revolucionário francês do século XVIII, liberdade, igualdade e fraternidade, existindo como titular dos direitos fundamentais de primeira geração, o indivíduo, cidadão que deve se utilizar desses direitos para resistir a opressão do Estado, pois essa geração tem por fulcro a valorização do homem individualmente.

Historicamente, esses direitos têm melhorado com o passar do tempo, tornando-se cada vez mais fortes e consolidados, como ilustra Bonavides (2001, p. 517) - “A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo do que a empobrecê-lo: os direitos de primeira geração [...] não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão”.

Hoje em dia, os direitos fundamentais de primeira dimensão estão consolidados nos países constitucionalistas com pequenas variações de acordo com o modelo de sociedade em que vivem, como confirma o pensamento do doutrinador acima transcrito.

1.2.2 Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais

Os primeiros pensamentos quanto a esses direitos de segunda dimensão têm seu início no século XX, sendo os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, que surgiram dentro de constituições de Estados Sociais (Bonavides, 2001, p. 518).

O fundamento basilar dos direitos fundamentais de segunda geração, sem dúvida, é o princípio da igualdade, sem o qual não haveria motivo para a existência desses direitos.

A princípio, os direitos de segunda geração, assim como os de primeira geração, foram motivo de grande discussão tanto no âmbito político como filosófico da época, passando a fazer parte integrante da maioria das constituições no período pós-guerra.

Outro motivo que gerou dúvida quanto à efetividade dos direitos fundamentais de segunda geração foi o fato de terem uma natureza de contra prestação do Estado em relação à sociedade e que, na maioria das vezes, não traria retorno.

Antes da consolidação dos direitos de segunda geração, os direitos sociais eram aplicados em segundo plano, de acordo com a vontade do legislador, passando posteriormente a ter uma aplicabilidade imediata, tal qual os direitos de primeira geração.

Os direitos fundamentais, principalmente, os de segunda geração, não podem ser considerados somente como direitos de liberdade, mas, conjuntamente, como direitos e garantias institucionais.

1.2.3 Terceira Dimensão dos Direitos Fundamentais

Podem ser chamados de direito da fraternidade, que grande parte da doutrina entende como sendo de direitos ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente, entre outros (Bonavides, 2001, p. 523).

São dotados de grande influência humanística e de universalidade das relações sociais, começando a transparecer, no fim do século passado, com os direitos que não tem por foco, unicamente, a proteção dos direitos individuais.

Os direitos fundamentais de terceira geração encontram seu centro no gênero humano, ou seja, na humanidade como um todo que emergiu de forma natural após tantos anos de descobrimentos e experiências com os direitos fundamentais. Pode-se dizer que os direitos de terceira geração surgiram como um reflexo dos temas de desenvolvimento humanístico, à paz, ao meio ambiente e comunicação e patrimônio comum da humanidade.

Existem jusfilósofos que entendem que os direitos de terceira geração, na realidade, deveriam ser denominados de direito ao desenvolvimento, pelo fato de as características principais desses direitos serem a fraternidade e a solidariedade.

Esse direito ao desenvolvimento tem inserções tanto no campo do indivíduo quanto contra o Estado, sendo em relação ao indivíduo, tratamentos relacionados à saúde, à

alimentação e ao trabalho.

Em relação ao Estado, fica o dever de levar-se em conta a população que se encontra sobre sua égide, o auxílio recíproco entre os países de seu interesse, para que em momentos de dificuldade possa ter onde encontrar aliados e, por fim, talvez o mais importante, ter uma política de coordenação da economia.

1.2.4 Quarta Dimensão dos Direitos Fundamentais

No Brasil, encontramos o doutrinador Bonavides (2001) que é um dos únicos, se não o único que entende que existam os direitos fundamentais de quarta dimensão, que seriam os direitos à democracia, à informação e o direito ao pluralismo.

Seguindo a referência do mesmo autor (2001), cuja ideologia será utilizada por todo o presente tópico, tendo em vista que é um dos poucos que se refere a essa quarta geração de direitos fundamentais, há a necessidade de a sociedade estar aberta ao futuro, para uma espécie de globalização dos direitos fundamentais, como explicita (2001, p. 524): “A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração”.

Sendo a democracia, de forma positivada, realmente vigente na sociedade, um direito fundamental de quarta geração tem de ser materialmente possível, livre da interferência manipuladora da mídia.

É ressaltado, ainda, pelo autor, que os direitos de quarta geração de modo algum prejudicam os direitos individuais de primeira dimensão, os sociais de segunda dimensão, os de terceira dimensão, sendo esses os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, muito pelo contrário, auxiliam-lhes em sua infra-estrutura e eficácia.

Nas exatas palavras, Bonavides (2001, p. 525) transcreve-se o trecho abaixo:

Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações anteriores como absorvem – a subjetividade dos direitos individuais, a saber os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Em sendo assim, se faz claro que os direitos fundamentais de quarta dimensão vêm para dar força e efetividade aos de segunda e terceira dimensões e absorvem todo o espírito e

protecionismo ao indivíduo dos direitos de primeira geração.

Após toda a explanação supra, pode-se afirmar que os direitos fundamentais de segunda, terceira e quarta dimensões não se interpretam, concretizam-se. E é exatamente nesse ponto que se encontra o fundamento da globalização política que é o princípio da legalidade.

Por fim, ressalta o Bonavides (2001, p. 526) que: “os direitos de quarta geração compreendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”.

1.3 Da Hermenêutica e Eficácia dos Direitos Fundamentais

Pelo entendimento observado até o momento no presente tema, já se fez clara a importância dos direitos fundamentais não só para o ordenamento jurídico, mas também, e, principalmente, para a sociedade que é por eles protegida, que com certeza têm uma forma de interpretação e aplicação diferenciada em relação às outras normas.

Levado-se em consideração que a Constituição Federal deve ser interpretada de uma forma diferente em relação a uma lei comum, pois além de lei é também um direito.

É fato que toda norma constitucional se sobrepõe à legislação ordinária, o que não é diferente em relação aos direitos fundamentais, acrescentando-se a isso uma posição especial, também, dentro do próprio ordenamento constitucional, como se vê a do doutrinador Vieira (2006, p. 49): “Em outras palavras, deu-se aos direitos fundamentais uma posição de supremacia não apenas frente às normas infraconstitucionais, mas também sobre atos que se incorporam à Constituição”.

No mesmo sentido, Vieira (2006, p. 48) continua seu pensamento: “Ainda no que se refere à hierarquia das normas de direitos fundamentais, a CF estabelece, por intermédio de seu art. 60, §4º, VI, que não poderão ser objeto de deliberação as emendas tendentes a abolir ‘os direitos e garantias individuais’”.

A Constituição Federal dá às normas de seu conteúdo um peso igualitário, mas os interesses ou valores contidos nos direitos fundamentais devem se sobrepôr aos outros em razão de serem os fundamentos do ordenamento jurídico vigente.

É de se ressaltar ainda que a posição hierarquicamente superior dos direitos fundamentais pode ser vista como uma forma de fiscalização em relação aos entes administrativos e legislativos do Poder.

Vale lembrar que a Constituição Federal é a base de todo ordenamento jurídico, não

existindo lei fora da Constituição, no sentido de que se houver algum projeto de lei ou qualquer ato normativo dentro do ordenamento jurídico vigente e for verificado que existe contradição entre o espírito da lei e o da Constituição, a lei se quer entrara em vigor.

Para descobrir qual o espírito da Constituição, ressaltando que a expressão espírito vem sendo usado de forma figurada neste trabalho, se faz necessária a interpretação da norma Constitucional e, entre outros tantos motivos, é o que faz da interpretação da Constituição Federal algo tão excepcional em relação à interpretação de outras leis.

1.3.1 Interpretação dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, como o próprio nome diz, são indispensáveis, basilares, sem os quais, a grande maioria dos direitos públicos ficaria com sua estruturas abalada, em virtude do supra citado no tópico anterior.

Esses direitos têm como principal característica um caráter de proteção pessoal do cidadão, por isso todas as teorias referentes aos direitos fundamentais e a forma de sua interpretação têm que se pôr a satisfazer essa proteção.

Para se interpretar os direitos fundamentais é preciso analisar cuidadosamente o contexto histórico-cultural, para que haja um entendimento quanto à vontade do legislador constituinte, focando o seu conteúdo no objetivo principal, que é a proteção do indivíduo e a resolução material do problema.

É evidente, que nem toda doutrina aceita que os direitos fundamentais e, até mesmo, as constituições sejam interpretadas de uma maneira totalmente diferente de leis comuns, mas ainda assim, entendem que não é absolutamente ordinária a forma de sua interpretação.

Se faz muito bem esclarecido o parágrafo anterior com o comentário feito por Paulo Bonavides (2001, p. 536):

O jurista Karl Korinek, embora não aceite a distinção entre os métodos interpretativos aplicados ao Direito Constitucional e aqueles utilizados nas demais disciplinas jurídicas – o que, em última análise, implica uma restrição à nova hermenêutica – , admite, todavia, que a interpretação constitucional, e, por via aditiva, acrescentamos nós, a dos direitos fundamentais, se reveste de características especiais decorrentes da singularidade de sua problemática, do lugar que a Constituição ocupa no sistema global da ordem jurídica e das amudadas interpretações conceituais estampadas nos contextos constitucionais.

Diante da grande importância dos direitos fundamentais, há entendimento de que a

melhor forma de interpretá-los é literalmente, um entendimento estrito ao trazido pelas palavras do legislador, portanto, deve ser utilizada de forma preferencial sobre todas as outras formas de hermenêutica constitucional, pois assim, não haverá possibilidade de ser desprezado o foco principal desses direitos.

1.3.2 Eficácia dos Direitos Fundamentais

De nada adiantaria dar tanta importância aos direitos fundamentais e à sua interpretação diferenciada, se esses não se fizessem eficazes, pois existindo somente no papel, não haveria proteção ao indivíduo entre outros.

Há entendimento de que não são as leis que efetivam os direitos fundamentais, mas sim esses direitos que efetivam as leis, tendo em vista que se essas leis não se encontrarem de acordo com os direitos fundamentais, como mencionado anteriormente no presente trabalho, teoricamente nem entrariam em vigor.

