

RELATÓRIO FINAL

EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Aluno: Gustavo da Costa Ferreira Moura dos Santos

Orientador: Telma da Graça Lage

Financiamento: VRAC/PUC-Rio

EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: A EFICÁCIA DO DIREITO AO TRABALHO

Aluno: Gustavo da Costa Ferreira M. dos Santos

Orientadora: Telma da Graça Lage

“ O trabalho é o valor sacrossanto da sociedade burguesa.”

Luís Buñuel (1900 – 1983)

Tendo em vista o *caput* do art. 6º da Constituição de 1988, que elenca o *direito ao trabalho* dentre os direitos sociais garantidos pelo Estado, causaria perplexidade aos incautos as seguintes palavras do ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Carlos Alberto Barata Silva, transcritas de seu *Compêndio de Direito do Trabalho*, em edição de 1986:

“Em face de seu conceito econômico – tomando-se o termo econômico em sentido amplo e aproveitando-lhe apenas a essência – constatamos, no trabalho, duas notas características: a fadiga e a pena. Não há, desde os primórdios da humanidade, trabalho humano desprovido dessas duas características, mesmo porque o trabalho foi imposto ao homem como castigo. O conceito de pena, não há como negar, evoluiu, transmutou-se por assim dizer, e a penosidade que alguns autores vêem claramente no trabalho passou a refletir, para grande parte da humanidade, um dever. Para alguns, um dever decorrente da própria necessidade de proverem a sua subsistência; para outros, um dever decorrente de um contrato, ainda que não imposto por uma necessidade vital. Para todos, no entanto, é o trabalho um dever, e por exigência da vida comunitária, um dever social (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 153, §23, e art. 160, II)”¹

Ora, como admitir que acerca do trabalho, a história constitucional tenha concebido acepções tão diversas – complementares, porém opostas – a de *direito* e a de *dever*? Em uma época em que a discussão acerca do trabalho é central, urge pôr em questão a dimensão da eficácia deste mandamento constitucional, cuja resposta não pode prescindir de uma análise mais retida acerca de seu conteúdo axiológico e normativo.

O objetivo deste artigo é, pois, esboçar uma visão panorâmica sobre a tutela do direito ao trabalho na Constituição de 1988, bem como estudar a emergência das diferentes correntes políticas que defendem a *desregulamentação* e a *flexibilização* do Direito do Trabalho. Não há como se falar da questão do trabalho sem se cogitar da análise das movimentações contemporâneas do Direito do Trabalho, que regula a relação contratual de trabalho subordinado e alienado, tão afeita ao modo de produção capitalista consagrado politicamente no país.

O direito ao trabalho e sua eficácia jurídica.

Luís Roberto Barroso, em seu livro “Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”, reiterou diversas vezes, lastreando-se em lição de Ruy Barbosa², que os ditames da

¹ BARATA SILVA, C. A. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 4.ª ed. São Paulo: LTr, 1986.

² BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Vol. 2, 1933. p. 489. apud. BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro:Renovar, 2002. p. 84.

Carta Magna não são meros avisos, recomendações, ou sugestões, mas, sim, normas jurídicas dotadas, portanto, da característica de imperatividade.

Logo, se o art. 6º confere a todos o direito ao trabalho, impõe ao Estado o dever jurídico respectivo de garanti-lo. Como explicar, contudo, os índices elevados de desemprego no país, girando em torno de 20% nas principais regiões metropolitanas do país³? Para responder ao que, juridicamente, corresponde este fato social, cumpre diferenciar os conceitos de existência, validade, eficácia e efetividade das normas jurídicas em geral. Ressalte-se que usaremos a terminologia utilizada por Luís Roberto Barroso e que esta subdivisão não é assente na doutrina. Conforme assevera José Afonso da Silva, “para aludir à existência do Direito, os juristas recorrem a diversas palavras, como *positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade e efetividade* do Direito”⁴.