A eficácia dos direitos fundamentais dá-se por dois fatores: jurídico e cultural. Jurídico, pelo motivo anteriormente levado em consideração, no sentido de que as outras normas têm que estar contidas dentro do sentido dos direitos fundamentais e também na aplicação ao caso concreto, ou seja, na jurisdição; e cultural, porque a população deve conhecer e reivindicar os direitos que os guardam.

O aspecto jurisdicional e legislativo são os mais relevantes com relação à eficácia dos direitos fundamentais, pois o juiz tem a função de aplicar o direito ao caso concreto, é o juiz que torna real e efetivo o direito na vida social, no momento mais importante, que é justamente quando são desrespeitados.

A jurisdição em nosso país é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, órgão ao qual, no entendimento deste pesquisador, recai, com maior peso, a aplicação dos direitos fundamentais, principalmente, no que diz respeito a intenção desses direitos, pois é o órgão estatal que mais tem contato direto com a população e, em um pólo específico, que são os seus problemas.

Para se ter uma real efetivação da própria Constituição e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais; é indispensável a consciência social da população requerendo a efetivação e aplicação imediata de seus direitos, sobretudo os fundamentais.

São os direitos fundamentais que trazem à Constituição um parâmetro à atuação, como afirma Bonavides (2001, p. 544): “não há constitucionalismo sem direitos

fundamentais”.

Esse controle de constitucionalidade trazido pelos direitos fundamentais, no sentido de que todas as normas e sua aplicação tem em seu centro o espírito de proteção aos direitos fundamentais, não ser tomado apenas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade abstrato, mas sim por cada operador do direito nos casos concretos do dia a dia, tendo por obrigação a aplicação da essência dos direitos fundamentais em tudo o que fazem.

Segundo alguns doutrinadores, os direitos fundamentais têm uma eficácia irradiante, no sentido de que os valores que são o centro dos direitos fundamentais, de acordo com Sarmiento (2006, p. 124) “penetrem por todo ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário”.

Essa nomenclatura, eficácia irradiante, trazida por Sarmiento, traduz o sentido original dos direitos fundamentais, tendo de fato que irradiar, não se conter em si mesmo, atingindo a tudo e todos que estão ao seu redor, influenciando todo o sistema operacional do direito dentro de um determinado ordenamento jurídico.

Ao Poder Público como um todo, não resta somente manter íntegros os direitos fundamentais, tem também a obrigação de protegê-los contra terceiros, pois as políticas neoliberais de globalização, que começam a existir, desarmam e enfraquecem os meios de proteção aos direitos fundamentais, principalmente, os de natureza social. Cabe-lhe, portanto, dar possibilidade de uma efetivação mínima desses direitos para que não fique só na teoria.

Assim, encerradas as disposições preliminares quanto aos direitos fundamentais e sua importância, constatando que a Constituição Federal dá às normas de seu conteúdo um peso igualitário; deve-se ressaltar que interesses ou valores contidos nos direitos fundamentais têm que se sobrepor aos outros em razão de serem os fundamentos do ordenamento jurídico vigente, passa-se no segundo capítulo, a análise das constituições e suas garantias, que somadas aos direitos fundamentais formam a proteção aos direitos sociais do trabalho.

CAPITULO II - SOBRE AS CONSTITUIÇÕES E SUAS GARANTIAS

Conforme demonstrado no capítulo anterior, os direitos fundamentais são indispensáveis para o bom entendimento do presente tema, somando-se a isso, se faz necessário, para melhor intelecção, demonstrar a evolução histórica do Constitucionalismo, as formas de Constituição e de controle de constitucionalidade, pois todos influenciam os direitos sociais do trabalho e a sua intangibilidade.

2.1 Histórico do Constitucionalismo

O constitucionalismo é visto pela maior parte da doutrina como sendo apenas uma data do aparecimento das primeiras constituições escritas, em meados do século XVIII. Há quem associe o surgimento do fenômeno a vários momentos e não a um só.

Bester (2005, p. 28), citando Canotilho, conceitua constitucionalismo como a “teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Deveras, trata-se de uma limitação do poder do Estado para garantir alguns direitos e liberdades do povo.

O pensamento de soberania constitucional teve início nos EUA e na França, colocando as Constituições em um patamar superior de respeitabilidade em relação às outras leis, fundando-se no entendimento de que a Constituição baseia-se na vontade popular, mesmo que indiretamente, por seus representantes políticos.

O Constitucionalismo Liberal Clássico, que tem como base o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, diz que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada ou determinada a separação dos Poderes, não tem Constituição”.

Esse modelo de Constitucionalismo apoiou-se, principalmente, no movimento de liberdade da revolução, firmando-se em direitos contra o Estado; deixando, em um segundo estágio, os direitos de igualdade e fraternidade. Visando a limitação de quem exerce o Poder, dando direitos às pessoas iguais ou maiores do que o do próprio Estado.

Toda essa idéia teve início na Revolução Francesa e se aplica até os dias de hoje em nossa Constituição.

O Constitucionalismo Social é uma fase desse movimento em que começam a fazer parte os direitos sociais e do trabalho no corpo das constituições, na intenção de se realizar os

direitos de igualdade, forçando o Estado a efetivar esses direitos, direcionando-o para a realização do bem estar social.

Em nosso país, o Constitucionalismo Social sempre teve, e ainda tem, grande peso no ordenamento jurídico constitucional, sendo majoritário o entendimento da doutrinadora Bester, (2005, p. 53) abaixo transcrito:

No Brasil, a Constituição de 1934 é tida como uma versão sul-americana da Constituição de Weimar. Direitos sociais e preocupação coletiva seriam retomados, após, na Constituição de 1946, chegando ao seu ápice na CF/88, também alcunhada por Ulysses Guimarães de Constituição Generosa, em face da ampla gama de direitos que vincula e ao fato de ter alargado a proteção dos hipossuficientes, seguindo a orientação do constitucionalismo alemão da época de Weimar: aos que têm menos na vida, mais no Direito.

O Constitucionalismo Liberal, por sua vez, tem como maior característica, a intenção de reforma constitucional, supostamente como um dos reflexos da globalização atual, para retirada de algumas normas que geram a chamada ingovernabilidade, sob a desculpa de que não é possível dar a essas normas perfeita efetividade; juntando-se a isso, o interesse dos empregadores de retirar da Constituição os direitos dos trabalhadores, com a escusa de que esses direitos barram o crescimento do mercado, em razão do auto custo das relações de trabalho.

Esse movimento liberalista conflita diretamente com o anterior, social, por ter como idéia principal a retirada dos direitos que protegem as classes mais desprovidas da sociedade, que de alguma forma já vem ocorrendo dentro do ordenamento jurídico brasileiro como demonstra Bester (2005, p. 55):

Esse processo de quebras de monopólios geralmente passa por reformas às Constituições, constituindo no Brasil pós-88 um ciclo de emendas constitucionais alcunhadas por Paulo Bonvides de 'reforma da governabilidade', reputadas pelo Poder Executivo como essenciais ao plano de estabilização econômica.

Mais recentemente pode-se começar a falar em um novo movimento que seria denominado de Constitucionalismo Comunitário que nada mais é do que a tentativa que passou a ser discutida a partir de 2000 de uma possível legislação supra-constitucional que valeria como Constituição para vários países, do qual parece estar mais próximo de ocorrer na União Européia, mas ainda é algo muito novo, mesma para uma comunidade internacional tão organizada e desenvolvida.

2.2 Classificação das Constituições

Para que seja melhor entendido o porquê do problema deste trabalho, deve-se atentar para as formas de Constituição e às garantias existentes em nosso ordenamento, pois uma Constituição Federal pode ser vista quanto ao conteúdo, a forma, ao modo de elaboração, a mutabilidade ou estabilidade, a origem e quanto a extensão.

Do ponto de vista material, deve ser considerado como sendo a base da estrutura política e administrativa do Estado. Isso diz respeito ao tipo de Estado, forma de governo, garantias individuais etc, normas intangíveis e, no aspecto formal, entende-se como sendo a diferenciação entre as normas contidas na Constituição e uma lei ordinária.

Não sendo outro o entendimento de Bonavides (2006, p. 80) com relação à materialidade constitucional:

Do ponto de vista material a Constituição é um conjunto de normas pertinentes à organização do Poder, à distribuição de competência, ao exercício da autonomia, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.

As Constituições também podem distinguir-se por serem escritas ou não escritas. As escritas, na maioria das vezes, se apresentam de duas formas: como constituições codificadas ou constituições legais. Aquelas que são encontradas inteiramente em um único texto são chamadas codificadas, ao contrário das constituições legais ou constituições escritas não formais, que apesar de também serem escritas têm seus textos separados, dispersos dentre a legislação vigente.

Mario Gonzáles afirma que “Pode dizer-se que constituições escritas são aquelas que foram promulgadas pelo órgão competente; Constituições não escritas ou consuetudinárias aquelas que a prática sancionaram ou impuseram”. Citado por Paulo Bonavides (2006, p. 85).

As Constituições rígidas, como a própria nomenclatura proporciona, são aquelas em que são encontradas trâmites mais rígidos para sua alteração, do que para modificar uma lei comum, sendo este o motivo pelo qual a maioria dos Estados modernos se utilizam desse tipo de Constituição nos dias de hoje, como se vê do entendimento doutrinário de Bonavides (2006, p. 296): “As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam”.

Por outro lado, as Constituições flexíveis, por sua vez, não apresentam nenhum requisito especial para que sejam alteradas, bastando que seja observado o processo de criação

ou alteração da legislação ordinária. A Constituição da Inglaterra seria o melhor exemplo de Constituição flexível na atualidade.

Existem doutrinadores que entendem que toda Constituição escrita é rígida e, conseqüentemente, toda consuetudinária é flexível, mas isso não é verdade em relação ao entendimento de outra corrente doutrinária, quando demonstra que a Constituição francesa, anterior a de 1789, era consuetudinária e continha normas rígidas.

Pode-se falar ainda em três modalidades básicas de Constituições que se diferenciam pelo ponto de vista histórico e também pelo doutrinário, sendo Constituições Outorgadas, Constituições Pactuadas e Constituições Populares.

A Constituição Outorgada apresenta uma pequena limitação da autoridade do Estado sobre seus governados e, com isso, passam a existir alguns direitos e garantias jurídicas, como também políticas. Politicamente falando, esse tipo de Constituição é uma forma de dividir poder com o povo, mesmo que seja uma pequena parte. Do ponto de vista jurídico, pode-se dizer que é a imposição da soberania do Estado. São exemplos: a Carta de Luís XVIII, em 1814, a Constituição Imperial Brasileira de 1824, a Constituição Japonesa de 1889, entre outras.

A Constituição Pactuada surge da competição ou disputa de poder entre a realeza e o povo, é uma forma institucional de monarquia limitada. Nesse tipo de Constituição sempre há um lado que se diz superior ao outro, acabando por ser um contrato unilateral. São os melhores exemplos a Constituição Francesa de 1791, a Constituição Inglesa de 1689 e 1701 e a Espanhola de 1845 etc.

A Constituição Democrática, por sua vez, é aquela em que os governos devem agir apoiados na vontade soberana do povo, que na visão doutrinária atual é a melhor forma de Constituição a ser aplicada nos dias de hoje, não sendo outro o entendimento de Bonavides (2006, p. 90):

Tendo se afirmado vitorioso o princípio democrático, a Constituição surge a seguir por obra de uma Assembléia Constituinte (Convenção), que primeiro submete, por via do referandum, à apreciação soberana do povo o projeto constitucional por ela elaborado. Traduz esse processo à incontrastável hegemonia política das forças populares, que fazem legítimas as bases da nova ordem jurídica e do sistema representativo consagrado pela vontade dos cidadãos.

São exemplos as Constituições Francesas de 1848 e 1875.

As Constituições classificam-se ainda em prolixas e concisas. As concisas também podem ser chamadas de sumárias, breves, básicas, pois, normalmente, só tratam de regras

essenciais e gerais, além de seus princípios, por isso são mais flexíveis quanto a sua atualização, ou seja, são mais fáceis de se adequarem às novidades, o que lhes concede uma durabilidade maior do que as prolixas, são exemplos a Constituição dos Estados Unidos da América, a Constituição Francesa de 1946, a Chilena de 1925, entre outras.

As Constituições prolixas podem ser encontradas como desenvolvidas, largas, longas etc; abrangem matérias que vão além do direito constitucional, que ficariam melhores em leis complementares ou mesmo em leis ordinárias, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esclarecidas as diversas classificações constitucionais, temos que a Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 é enquadrada como rígida, prolixa, outorgada, escrita e codificada, como se retira do entendimento de Vieira (p. 131, 2006) “É um documento de características peculiares: prolixo, compromissário, programático. Sintonizado com os grandes temas do futuro – como direitos humanos e meio ambiente [...]”.

Mesmo sendo classificada como uma Constituição rígida, foi estabelecido no art. 60, §2º, da Constituição que o “*quorum*” para proposição da Emenda Constitucional é de apenas 3/5, o que segundo Vieira (2006, p. 134) é feito de propósito:

Ao estabelecer quorum de três quintos para a reforma da Constituição, o legislador constituinte buscou flexibilizar o texto, evitando estabelecer barreiras intransponíveis ao poder de reforma. Destaca-se que apenas no final do processo constituinte é que o quorum vai de dois terços para três quintos.

A Constituição de 1988 organiza, não apenas, o sistema político e a garantia dos direitos, como também, a economia e a esfera social. Assegura direitos que impõe obrigações ao Estado em relação à sociedade, por isso, também é considerada um tanto pretensiosa.

Criou, ainda, dispositivos que vinculam o legislador ordinário em sua atuação, através de mecanismo de controle e formas de atuação.

Seu objetivo sempre foi de buscar, por intermédio das instruções constitucionais, corrigir os diversos problemas do Estado Brasileiro.

Mas é certo que toda essa possibilidade de flexibilização vem acompanhada de cláusulas limitadoras às reformas, para que não haja risco de que se perda o cerne básico da Constituição.

2.3 Limitações à Reforma Constitucional

Uma Constituição rígida pode ser vista como estável ou permanente, o que por sua vez pode ser entendido por certo grau de segurança jurídica, pois impõe limitações expressas quanto ao Poder Reformador constitucional (também chamado de Competência Reformadora), isso por sua própria natureza jurídica e pelos princípios fundamentais a que se sujeita, como fica demonstrado no entendimento de Bonavides (2006, p. 296):

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam.

A rigidez Constitucional deve ser vista como uma forma de garantir a vigência da Constituição, é um limite ao poder constituinte revisor, para que se mantenha assegurada a estabilidade constitucional, se não vejamos, também, na palavra de Canotilho (1998, p. 937):

Constituição é de tipo rígido, pois exige para sua modificação um processo agravado em relação ao processo de reforma das leis ordinárias. [...], não é a existência de um processo de revisão estabelecido de exigências específicas para a modificação da Constituição que caracteriza a rigidez Constitucional. [...] As normas de revisão não são fundamento da rigidez Constitucional, mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte.

Não obstante a esse entendimento doutrinário, de que o Poder Constituinte é superior ao poder reformador, pois o poder revisor tem por base a própria Constituição, mas se essa base for ignorada, pode transformar esse poder em inimigo da Constituição, o que, também, transformaria em ilegítima qualquer invocação em seu favor.

A revisão não pode violar os limites que a própria Constituição lhes impõe, para que não se perca sua identidade democrática.

O poder de revisão é formado pelo Poder Legislativo ordinário, como ensina Canotilho (1998, p. 939) “[...] a revisão ou modificação da Constituição é feita pelo mesmo órgão que desempenha funções legislativas normais, mas segundo um processo particularmente agravado”. Esses agravamentos citados pelo autor podem ser exigências de participação em outros órgãos, maiorias qualificadas para votação, maiores intervalos para votações etc.

As limitações constitucionais à reforma encontradas de maneira formal, no corpo de seu texto, são as expressas, que dão a ela segurança contra as ofensas, subdividindo-se em:

a) Limitações circunstâncias: indicam que em certos acontecimentos excepcionais no país não será possível a reforma constitucional. A Constituição da República de 1988, no artigo 60, § 1º, revela que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa e estado de sítio, por serem consideradas situações que podem limitar a capacidade de deliberação do órgão reformador.

b) Limitações temporais: são aquelas que não permitem a reforma por certo período de tempo após sua entrada em vigor; existem para que seja assegurado estabilidade para as estruturas constitucionais. São exemplos às constituições francesas anteriores ao século XX.

c) Limitações procedimentais: *quorum* qualificado, dois turnos de discussão e votação, impossibilidade de reapresentar, na mesma sessão legislativa, a Projeto de Emenda Constitucional prejudicada ou rejeitada, essas, nada mais são do que as formas a serem seguidas durante o processo de modificação.

d) Limitações materiais: dizem respeito à impossibilidade de se alterar a maioria das matérias contidas na Constituição, somente algumas, já pré-determinadas, como se encontra, da obra de Bonavides (2006, p. 200), o seguinte:

A Constituição vigente retirou, porém, do âmbito de sua cláusula pétreia a forma republicana e, até, instituiu, tocante a monarquia, a consulta plebiscitária do art. 2º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias. Todo o § 4º do art. 60 da Constituição consagra as vedações materiais perpétuas do nosso ordenamento constitucional ou exercício do poder de reforma.

Canotilho (1998, p. 942) define essa restrição como “limites materiais superiores”, o que não permite ao legislador revisor alterar todas as matérias constantes da Constituição, ou seja, nem tudo que consta da Constituição pode ser revisto ou reformado, algumas matérias são invioláveis.

Os limites expressos estão contidos na própria Constituição, mas é possível que se encontrem em alguns casos, limites tácitos, subentendidos; podendo ser implícitos se tirados do próprio texto constitucional ou meramente tácitos, advindos dos valores vinculados a Constituição, como se vê do entendimento de Canotilho (1998, p.943):

[...] será defensável vincular gerações futuras a idéias de legislação e a projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? [...] ‘uma geração de homens tem o direito de vincular outra?’ a resposta tem de tomar em consideração a evidencia de que nenhuma Constituição pode conter a vida [...] Nenhuma lei constitucional evita ruir os muros dos processos histórico, e,

conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as contribuições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da Constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário.

Sendo assim, os limites materiais têm que ter um mínimo de receptividade para as novas idéias, o que gera uma certa evolução constitucional que não a deixará parada no tempo.

Finalmente têm-se os limites relativos, os quais, simplesmente, indicam como o poder reformador atuará no processo de reforma. Os limites absolutos são os que proíbem a alteração de certos pontos da Constituição, segundo Canotilho (1998, p. 950):

A não observância, pela lei de revisão, dos limites estabelecidos na Constituição, coloca-nos perante o problema da desconformidade constitucional das leis de revisão, [...], dado que o poder de revisão é um poder constituído e não uma novação do poder constituinte.

A reforma Constitucional deve ser expressa, contendo todas as alterações dentro do próprio texto constitucional, bem como, a publicação do ato legislativo que a modificou.

Se o interesse do Poder Reformador é mudar por completo a Constituição, essas mudanças não poderão ser feitas por sucessivas alterações parciais, mas sim, de forma completa e seguindo a estrutura que lhe for imputada.

A legitimidade do Poder de Reforma evita que o legislador ordinário nele interfira indevida e casuisticamente, aplicando medidas de escolha e renovação dos parlamentares participantes, caso o órgão reformador seja incompetente para tanto, é certo que, a vigência da lei de alteração estará comprometida.

Da mesma forma, a lei que não declarar expressamente que é revisora da Constituição, também não vale, para tanto.

O quorum de votação é qualificado; as votações têm que ser por maiorias qualificadas, o que tem a intenção de demonstrar uma maior aceitação da mudança por parte dos representantes do povo.

Em suma, entende-se que se forem desrespeitados os limites materiais e formais para modificação da Constituição, a alteração se faz inconstitucional e, conseqüentemente, inválida no ordenamento jurídico. Esse preceito se aplica da mesma forma às modificações que derem diferentes atribuições a preceitos constitucionais originários como os direitos fundamentais, assim como, aos princípios constitucionais.