Uma norma constitucional atende aos requisitos de existência quando estão presentes os elementos constitutivos necessários para seu ingresso no mundo jurídico: *agente, objeto e forma*. Logo, um mero costume jurídico não pode ser considerado norma constitucional, uma vez que nosso sistema romano-germânico não admite tal *forma* para revestir norma desta natureza. Dessa maneira, chegando ao Judiciário demanda que tenha como fundamento “norma constitucional consuetudinária”, o juiz poderia negar o pedido justificando-se pela inexistência da norma. O mesmo ocorreria se determinada organização não governamental editasse uma série de mandamentos e lhes pusesse o nome de “normas constitucionais”. Não se pode cogitar a existência de tais normas e sua aplicabilidade pelo Judiciário na condição de normas constitucionais por conta da falta de *agente* adequado para editá-las.

Não se confunde, porém, existência com validade. Uma norma existente pode ser inválida, quando não atendidos os requisitos que a lei estabeleceu como necessários para seu aperfeiçoamento, ou seja, *competência, forma adequada e licitude*. A ausência destes requisitos resulta em sanções de anulabilidade ou nulidade – a primeira, quando for menos grave o vício; a segunda, quando se tratar de defeito insanável. Porém, não se pode falar em inexistência do ato. Avaliar a validade ou invalidade de normas constitucionais originárias, tais como a que é objeto de nosso estudo, é tarefa complexa, devendo-se voltar às próprias origens da Constituinte. Contudo, uma das hipóteses em que se consideram normas jurídicas em geral *inválidas*, é sua inconstitucionalidade. Como veremos a seguir, um dos efeitos jurídicos da norma que estabelece o *direito ao trabalho* é orientar a ação da administração e do legislador, dos quais não podem emanar atos que vão de encontro a este mandamento. A principal diferença entre uma norma inválida e uma inexistente é que a primeira pode vir a produzir efeitos no lapso temporal entre seu ingresso no mundo jurídico e sua eventual declaração judicial de nulidade ou anulabilidade.

A análise da eficácia e da efetividade, contudo, são as que mais nos interessam quando da análise do *direito ao trabalho*. Muito embora sejam, algumas vezes, tratadas como sinônimas, as duas expressões designam situações diversas e que não se confundem. *Eficácia* de uma norma é sua aptidão para produzir os efeitos desejados, ou seja, é a sua “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos *típicos*”⁵. Diferente, pois, do conceito de *efetividade*, que é o cumprimento efetivo da norma no âmbito da sociedade. É um fenômeno cujo estudo diz respeito diretamente à sociologia jurídica. É por este motivo que muitos denominam a efetividade de *eficácia social* e o que chamamos de eficácia, de *eficácia jurídica*⁶.

³ Cf. <http://www.dieese.org.br>

⁴ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 53.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 83

⁶ Idem. p. 84

Ao estudo da eficácia jurídica das normas constitucionais dedicou-se José Afonso da Silva, que aduziu serem todas as normas constitucionais dotadas de tal atributo. Como já exposto, a Constituição não possui avisos, recomendações e conselhos e, sim, normas imperativas.

A eficácia, contudo, seria diferenciada de acordo com as peculiaridades de cada norma constitucional, notadamente quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. Muito embora abalizada doutrina as tenha distinguido em dois grupos⁷, compartilhamos da subdivisão adotada por José Afonso da Silva, que as classifica em *normas constitucionais de eficácia plena*, *normas constitucionais de eficácia contida* e *normas constitucionais de eficácia limitada*.

Normas constitucionais de eficácia plena são “todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los)”⁸. A ressalva do grande constitucionalista diz respeito justamente ao que já foi aqui aduzido – de que existe uma fundamental diferenciação entre o que configure eficácia jurídica e *efetividade*. Essa aplicabilidade imediata é possível porque o legislador constituinte fez com que fosse possível auferir, do texto constitucional, todos os mecanismos jurídicos necessários para a efetivação do disposto no dispositivo. Pode-se dizer, logo, que as normas de eficácia plena são de “*aplicabilidade direta, imediata e integral*, sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica”⁹.