2.4 Controle de Constitucionalidade das Leis

Por se encontrar no topo da produção legislativa de um Estado, a Constituição obriga o Poder Legislativo a produzir normas que se enquadram no contexto constitucional, para que possam ser utilizadas corretamente dentro do ordenamento jurídico, porém, nem sempre é possível, por isso criou-se o controle de constitucionalidade das leis que é um serviço prestado pelo próprio Estado para salvaguardar o interesse maior, que é o constitucional.

O controle decorre da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, também à rigidez constitucional e à proteção dos direitos fundamentais, pois se a Constituição ocupa o topo da hierarquia do ordenamento jurídico, é nela que o legislador embasará a forma de elaboração legislativa e o conteúdo das leis (princípio da Supremacia da Constituição).

Partindo-se da premissa que o controle de constitucionalidade é algo inerente às Constituições rígidas (v.g. a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988), tem-se o entendimento de Bonavides (2006, p. 296):

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam.

Isso demonstra hierarquia existente dentro de nosso ordenamento jurídico, onde a Constituição encontra-se sobre todas as outras formas legislativas. Nas palavras de Bonavides (2006, p. 296) isso gera uma “superlegalidade constitucional, que faz da Constituição a lei das leis”; ou seja, a Constituição, no ordenamento jurídico brasileiro é a expressão máxima da soberania.

Portanto, se o Poder Legislativo aprovar leis que sejam contrárias ao sentido constitucional ou ao espírito da Constituição, essas leis ainda passarão por um controle de respeito à Constituição.

Caso ocorra a validação de algum dispositivo legal contrário ao que esta disposto na Constituição, este deve ser considerado inválido para que se mantenha o ordenamento jurídico e seja conservada a hierarquia constitucional.

O Controle Concentrado, idealizado por Kelsen, na Constituição Austríaca, pretendia um tribunal Constitucional e, lhe dá a competência para, de forma única e concentrada, dizer o que é ou não constitucional. Em um caso concreto (prejudicial de mérito), remete-se os autos ao Tribunal (suspende o processo) para analisar somente a questão judicial (pode ser

feito por legitimados que analisam as causas de inconstitucionalidade nos casos concretos) e, depois devolve o processo para o juiz dar andamento. Se não houver um caso concreto e, somente indagações ao Tribunal Constitucional, caberá somente a este julgar (Bonavides, 2006, p. 297).

Esse controle de constitucionalidade pode ser:

a) Formal: é o controle jurídico, que permite aos órgãos competentes, a autoridade para dizer se as leis são ou não constitucionais, se preocupando mais intensamente com as formalidades exigidas pela Constituição. Ocorre que, a mera análise do cumprimento formal exigido pela Constituição para leis inferiores, não é suficiente para que a constitucionalidade seja mantida no ordenamento, devendo haver outras formas de controle.

b) Material ou criativo: é aquele que se dedica a análise do conteúdo da norma, averiguando se a intenção da lei está de acordo com a Constituição e, principalmente, se está ligada aos direitos, princípios fundamentais. O controle material é mais complexo que o formal, justamente pelo fato de buscar a essência da Constituição que deve estar contida na lei inferior, sendo este o entendimento de Bonavide (2006, p. 299):

Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui a vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisação do princípio da separação dos poderes, com aquele juiz julgando de ‘legibus’ e não ‘secundum legem’, como acontece no controle meramente formal.

O controle por órgãos jurisdicionais, como o próprio nome indica é exercido pelo Judiciário ao analisar as leis infraconstitucionais mediante sua aplicação ao caso concreto. No Controle Difuso, todo e qualquer juiz, em qualquer instância jurisdicional, poderá dar parecer sobre o controle de constitucionalidade. O Judiciário pode, também manifestar-se perante outros Poderes, para indicar um vício que possa ferir a CF, no conteúdo de um ato normativo ou de uma lei, podendo existir de duas formas principais:

a) Controle concentrado, que nas palavras de Bonavides (2006, p. 302) “ocorre, unicamente, dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção da inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar”.

Nesse caso, com a resolução da lide, o problema constitucional é resolvido e aplicado somente ao caso concreto, não atingindo a todo o ordenamento, pois o que gerou a

controvérsia constitucional foi a aplicação da norma ao caso concreto e provocação pelas partes, sendo esse, outro motivo para que esse tipo de controle seja exercido pelo Poder Judiciário. Com esse tipo de controle, nada impede que o mesmo juízo julgue outro caso parecido de forma diferente, aplicando-se a mesma lei.

É claro, também, que esse tipo de controle de constitucionalidade não será exercido pelo Poder Judiciário “*ex officio*”, mas somente mediante a provocação das partes interessadas.

b) Controle Abstrato ocorre mediante a interposição de uma ação de inconstitucionalidade, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, nos artigos 102 e 103, fazendo parte do controle direto de constitucionalidade, onde a lei que é declarada inconstitucional é retirada do ordenamento jurídico. (BRASIL, 2007, p. 38/39)

Seu efeito é “*erga omnes*”, diferentemente do controle concentrado que é feito em cima de um caso concreto e se aplica somente às partes, o controle abstrato se estende à toda a população.

Esse tipo de controle, por ação de inconstitucionalidade, normalmente, ocorre em Tribunais Constitucionais que são criados especificamente para atender a esse tipo de ocorrência ou então pela última instância do Poder Judiciário do país.

Interessa a este trabalho o controle de constitucionalidade por meio de ação existente no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de República de 1988, que se manifesta da seguinte forma.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão jurisdicional competente para a análise das ações, originalmente, e em única instância, que pode ser proposta por todos os entes autorizados pelo artigo 103, inciso I a IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2007, p. 39), como segue:

Art. 103: “Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V – o Governador de Estado ou Distrito Federal;
- VI – o Procurador Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O que não era permitido nas constituições anteriores, onde somente o Procurador

Geral da República poderia propor esse tipo de ação.

Dentro desse mesmo sistema de controle de constitucionalidade foi criado, também, a possibilidade de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão da efetividade da norma jurídica.

Uma crítica feita pelos doutrinadores nacionais e internacionais quanto a esse tipo de controle é a impossibilidade de que qualquer do povo que entenda uma lei inconstitucional, possa ingressar com ação de controle de constitucionalidade.

Existe também, o controle por órgão políticos que, na maioria das vezes, se encontra fora dos três Poderes, podendo ser um conselho como na França, na época da revolução.

Para melhor enriquecer o conteúdo do presente trabalho, tem-se a seguir alguns esclarecimentos em relação às ações diretas de inconstitucionalidade, constitucionalidade e declaratória de constitucionalidade:

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma ação que visa dar efetividade à norma constitucional, que depende de norma infraconstitucional. É permitir que toda norma constitucional alcance eficácia plena, impedindo que a inação do legislador, venha a impedir o exercício de direitos constitucionais.

Sua natureza jurídica é conceder eficácia à norma constitucional que dependa de complementação infraconstitucional, ou seja, possui natureza de um processo objetivo, que tem como finalidade a defesa dos interesses da Constituição da República.

Essa ação é cabível quando o órgão do Poder Público, que seria responsável por dar eficácia a uma norma constitucional, a qual necessita de norma infraconstitucional, se faz omissa ao comando normativo da Constituição.

São legítimos para propor a ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os Partidos Políticos com representantes no Congresso Nacional.

Essa ação poderá ser proposta a qualquer tempo por seus legitimados e segue o mesmo procedimento da Ação de Inconstitucionalidade Genérica.

O Procurador Geral da República é parte legítima para propor esta ação e sempre deverá manifestar-se antes da análise do plenário. Não é obrigatória a oitiva do Advogado Geral da União, pois não existe ato impugnativo. A petição inicial deverá expor os fundamentos jurídicos do pedido, não sendo admitidas alegações genéricas, deverá, ainda, conter cópias da lei ao ato normativo a que se refere.

A Medida Liminar é incompatível com o objeto da demanda.

A decisão é declarada pelo Supremo Tribunal Federal, que deverá dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias no período de 30 dias, no caso de Órgão Administrativo, que poderá ser responsabilizado caso permaneça omissivo. No caso do Poder Legislativo, não há prazo estabelecido para a adoção das medidas necessárias e nem responsabilidade, porém se for provado o prejuízo, permite a responsabilidade por perdas e danos. A declaração tem natureza mandamental e seus efeitos são “erga omnes” e “ex tunc”.

A Ação Direta de Constitucionalidade Interventiva é uma intervenção provocada por requisição, onde sua duração e também os limites serão fixados pelo decreto do Presidente da República.

A ação tem como natureza jurídica a declaração formal ou material de lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a declaração ou intervenção federal no Estado membro ou Distrito Federal (finalidade política), é um controle direto para fins concretos.

É cabível, em qualquer lei ou ato normativo do poder público, que venha a violar um dos princípios sensíveis constitucionais.

A legitimidade ativa é exclusiva do Procurador Geral da República, mas este não está obrigado, nem poderá ser compelido a ajuizar essa ação, em razão da independência funcional do Ministério Público.

A medida liminar é inviável, também neste tipo de ação.

Por fim, a Ação Declaratória de Constitucionalidade que é uma forma de Controle Direto de Constitucionalidade, com um regime jurídico similar a da Ação Direta de Inconstitucionalidade, senão vejamos.

De acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, a ADCon - Ação Declaratória de Constitucionalidade - possuiria a natureza de processo objetivo, ou seja, um processo de controle de normas em abstrato, não se prestando, portanto, a tutelar a prestação jurisdicional de conflito de interesses em que haja, necessariamente, a presença de partes antagônicas, mas a aferição da validade ou não de atos normativos dos Poderes constituídos em face da Constituição.

Essa ação se destina a tutelar direito subjetivo da União, já que a declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado naqueles processos concretos serve a seus interesses.

São legítimos para propor esta ação às pessoas e às instituições constantes do artigo 103 da Constituição da República, isso após a Emenda Constitucional 45/2004. Cabe unicamente ao Supremo Tribunal Federal a competência constitucional para processar e julgar

a ação declaratória de constitucionalidade.

A ação em testilha possui regime jurídico similar a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A petição inicial deve demonstrar uma controvérsia jurisdicional, indicar o dispositivo de lei, os fundamentos jurídicos, deve conter os pedidos e suas especificações. A petição inicial, ainda, poderá ser liminarmente indeferida no caso de inépcia entre outros. A ADCon não admite desistência e intervenção de terceiro. Não há citação do Advogado Geral da União. O Procurador Geral da República deverá pronunciar-se no prazo de 15 dias. O Relator poderá requerer informações adicionais, designando peritos e outras diligências que se fizerem necessárias.

A medida cautelar consiste na determinação de que os juízes e Tribunais suspendam os julgamentos que envolvem o assunto.

Tem efeito “erga omnes” e vinculante para os Poderes Judiciário e Executivo, artigo 102, § 2º da Constituição da República (BRASIL, 2007, p. 38):

Art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 2º: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

As decisões podem ser procedentes e improcedentes.

Assim, explanadas as formas de proteção contidas nas Constituições, principalmente, na Constituição Brasileira de 1988, que influenciam diretamente em eventuais modificações dos direitos sociais, passa-se ao próximo capítulo, no qual trata-se das proteções específicas desses direitos e as conseqüências que alguns tipos de alteração podem causar no ordenamento e na vida dos cidadãos.

CAPITULO III – DAS FORMAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

A última explanação referente à pesquisa ora realizada é com relação a algumas proteções que recobrem diretamente os Direitos Sociais, não só como Direitos Fundamentais, como já visto no capítulo anterior, como também em relação a proteção da dignidade da pessoa Humana, assim passa a expor:

3.1 Breve Histórico

Inicialmente, quando o mundo passou a ter trabalhadores assalariados fora do reduto familiar, não era aceitável ganhar dinheiro sem trabalhar, o que valia era ganhar o que estava de acordo com a produção, visando sempre a sua qualidade (Gomes, 2003, p. 108).

Com o passar do tempo, esses valores foram se perdendo, as pequenas oficinas se tornaram enormes indústrias, a exploração do trabalho humano cresceu, crianças e mulheres trabalhavam em condições ainda piores, como se vê a história, por volta do Século XIX.

A situação econômica da época se resolvia por quem era mais forte, não havia direitos, o mais forte, empregador, dominava por completo o mais fraco, empregado.

A primeira lei de cunho social, no contexto do ambiente de trabalho, foi elaborada apenas em 1841, protegendo as crianças menores de 8 anos de trabalhar e, os menores de 12 e maiores de 8, de trabalhar mais de 12 horas por dia (Gomes, 2003, p. 117).

A partir de então, passa-se a entender que uma intervenção Estatal pode beneficiar os trabalhadores, mesmo assim, as primeiras leis impostas foram pouco eficientes.

É nessa situação que passaram a existir as lutas de classes e, como salienta a doutrina especializada, são essas lutas que movimentam a história. Posteriormente, o Estado passa a interferir na relação de emprego impondo normas de proteção ao trabalhador.

Ainda assim, as primeiras Constituições que realmente consolidaram as proteções aos trabalhadores, como por exemplo, a Constituição Mexicana, de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, só foram promulgadas após a Primeira Guerra Mundial.

Gomes (2003, p. 118), citando Bigo, manifesta-se da seguinte forma:

Se, constringido pela necessidade ou impedido pelo temor de um mal maior, o trabalhador aceitar condições duras que ele não vê como recusar, porque

elas lhe foram impostas pelo patrão ou por aquele que fez a oferta de trabalho, sofre uma violência contra a qual a justiça protesta.

As regras criadas para a proteção dos trabalhadores eram voltadas à dignidade da pessoa humana solidificando-se com o Tratado de Versalhes em 1919, criando também a OIT (Organização Internacional do Trabalho). A partir de então é que são criadas e asseguradas políticas de proteção e sustento de uma linha de direitos aos trabalhadores.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, fortaleceu-se ainda mais a idéia de que todos os direitos por ela declarados são fundamentalmente iguais entre si. Assim, por exemplo, os direitos culturais, sociais, econômicos, civis, estão interligados, de forma única e indivisível, formando uma rede da qual um não se valida completamente sem o outro:

Os direitos fundamentais passam a constituir o núcleo básico de todo ordenamento constitucional, como metas e objetivos que devem ser alcançadas pelo Estado Democrático de Direito, eis que, uma vez validados pela comunidade para o qual foram previstos, fazem parte de sua consciência ético-jurídica. (GOMES, 2003, p. 103).

Como já visto anteriormente, no Brasil a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a consolidar tantos direitos fundamentais e, incluir em seu rol, os direitos sociais.

Infelizmente, o grande número de Emendas Constitucionais vigentes e em votação, em nosso país, por não estarem focadas no espírito Constitucional e, na maioria das vezes, acontecerem apenas por disputa política, tornam a Constituição menos estável, permitindo a entrada de pensamentos destoantes e contraditórios, o que acaba por ofender o princípio da segurança jurídica.

Por esses motivos que se faz indispensável aumentar a consciência jurídica de se fazer valer a Constituição Federal em favor da efetivação dos direitos dos trabalhadores, principalmente, de seus direitos e garantias fundamentais.

3.2 Pressupostos para a Proteção dos Direitos Sociais do Trabalho

O desenvolvimento da economia contemporânea, com a globalização e o desenvolvimento de novas tecnologias, tem gerado uma grande exclusão social, sobretudo com relação aos trabalhadores braçais.

Sem emprego, essa classe de trabalhadores é obrigada a buscar seu sustento na economia informal, quando não, sujeitam-se à condições extremamente degradantes de

trabalho, assim:

[...] sob a égide de um Estado Democrático de Direito, são tolerados, de fato, comportamentos e posturas anti-sociais que propiciam a própria exclusão do ser humano, à precariedade de suas condições de trabalho e de vida, o que configura persistente agressão aos direitos fundamentais. (GOMES, 2007, p. 19).

A democracia deve abrir a todos, oportunidades; se isso não ocorre, o direito elencado na Constituição Federal deve combater a desigualdade existente. Entendimento esse esclarecido por Gomes (2007, p. 20):

Imperioso se torna insistir que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, devem ser efetivamente garantidos os direitos dos trabalhadores que foram objeto de difíceis conquistas sociais ao longo dos tempos. É preciso promover e facilitar a difusão da fórmula processual de defesa dos direitos fundamentais fazendo valer a Constituição, porque essa passou a ser ‘não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também de um modo de olhar e interpretar os demais ramos do Direito’. O Estado Democrático de direito não se sustenta sem o respeito à dignidade da pessoa humana e sem a concretização dos direitos fundamentais civis e sociais.

Posto isso, fica claro que um Estado Democrático de Direito não existe sem que haja honra à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais.

Grandes empresas, que dominam o mercado, exigem uma grande produção com baixo custo, para que se tenha competitividade, o que de fato se dá de forma contrária aos princípios fundamentais, principalmente, aos que dizem respeito à dignidade do trabalhador, que é colocado para trabalhar cada vez mais e receber cada vez menos (Gomes, 2007, p. 21).

Assim, o Estado deve interferir nas relações de trabalho para que sejam resguardados, ao menos, os direitos fundamentais, tendo em vista que o mercado não proporciona uma situação aceitável à população.

A Constituição obriga o Estado a estabelecer parâmetros para as atividades econômicas, com a intenção de garantir alguns direitos, o que certamente proporcionará crescimento à nação como um todo.

O que fica bem claro e estabelecido na Constituição Federal, nos artigos 170 e 193, respectivamente, no Título VII, Capítulo I “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” e no Título VIII, Capítulo I “Disposições Gerais”:

Art. 170, CF/88: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência

digna, conforme os ditames da justiça social, [...]”.

Art. 193, CF/88: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Isso tudo se aplica na implantação de políticas públicas voltadas a garantir e a realizar os direitos fundamentais.

Gomes (2007, p. 22) diz: “Assim o papel do Estado Constitucional consiste justamente em equilibrar a distribuição da riqueza nacional, de modo a possibilitar a igualdade de oportunidades e, em certa medida, de resultados”.

De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, o trabalhador não pode ser visto como um simples objeto, apenas para gerar lucro ao seu empregador.

Com as regras impostas pelo mercado, principalmente, o internacional e o desenvolvimento de novas tecnologias de produção, acabam por gerar um grande desrespeito a esse princípio. Com isso, as grandes e médias empresas têm adotado posturas no sentido de reduzir, ainda mais, os direitos de seus trabalhadores, deixando de lado que “o Direito do Trabalho da sociedade pós-industrial girar em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores [...]”. Gomes (2007, p. 29) continua ainda com “no entanto, preferem colocar o trabalhador apenas a serviço da economia, de acordo com as regras ditas pelo mercado, visando só o lucro”.

Em um Estado Democrático de Direito, as empresas, como instituições sociais que deveriam ser, tinham que voltar suas atenções para a ocorrência de um bem estar para a sociedade da qual é parte integrante, conforme a idéia constante da Constituição Federal de que a atividade privada só é legítima se cumprir com a justiça social, ou seja, a Constituição protege o trabalhador como ser humano.

Nas palavras de Gomes (2007, p. 29), “o empregado reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais, que lhe assistem como cidadão e titular dos direitos fundamentais aplicáveis estreitamente no âmbito da relação de emprego”.

É nesse aspecto que a Constituição Federal determina que as empresas tomem medidas para que sejam preservadas a vida, a saúde e o bem estar de seus empregados, como se vê do artigo 7º, XXII, XXVII, CF, concomitante com o artigo 154 e seguintes da Consolidação das leis do Trabalho.

As empresas, de acordo com os artigos supra citados, têm que proporcionar com efetividade e eficiência os meios de proteção e prevenção, de acidentes de trabalho, doenças profissionais e o que mais estiver relacionado com a depreciação do ser humano relacionado

ao trabalho.

Tudo isso tem o sentido de fazer valer a função social da empresa, como o disposto no artigo 170, II -“propriedade privada”- e III - “função social da propriedade”- da Lei Maior.

Todas as medidas que a Constituição Federal impõe às empresas, como, por exemplo, preservar a integridade mental e física de seus trabalhadores que nas palavras de Gomes (2007, p. 31), “trata-se de um dever de adotar todas as medidas tendentes a evitar danos à pessoa do trabalhador”.