Diferente do que ocorreria com as da segunda classe de norma constitucional, que são “de *aplicabilidade direta e imediata*, mas *não integral*, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade”¹⁰. Logo, a despeito de incidirem imediatamente e produzirem os efeitos queridos, prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas “de *aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*”. Diferentemente das duas outras classes de normas a que fizemos referência, elas não dispõem de forma integral a respeito dos interesses a que se prestam, ou seja, dependem de provisões legislativas outras para que possam surtir seus efeitos essenciais. Isto não significa, contudo, que não sejam dotadas de imperatividade, posto que a atuação estatal – seja legiferante, seja administrativa – está necessariamente condicionada ao princípio por elas instituído¹¹. Por este motivo, José Afonso da Silva as designa, também, como *normas constitucionais de princípio*. Estas ainda comportam duas subdivisões: *normas constitucionais de princípio institutivo* e *normas constitucionais de princípio programático*¹². Ao nosso estudo, interessam as *normas de princípio programático*.

O ***direito ao trabalho*** estabelecido no art. 6º da CRFB é uma ***norma constitucional de princípio programático***. Para entender nossa posição, observemos a definição dada a esta classe de normas constitucionais por Pontes de Miranda:

“Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de edictar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas

⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit. p. 72*

⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit. p. 72-3*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit. p.118-122*

¹² Normas constitucionais de princípio institutivo estabelecem esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos e entidades públicas. São de *princípio* porque não delineiam pormenorizadamente estes entes estatais, deixando tal tarefa para o legislador ordinário. Porém, os princípios gerais nelas estabelecidos vinculam a atuação do legislador, razão pela qual elas são consideradas normas imperativas e dotadas de aplicabilidade e eficácia. Elas corresponderiam ao que Luís Roberto Barros chamou de *normas constitucionais de organização*.

diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.”¹³(grifo nosso)

Por conta do fato de as normas de eficácia contida, por vezes, fazerem menção a uma legislação futura, há quem, erroneamente, as confunda com as normas constitucionais de eficácia limitada. Nesse sentido, José Afonso da Silva¹⁴ e Luis Roberto Barroso alertam para esse possível equívoco. Nas palavras do professor da UERJ:

“Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao “seguro desemprego” em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226).

No primeiro caso, existe um verdadeiro direito, tutelável consoante os fundamentos que pouco mais adiante serão expostos. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente frustrada pela omissão do legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na ‘desproteção’ da família.”¹⁵

Mesma diferenciação poderíamos fazer entre a norma que estabelece o direito à revisão geral anual (CF, art. 37, X) e a que estabelece o direito ao trabalho (CF, art. 6º, *caput*). A revisão geral anual é um direito concedido ao servidor público que lhe confere, anualmente, a correção monetária de seu subsídio, não permitindo que este perca seu poder de compra. Ela é uma norma constitucional de eficácia contida, porque esta revisão de remuneração somente pode ser feita por meio de lei de iniciativa privativa do poder executivo. Porém, não é meramente programática, porque a falta da revisão geral anual enseja responsabilização de inconstitucionalidade por omissão legislativa. Inclusive, há diversas decisões no STJ conferindo aos servidores que não receberam revisão anual de remuneração indenização por danos materiais e morais por conta da omissão legislativa. Transcrevemos, aqui, a parte da emenda do acórdão do RESP 824.923¹⁶:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. AUSÊNCIA. ART. 37, X, CF/88. EC Nº 19/98. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DECORRENTES DA OMISSÃO LEGISLATIVA. CONECTÁRIOS. SUCUMBÊNCIA. 1. A Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou o art. 37, X, da CF, assegurou aos servidores públicos o direito à revisão geral anual de seus vencimentos. 2. Incorreu o Chefe do Executivo em mora legislativa ao não elaborar ato normativo que lhe competia, motivo pelo qual são indenizáveis os danos materiais decorrentes do prejuízo que causou, no período de junho de 1999 - um ano após a edição da EC que previu o reajuste anual - a dezembro de 2001, data de entrada em vigor da Lei nº 10.331/2001, que conferiu o reajuste anual aos servidores, referente ao ano de 2002. 3. Indenização fixada com base no INPC."