Assim, tem-se que a função social da empresa deve ser voltada ao alcance da produção econômica, como também, às políticas humanas que contribuam para a prosperidade do ser humano, com enfoque ao trabalhador, porém, não é o que de fato vem ocorrendo:

Entretanto, a realidade aponta que ainda persiste a difícil tarefa de conscientizar empresários, gerentes e administradores, entre outros, do relevante e inafastável exercício da função social da empresa no seio da sociedade democrática, o que, por certo, poderá reverter em benefício a todos, ao combinar suas metas de desenvolvimento econômico com a efetividade mais plena dos direitos fundamentais sócias, tal como determina a Lei Maior (art. 1º, III e IV; art. 170). (GOMES, 2007, p. 32).

3.3 Atuação do Poder Judiciário

De início tem-se que é do Poder Judiciário a responsabilidade de guardar o Estado Democrático de Direito.

É no entendimento de Gomes (2007, p. 33) com relação a esse assunto, que o Poder Judiciário “deve intervir, sim, para bem garantir os direitos dos trabalhadores contra políticas econômicas voltadas apenas à exploração de mão-de-obra mais barata”.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi expressa a obrigação do Judiciário Trabalhista, de proteger os princípios constitucionais, efetivando-os com real proteção à dignidade, saúde e vida do trabalhador, como destaca o artigo 170, da Constituição Federal, acima transcrito.

Tange, também, a esse mesmo órgão jurisdicional, aplicar às normas e convenções coletivas uma interpretação baseada no espírito Constitucional, principalmente, àquelas tendentes a reduzir direitos.

Desta forma, só poderá ser aplicada regra jurídica que tenha como princípio a idéia de justiça, ou seja, o Estado juiz não pode aceitar normas ou convenções que tenham como único fim, ganhos econômicos, sendo assim, respeitados os princípios fundamentais da

Constituição Federal.

[...], sob a égide do Estado constitucional de direito, as decisões judiciais, mormente nos processos trabalhistas, devem impor a prevalência da idéia de justiça que se traduz no caráter nítido de proteção à vida, À liberdade, à igualdade, à saúde, ao trabalho, aliados a outros direitos fundamentais sociais, à luz da Constituição Federal. (GOMES, 2007, p. 35).

Como único fim para tudo que foi mencionado até o momento, está a colocação da Constituição Federal como centro do ordenamento jurídico do país.

Com isso, conclui Gomes (2007, p. 38), da seguinte forma:

Constitui tarefa do Judiciário Trabalhista enfrentar o grande desafio de dar efetividade aos direitos dos trabalhadores, fazendo valer a vontade de Constituição também para assegurar a eficácia das normas infraconstitucionais a exemplo daquelas que compõem a Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, o judiciário conseguirá garantir, de forma mais eficiente, a proteção à dignidade, vida e saúde dos trabalhadores, na contra-mão dos crescentes interesses econômicos atuais.

3.4 Da Proteção aos Direitos Sociais

Como já visto, os Direitos Fundamentais têm assegurado uma proteção especial no ordenamento jurídico, isso significa que esses direitos foram levados à qualidade de Cláusulas Pétreas, classificadas no rol do artigo 60, §4º, IV.

Há o entendimento de que qualquer mudança constitucional deve ser processada com muita clareza e, que a reforma, apenas tem real aproveitamento, quando o espírito da Constituição é enaltecido, ou seja, o que a reforma deve fazer e até onde vai chegar são alimentados e melhorados.

No entendimento de Sarlet (2004, p. 43):

[...] estamos diante de um tema de inequívoca atualidade e relevância já é perceptível a partir de que – pelo menos entre nós – vivencia-se um aceitável anseio reformista (do que dá conta a edição de algumas dezenas de ementas constitucionais), com reflexos inevitáveis na seara dos direitos fundamentais em geral, mas que se manifestam com particular impacto no que diz com os direitos sociais, estes muitas vezes acusados de causarem a ‘ingovernabilidade’ da nossa República.

No sentido de que o Poder Constituinte Originário, cria uma nova ordem jurídica, pode fazê-lo de forma autônoma e ilimitada, pois parte do nada, porém, o Poder Constituinte Reformador limita-se aos parâmetros estabelecidos pelo Constituinte.

Sarlet (2004, p. 47) citando Saldanha, demonstra:

o poder reformado é , de certo modo, um poder reconstituente (um poder de natureza cirúrgica), no sentido de que refaz uma Constituição já feita, sendo, de outra parte, um poder demiúrgico, que – por não ser um poder criador – não pode alterar toda a Constituição, razão pela qual a existência de limites materiais.

De acordo com o exposto acima, entende-se que os limites normativos à reforma constitucional demonstram que o Poder Constituinte Originário permanece atuante durante todo o tempo de vigência da Constituição que criou.

Retira-se ainda, da citação supra, que o Poder Constituinte Reformador pode apenas dar uma manutenção à Constituição Federal, não podendo de modo algum elaborar, por meio das reformas, uma nova Constituição.

A possibilidade de reforma constitucional se faz necessária justamente para a atualização constitucional, inserindo-a em seu tempo de atuação, à realidade presente, mantendo assim, sua força.

Sarlet (2004, p. 48), recorrendo ao entendimento de Jonh Raws, informa que são quatro as principais características que devem revestir uma Emenda Constitucional, as quais são, resumidamente:

- a) Reajustar os valores básicos da Constituição Federal;
- b) Fazer da Constituição um instrumento mais amplo e abrangente;
- c) Aproximar a Constituição Federal de seus preceitos originais;
- d) Ajustar a Constituição com as práticas constitucionais, para que sejam eliminados os pontos fracos.

É certo que, alguns limites materiais são voltados para a proteção de conteúdos essenciais da Constituição que, de modo algum, podem ser modificados, como conclui Sarlet (2004, p. 49 - 50): “Assim, o que se constata, no fundo, é que o reconhecimento de limitações de cunho material significa que necessariamente o conteúdo da Constituição não se encontra a disposição plena do legislador constitucional”.

Deve ficar claro o entendimento de que muitas e profundas alterações constitucionais são prejudiciais, porém, as reformas são indispensáveis para manutenção das regras, ajustando-se às novas realidades com o passar do tempo.

Nossa Lei Maior relaciona alguns limites materiais que têm como função resguardar a identidade da Constituição, como se vê do artigo 60, § 4º da Constituição Federal.

O que importa colocar em destaque é, sem dúvida, a circunstância de que a existência de limites expressamente previstos na Constituição (habitualmente chamados de ‘cláusulas pétreas’, ‘garantias de eternidade’ ou ‘cláusulas de intangibilidade’) não exclui, por sua vez, outras limitações desta natureza, que por não estarem consagradas no texto constitucional, costumam ser qualificadas como limites materiais implícitos (imanescentes ou não-escritos). (SARLET, p. 52, 2004).

Disso retira-se que os limites expressos são apenas uma forma para se distinguir quais são os limites constitucionais verdadeiros.

Vale lembrar que, também existem alguns limites implícitos, dos quais pode-se citar como exemplo, os princípios contidos nos artigos 1º a 4º, da Carta Magna, ressaltando-se alguns deles que estão no rol das cláusulas pétreas do artigo 60, §4º, I a IV, do mesmo dispositivo legal.

3.4.1 Das Cláusulas Pétreas

É fato que os direitos fundamentais são condições materiais para a reforma constitucional, porém, há entendimento doutrinário que, baseado no artigo 60, §4º, da Constituição Federal, afirma que somente os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, o que deixaria de fora os direitos sociais, de nacionalidade, os políticos, contidos nos artigos 6º a 17º, da Lei Maior.

Dessa forma, esses direitos se encontrariam desprotegidos contra eventuais mudanças ou reformas constitucionais, sendo assim considerados em posição inferior aos outros Direitos Fundamentais, criando uma hierarquia entre eles.

Complementa o raciocínio, o exemplo dado por Sarlet (2004, p. 57): “poder-se-ia até mesmo sustentar que o mandado de segurança individual integra as ‘cláusulas pétreas’, ao passo que o mandado de segurança coletivo por estas não se encontra abrangido”.

O entendimento acima exposto não deve ser tomado como verdadeiro, pois até o Supremo Tribunal Federal considera que todos os Direitos Fundamentais são, também, protegidos como cláusulas pétreas.

Mesmo assim, existem argumentações doutrinárias no sentido de que ao menos os direitos sociais não fazem parte do rol das cláusulas pétreas, por não serem direitos de

liberdade, baseando-se no que menciona Sarlet (2004, p. 59):

se o Constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a cláusula de intangibilidade, ele o teria feito, ou nominado expressamente essa categoria de direitos no art. 60, §4º, IV, ou, no mínimo, referido-se de forma genérica a todos os direitos e garantias fundamentais, mas não apenas aos direitos e garantias individuais.

Todas essas colocações não se sustentam, tendo em vista que a Lei Maior de nosso país não classifica os Direitos Fundamentais em patamares diferentes. Os Direitos Sociais são tidos como direitos de defesa dos hipossuficientes, caso houvesse essa exclusão de alguns dos Direitos Fundamentais do rol das cláusulas pétreas, direitos como os de nacionalidade e políticos estariam excluídos da proteção de imutabilidade.

Certamente, os direitos sociais têm qualidade de cláusulas pétreas, pois se encontram no próprio preâmbulo da Constituição Federal que são garantidos os direitos individuais e sociais.

Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais poderiam ser consideradas – mesmo não estando expressamente previstos no rol das ‘cláusulas pétreas’ – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional. (SARLET, p. 60, 2004).

Tudo isso se fundamenta com a visão de que mesmo os direitos chamados coletivos são exercidos individualmente por cada pessoa, pois é cada um, individualmente, que tem direito a saúde, educação, voto direito e secreto etc.

Qualquer entendimento, que seja contrário ao disposto anteriormente, deve levar em consideração a existência de direitos fundamentais apenas por um aspecto formal, que podem ser eliminados a qualquer momento do contexto constitucional, mas essa concepção é totalmente contrária ao entendimento dominante.