Porém, seria possível a um desempregado pleitear um emprego ao Estado porque a Constituição lhe confere, em seu art. 6º, direito ao trabalho? É evidente que não. Tal situação

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.1 de 1969. págs 126-127, Tomo 1. *apud* SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* p. 128.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p. 91

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* p. 122.

¹⁶ RESP 824.923, STJ. J. 10/05/2006. Relator: Min. GILSON DIPP.

afigura-se esdrúxula até mesmo por conta do modo de produção capitalista, consagrado na nossa Constituição, que assegura o direito à livre iniciativa e à propriedade privada dos meios de produção. Logo, foge do próprio campo de prerrogativas e possibilidades de um estado liberal-burguês, mesmo que de índole social-democrática, a intervenção em tal seara.

O princípio programático estatuído neste dispositivo tem o condão de gerar os seguintes efeitos imediatos:

- revogar as normas anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substancia, qual seja, o direito ao trabalho;
- induzir inconstitucionalidade de normas editadas posteriormente, se com ele incompatíveis;
- possibilitar a oposição judicial, por parte das pessoas, ao cumprimento de regras ou a sujeição a atos que a ele vão de encontro;
- orientar a prestação jurisdicional, no sentido de vincular a interpretação e decisão na direção de garantir o direito ao trabalho, sempre que este esteja em xeque.

Não são, pois, efeitos negligenciáveis. Por exemplo, uma eventual norma jurídica que venha a restringir o acesso ao trabalho por parte de parcela da população de forma injustificada seria considerada materialmente inconstitucional por conta de ofensa direta a este princípio programático.

Exemplo maior de perscrutação do direito ao trabalho são as políticas públicas promovidas pelo Poder Executivo no sentido de promover o pleno emprego, por meio de subsídios governamentais, programas e ações sociais com vistas à colocação dos desempregados no mercado de trabalho e à criação de novos postos de trabalho.

Não se confunda, porém, o princípio programático do art. 6º com normas outras que conferem direitos concretos relacionados ao exercício do trabalho. Como exemplo, e diretamente relacionada ao próprio direito ao trabalho, temos a proteção contra despedida arbitrária estabelecida no art. 7º, inciso I.

Conforme atesta o próprio José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo¹⁷, esta trata-se de norma de eficácia contida, ou seja, de aplicabilidade imediata, mas sujeita aos limites de eventual lei complementar que venha a lhe delinear o alcance. Tal entendimento é corroborado pelo §1 do art. 5º, que estabelece que todas as normas que dispõem acerca de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. É pacífico na doutrina e jurisprudência, conforme ensina Arnaldo Süssekind¹⁸, que o art. 7º não conferiu direito à estabilidade, por conta do art. 10, inciso I das Disposições Constitucionais Transitórias, que limitou a “proteção” à indenização compensatória no valor de 40º da poupança acumulada no FGTS, consagrando o direito *postestativo* do empregador de despedida.

Segundo leitura de José Afonso da Silva, o *direito social ao trabalho* trazido no art. 6º tem seu conteúdo retirado do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho, e envolve o direito de livre acesso a uma profissão, à orientação e formação profissionais e à livre escolha do trabalho. Seria, pois, uma norma de aplicabilidade imediata em si e per si, cujo conteúdo normativo extrai-se dos demais dispositivos constitucionais a este respeito¹⁹. *Data venia*, entendemos que, a despeito de haver diversos direitos concretos e de aplicabilidade imediata relacionados ao exercício do trabalho, inclusive o direito à *liberdade de exercício* consoante o art. 5º, inciso XIII, entendemos haver, especificamente quanto ao disposto no art. 6º a este respeito, uma evidente norma constitucional de princípio programático, autônoma e, não, totalmente dependente da leitura de dispositivos outros para a sua compreensão.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 293

¹⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. São Paulo: Renovar: 2001