Posto isto, demonstra Sarlet (2004, p. 63) a importância das cláusulas pétreas:

cumprir lembrar que a função precípua das assim denominadas ‘cláusulas pétreas’ é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, nesse sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo constituinte.

Tirar-se dos direitos fundamentais sociais o caráter de cláusulas pétreas seria deixar

de lado o Estado Social e Democrático de Direito como é o Brasil, acabando com o cerne da Constituição Federal, o que seria uma grande controvérsia a função dos direitos fundamentais.

As cláusulas pétreas são meio de proteção dos preceitos fundamentais da Constituição, sendo mencionados no artigo 60, §4º, desse diploma Magno, como, já, anteriormente mencionado.

A Constituição Federal de 1988 traz os alicerces de um Estado Democrático de Direito, primando pela dignidade da pessoa humana que juntamente com o resguardo dos direitos sociais, ao bem estar, ao desenvolvimento, à intangibilidade e à justiça, que são valores de uma sociedade fraterna, são assegurados desde o preâmbulo constitucional.

Somando-se a isso o pensamento da doutrinadora Piovesan (2003, p. 219) de que:

Os direitos fundamentais são elementos básicos do princípio democrático”, que conclui citando Jorge Miranda que, por sua vez, afirma que a Constituição Federal “repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Assim, tem-se que a dignidade da pessoa humana é, além de um dispositivo informador para a ordem jurídica, uma base de toda a Constituição. A dignidade da pessoa humana consagrada como indispensável pala Carta Magna em razão de ser a base do ordenamento constitucional.

Sendo esse o entendimento de Piovesan (2003, p. 221), “o valor da dignidade da pessoa humana, bem como, o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça [...]”.

Não se pode aceitar, com isso, que o Estado se faça inerte em relação à efetivação dos direitos fundamentais, pois a própria Carta Constitucional outorga ao Estado o dever de garantir a real observância a estes, tendo em vista que, os Direitos fundamentais não só regulam a criação de outras normas inferiores, mas são diretamente aplicáveis.

Cabe salientar que as cláusulas pétreas não são absolutamente imutáveis, como se vê do entendimento de Sartlet (2004, p. 65): “À vista dos elementos normativos referidos, importa salientar, desde logo, que também entre nós as ‘cláusulas pétreas’ não implicam absoluta imutabilidade dos conteúdos por ela assegurados”.

As garantias determinadas por essas cláusulas têm em foco a proteção da idéia central do texto normativo e, isso não impede alterações que não firam os princípios contidos nesses textos.

O objetivo maior das cláusulas pétreas é assegurar a existência dos princípios constitucionais, ou seja, uma mudança apenas no enunciado da norma, que não altere os

preceitos legais, pode ocorrer sem haver inconstitucionalidade desse ato.

Os direitos fundamentais são protegidos pelas cláusulas pétreas e, de acordo com os entendimentos supra mencionados, também estariam sujeitos a pequenas alterações que não afetassem seus objetivos principais, porém, com relação a esses direitos, o entendimento doutrinário dominante é de que a proteção é ainda maior, senão, vejamos a citação de Sarlet (2004, p. 68): “[...] para todos os direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais, destacando-se, ainda, que tal proteção há de ser diferenciada [...]”.

A Constituição Federal de 1988 inovou na aplicação da concretização dos direitos sociais. O artigo 6º da constituição traz os alvos a serem alcançados pelo Estado para que seja consolidada a ordem social.

Os direitos sociais foram consagrados como direitos fundamentais, integram as cláusulas pétreas, além de, conforme o constitucionalismo alemão, o seu conteúdo dizer respeito à dignidade da pessoa humana, fazendo com que esses direitos sociais sejam ainda mais protegidos, principalmente, em relação a sua essência, como segue:

É, portanto, pelo seu maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana que um direito fundamental, [...], se encontra imune à ação erosiva ou menos supressiva do poder de reforma da Constituição, de tal forma que intangível não é o direito fundamental em si, mas, sim, o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana (SARLET, 2004, p. 69).

A Constituição Federal de 1988 é a primeira Constituição do Brasil a colocar os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais.

3.4.2 Da Proibição do Retrocesso

Somando-se às cláusulas pétreas, deve ser lembrado e levado em consideração, no contexto em que se encontra, a segurança jurídica, que é um direito fundamental e um princípio constitucional, incluindo-se no rol dos direitos invioláveis do “caput” do artigo 5º da Constituição Federal.

A segurança jurídica, nas palavras de Sarlet (2006, p. 12): “também envolve necessariamente um certo grau de proteção dos direitos sociais contra ingerências dos órgãos estatais”.

Essa segurança jurídica juntamente com os direitos sociais é, certamente, uma proteção contra o Poder Público e contra atos da própria sociedade.

Nesse sentido, é fácil de identificar a estreita relação entre a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, pois é essa segurança que traz às pessoas, um mínimo nos órgãos estatais e em suas próprias relações jurídicas.

Não é outro o entendimento do doutrinador Sarlet (2006, p. 15), como segue: “A proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente, apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo de segurança jurídica”.

É a segurança jurídica, que traz à sociedade a proteção e a confiança as quais se ligam às idéias de proibição do retrocesso, não se permitindo, com isso, a disponibilidade ou extinção de direitos adquiridos e outras garantias constitucionais, como por exemplo, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, impedindo ainda, o retrocesso de normas de cunho social.

Essa chamada “proibição de retrocesso”, pela doutrina, é uma forma de proteção dada pelo constituinte para que algumas normas e situações não sejam alteradas discricionariamente, como consta do entendimento de Sarlet (2003, p. 20), que será a base de toda a explanação referente ao assunto, visto que é o doutrinador que mais se dedica ao assunto:

Em suma, a questão central que se coloca nesse contexto específico da proibição do retrocesso é a de saber se e até que ponto pode o legislador infra constitucional voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais.

A doutrina entende que a Constituição Federal, de fato, proíbe o retrocesso, pois em nível infraconstitucional os Direitos Fundamentais não são disponíveis, como explica Sarlet (2006, p. 26) citando Canotilho:

após sua concretização em nível infra constitucional, as direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direito subjetivo a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador.

Pois, como se entende do transcrito acima, esses direitos não podem mais ser alienados ou diminuídos, senão violariam o princípio da proteção. Tal redução dos direitos resultaria, ainda, de inconstitucionalidade por desmantelar prestações já alcançadas.

Infelizmente, os direitos que mais vêm sendo ameaçados com esse retrocesso são os direitos sociais, o que é ainda mais prejudicial, visto que são direitos de defesa da sociedade

contra os atos governamentais.

Tribunais Constitucionais de outros países, como o de Portugal, já se manifestaram, há muito tempo, contra ingerências do Poder legislativo em relação ao retrocesso (Acórdão 39, de 1984), em desfavor de lei que atentava contra o direito fundamental da saúde.

Outro exemplo que se pode dar é o da Alemanha, onde não há expressa proibição ao retrocesso no âmbito constitucional, mas a jurisprudência e doutrina sempre foram proferidas em favor de proteger os direitos adquiridos e as expectativas de direito.

Sarlet (2006, p. 32), citando Miranda, menciona: “o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isso equivaleria a subtrair as normas constitucionais e sua eficácia jurídica”.

Com relação ao direito constitucional pátrio, a proibição de retrocesso encontra-se implícita no sistema constitucional, senão, vejamos:

a) No Estado de Democrático de Direito: traz o sentido de um mínimo de segurança jurídica e de sua manutenção contra medidas retroativas;

b) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: exige do Estado atitudes positivas para a satisfação das necessidades da população;

c) Princípio da Máxima eficácia da Norma Fundamental: como o próprio nome diz, o Estado deve atuar para que os Direitos Fundamentais sejam aplicados o máximo possível e, conseqüentemente, protegê-los de qualquer ingerência que tente reduzi-los;

d) Princípio da Proteção e Confiança: é a segurança jurídica pura e simples;

e) Proteção da Coisa Julgada, Ato Jurídico Perfeito e Direito Adquirido: estão protegidos de forma expressa na Constituição Federal, que impedem atos retroativos.

Dessa forma, a proibição de retrocesso pode ser visto como princípio constitucional que está implícito nos princípios relacionados acima, entre outros.

Nas exatas palavras de Sarlet (2006, p. 35):

Negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte.

Contudo a proibição do retrocesso não pode ser vista como absoluta, principalmente pelo fato de tornar as leis inferiores em, praticamente, norma constitucional imutável e até impediria a atualização do ordenamento vigente e da própria Constituição.

Finalizando, Sarlet (2006, p. 38) cita Canotilho e ensina que:

Ao sustentar que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples do núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado

Nas palavras de Gomes (2007, p. 29): “o empregado reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais, que lhe assistem como cidadão e titular dos direitos fundamentais aplicáveis estreitamente no âmbito da relação de emprego”.

Cabendo ao Poder Judiciário, principalmente do Judiciário Trabalhista, o dever de uma atuação especialmente ligada às regras e princípios constitucionais vigentes, sem permitir a interferência das estritas necessidades do mercado capitalista.

Também, as formas de proteção, não só dos direitos sociais do trabalho, como também de todos os Direitos Fundamentais, como as cláusulas pétreas, a proibição do retrocesso e seus motivos e fundamentos.

Levados em consideração, principalmente, os entendimentos de dois doutrinadores, quais sejam Gomes e Sarlet, passa a expor.

Quanto à flexibilização dos direitos trabalhistas contidos na Constituição Federal de 1988, a doutrinadora Gomes (2003, p. 122) tem o seguinte entendimento:

Convém esclarecer, a respeito, que a flexibilização está prevista inclusive na CF brasileira – art. 7º, VI, XIII e XIV. Entretanto, é permitida apenas para possibilitar a alteração de direitos dos trabalhadores que não sejam básicos nem irrenunciáveis, mediante compensação, ou ainda, em situações especiais.

As alterações permitidas devem ser aplicadas em favor dos trabalhadores e das suas condições de trabalho, certamente regularizadas em lei e ainda, respeitando os princípios que envolvem esses direitos.

Isso não quer dizer que é permitido uma diminuição da legislação trabalhista, o que, de fato, acabaria com o próprio Direito do Trabalho.

Os princípios do Direito do Trabalho são os que garantem um mínimo de dignidade aos trabalhadores e, atualmente, as intenções de desregulamentação das normas trabalhistas tendem justamente a abolí-los, em razão das intenções globais do mercado.

O que infelizmente já vem ocorrendo nos dias de hoje, como comprovam as palavras de Gomes (2003, p. 124 - 125):

É fácil concluir, portanto, através do excesso de ações, o frontal desrespeito aos princípios e regras fundamentais proclamadas pela Constituição Federal, que recepcionou grande parte dessa rígida e detalhada legislação trabalhista, no sentido de melhor resguardar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, sem ao quais sabemos que não será possível construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Uma possível desregulamentação do direito do Trabalho deixaria para trás, além de todas as lutas históricas existentes, os princípios e a proteção ao bem jurídico que as regem, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como a ordem econômica e social que segundo os artigos 170 e 193, da Constituição Federal são baseados no trabalho.

Assim, à sociedade organizada por sindicatos, federações e os órgãos de representações dos trabalhadores, entidades políticas, entre outros grupos de interesse, incumbe a discussão de o quanto é possível se flexibilizar as normas que protegem o trabalhador, para que estejam de acordo com a nova realidade social e econômica mundial, porém, resguardando, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana.

Uma forma de combater essas atrocidades atentatórias ao Direito do Trabalho é a atuação firme do Poder Legislativo, trabalhando em favor dos valores sociais que beneficiam toda a sociedade.

é nesse contexto que a flexibilização deve ser tratada, observando-se, de forma precípua, as normas sobre direitos sociais inseridos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro (GOMES, p. 138, 2003).

Ressalta ainda a autora, que faz parte do papel de juristas, doutrinadores, Ministério Público, Poder Judiciário e advogados, aplicar as normas seguindo o sentido constitucional, bem como do Estado de acabar com as desigualdades, fazer valer esses direitos fundamentais sociais.

Sarlet (2004), por sua vez vê a flexibilização dos direitos fundamentais sociais do trabalho como uma aproximação do Estado Democrático de Direito de um novo Estado Colonialista, visto que esses direitos foram conquistados pelo povo e são considerados avanços da humanidade.

A vida com dignidade é imprescindível, por isso é protegida por direitos e princípios fundamentais contra medidas do poder público contrárias a ela.

O autor entende que há uma real necessidade de atualização da legislação, inclusive da constitucional, mas que deve ser feita com respeito à dignidade da pessoa humana, como segue:

[...] é o relevante papel das emendas constitucionais na manutenção do delicado e sempre tenso equilíbrio entre a Constituição formal e a realidade constitucional. Por essa razão, a possibilidade de reformas constitucionais talvez sejam mesmo uma espécie de ‘mal necessário’, e, como todo ‘mal’ deve ser mantido sob rigorosos limites (SARLET, p. 72, 2004).

Seguindo no entendimento do autor, as cláusulas pétreas são a proteção das essências constitucionais, incluídos os direitos fundamentais sociais, devendo ser levado a sério como limite material às reformas constitucionais, de que os mesmos não devem ser alterados para que se mantenha a estrutura constitucional e de um Estado Democrático de Direito.

Entende-se que é possível uma flexibilização, a qual poderia ser melhor denominada de atualização do ordenamento jurídico, considerando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do trabalho, sempre para melhor atender às necessidades do cidadão e buscando sanar as desigualdades sociais.

CONCLUSÃO

No presente trabalho foram expostos alguns aspectos constitucionais para final análise e verificação se é ou não possível flexibilizar os Direitos Trabalhistas contidos no artigo 7º da Constituição Federal, em razão das mudanças do mercado e, principalmente, do mercado internacional no mundo globalizado de hoje.

No Capítulo I, os direitos fundamentais, como o próprio nome diz, foram criados com o intuito de servir como base ao ordenamento jurídico como um todo. São aqueles direitos que o legislador qualifica como fundamentais, indispensáveis ao ordenamento jurídico e à própria vigência do direito, não deixando a livre atuação dos direitos naturais e, tampouco, o Poder Estatal aproveitar-se de sua autoridade para oprimir a impotente população.

Verificou-se, também, que os direitos fundamentais, constantes de nossa Constituição, são de titularidade de todas as pessoas que se encontram sob a égide do Estado Brasileiro, sejam nacionais ou estrangeiros, além de serem distribuídos segundo o princípio da igualdade, ou seja, aos iguais é dado igualmente e aos desiguais, desigualmente.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles direitos relacionados ao ser humano, garantidos juridicamente e limitados no tempo e espaço.

Mesmo com todas as definições teóricas que se pode dar, é certo o entendimento de que nenhuma delas é capaz de resolver toda a discussão em torno do tema Direitos Humanos. O importante é que da efetivação desses direitos deve haver uma interpretação, a mais ampla possível, para que haja um maior número de beneficiários e direitos assegurados às pessoas.

Encerrando-se, então, o primeiro capítulo, constatando que a Constituição Federal dá às normas de seu conteúdo um peso igualitário, mas os interesses ou valores contidos nos direitos fundamentais devem se sobrepor aos outros em razão de serem os fundamentos do ordenamento jurídico vigente.

No Capítulo II, discorreu-se sobre a Teoria das Constituições, seu histórico no mundo mesclado ao nacional, classificação das constituições, chegando ao entendimento de que a Constituição de 1988 organiza, não apenas, o sistema político e a garantia dos direitos, como também, a economia e a esfera social. Assegura direitos que impõe obrigações ao Estado em relação à sociedade, por isso, também é considerada um tanto pretensiosa.

Foram analisadas, também, as regras para a modificação da Constituição Federal de 1988, especificando os requisitos formais e materiais para sua reforma que, em suma, se forem desrespeitados esses limites para modificação da Constituição, tal alteração se faz

inconstitucional e, conseqüentemente, inválida no ordenamento jurídico. Esse preceito se aplica, da mesma forma, às modificações que derem diferentes atribuições a preceitos constitucionais originários, tanto aos direitos fundamentais como aos princípios constitucionais.

Ao final do capítulo, as formas de controle de constitucionalidade das leis em nosso ordenamento jurídico.

No Capítulo III, analisou-se a possibilidade de flexibilização dos Direitos Trabalhistas contidos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Foi visto que os direitos fundamentais do trabalho, elencados na Constituição, foram fruto de longo decurso histórico, desde antes da revolução industrial, todos conquistados pelos trabalhadores. Depois de muito sofrimento e exploração, têm-se as primeiras Constituições que realmente consolidaram as proteções aos trabalhadores: a Constituição Mexicana, de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, promulgadas somente após a Primeira Guerra Mundial.

Como já visto anteriormente, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a consolidar tantos direitos fundamentais e, incluir em seu rol, os direitos sociais.

Os direitos sociais do trabalho são os direitos que mais protegem a dignidade da pessoa humana e um Estado Democrático de Direito não existe sem que haja honra à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais. De acordo com esse entendimento, o trabalhador não pode ser visto como um simples objeto para gerar lucro a outrem.

Em um Estado Democrático de Direito, as empresas, como instituições sociais que deveriam ser, tinham que voltar suas atenções para a ocorrência de um bem estar para a sociedade da qual é parte integrante, de acordo com a idéia constante da Constituição Federal de que a atividade privada só é legítima se cumprir com a justiça social, ou seja, a Constituição protege o trabalhador como ser humano.

Assim, entende-se que o remédio para a situação atual de luta entre o interesse dos grandes detentores de capital, do Governo e do povo trabalhador é o respeito mútuo com real aplicação da função social da empresa e também, o respeito aos direitos fundamentais, sendo assim, certamente toda a sociedade será beneficiada.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David. “**Curso de Direito Constitucional**”. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BESTER, Gisela Maria. “**Direito constitucional**”. São Paulo: Manole Ltda, 2005.v.1

BONAVIDES, Paulo. “**Curso de Direito Constitucional**”. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Direitos Constitucional e Teoria da Constituição**”. 2.ed..Coimbra, Portugal, Almedina, 1998.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. “Flexibilização com *Fair Play*”. **Revista LTR**, São Paulo: Vol. 65, nº 09, p. 1046 a 1050, setembro de 2001.

GALLONI, Bráulio Cezar da Silva. “**Hermenêutica Constitucional**”. São Paulo: Pilares, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. “O Futuro dos Direitos Humanos Fundamentais”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro, n.56, p. 103 - 111, julho a setembro, 2006.

GOMES, Dinaura Godinho Pimental. “O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Flexibilização da Legislação Trabalhista”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro, n. 44, p. 92 - 141, julho a setembro 2003.

_____. “**A Constitucionalização do Direito do Trabalho**: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito á dignidade da pessoa humana”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro,n.58, p.18 - 38, janeiro a março 2007.

LENZA, Pedro. “**Direito Constitucional Esquematizado**”. 11.ed. São Paulo: Método, 2007.

LUÑO, Antonio Henrique Peres. “**Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**”. 8.ed. Madri: Editora Tecnos, 2003.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. “**O Futuro do Direito do Trabalho no Brasil, se Aprovado o Projeto de Lei que Altera o Art. 618 da CLT**”. Síntese Trabalhista, São Paulo, Numero 163, paginas 11 a 17, janeiro de 2003.

MORAES, Alexandre de. “**Direito Constitucional**”. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Limites da Negociação Coletiva Na Perspectiva do Projeto de Flexibilização da CLT”. **Revista LTR**, São Paulo, vol. 65, nº 12, p. 1419 - 1431, dezembro de 2001.

PIOVESAN, Flávia. “A proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro, n.45, p.216 - 236, outubro a dezembro, 2003

_____. “**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**”. 3.ed. São Paulo. Editora Max Limonad, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro, Numero 46, paginas de 42 a 73, janeiro a março, 2004.

_____. “A Eficácia do Direito fundamental à Segurança Jurídica: a dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro, Numero 57, paginas de 5 a 48, outubro a dezembro, 2006.

SARMENTO, Daniel. “Direitos **Fundamentais e as Reações Privadas**”. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “**A Constituição e sua Reserva de Justiça, um ensaio aos limites materiais ao poder de reforma**”. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. “**Direitos Fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF**”. São Paulo: Malheiros, 2006.