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p. 292

Tal assertiva demonstra-se mais evidente quando se coloca lado a lado os outros direitos estabelecidos no art. 6º da Constituição. O direito à saúde, por exemplo, aclamar-se-ia de forma mais harmoniosa à concepção aduzida de José Afonso da Silva. Como dispõem os arts. 196 e ss., a saúde é dever do Estado. Por conta disso, uma eventual prestação jurisdicional no sentido de assegurar a um indivíduo enfermo uma ação concreta por parte da Administração que lhe garanta o direito à saúde é perfeitamente possível, sendo inclusive assente nos tribunais e na doutrina este entendimento. O mesmo ocorre em relação ao direito à educação. Caso uma criança encontre-se sem acesso a vagas em escolas, o Judiciário pode obrigar a Administração a matriculá-la e, caso não seja possível em estabelecimentos públicos de ensino, existe até a possibilidade de haver matrícula em instituição privada às custas do erário. Entretanto, é absolutamente impossível a cidadão que se encontre sem emprego que consiga prestação jurisdicional de tal natureza.

Ora, mas se é possível a matrícula compulsória em instituição privada de ensino, porque não se poderia pleitear uma vaga de trabalho em empresa privada, já que o direito à educação se encontra ao lado do direito ao trabalho, no mesmo dispositivo constitucional e, aparentemente, dotados de igual importância? Observe-se a diferença sutil: quando se matricula uma criança em escola privada às custas do erário, não se está cogitando de imiscuir-se no campo de liberdade de gestão da empresa privada. Muito pelo contrário, está-se conseguindo mais um cliente para o dono da escola. Diferentemente de se, compulsoriamente, empregar alguém, a mando do Judiciário, em uma sociedade comercial, o que implicaria em verdadeira heresia em relação aos dogmas mais mezinhos do sistema capitalista e da ordem jurídica liberal democrática.

Direito ao trabalho e sua eficácia social.

Como já aduzido, o estudo da efetividade das normas jurídicas é mais afeto à sociologia que ao direito, o que não importa dizer que não seja de fundamental importância para os juristas. Em nome da objetividade e da pretensão de neutralidade e imparcialidade, podemos, com a maior das boas intenções, entrar involuntariamente para a comunidade de juristas que o professor da USP Jorge Luiz Souto Maior identificou como “Seita Secreta para a Efetivação dos Direitos Sociais”²⁰.

Muito embora tenham sido retiradas das normas constitucionais, desde 1967, referências ao trabalho como um dever, consoante o texto transcrito *supra*, o valor do trabalho como uma obrigação social não desapareceu da sociedade. Socialmente, a idéia de dignificação do homem por meio da labuta e a dor e o sofrimento como formas de se alcançar um estado de maior pureza e honradez é difundida e aceita. O próprio texto de Barata Silva transcrito acima demonstra tal assertiva, posto que foi escrito quando já não figurava na Lei Maior a palavra *dever*, como ocorria nas Constituições de 1937²¹ e de 1946²². Em verdade, o

²⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A Seita Secreta Para a Efetivação dos Direitos Sociais. *In* Síntese Trabalhista. V. 17, n. 198, Porto Alegre: Síntese, 2005.

²¹ Art. 136 da Constituição de 1937: “**O trabalho é um dever social**. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.” (grifo nosso)

²² Art 145 da Constituição de 1946: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. **O trabalho é obrigação social.**”(grifo nosso)

trabalho é fator de produção e a valorização do trabalho humano é um dos sustentáculos do próprio modo de produção capitalista.

Considerando que ter direito a algo é ter a faculdade de exigir de quem tem o respectivo dever jurídico este “algo”²³, como poderia ser possível que as pessoas, tendo possibilidade de escolha entre a penosidade decorrente da obrigação diária do trabalho e a dedicação integral ao ócio e aos prazeres da vida, optassem pelo primeiro caminho – se não houvesse um fator externo que lhes condicionasse a isso?

Existe, em verdade, toda a sorte de fatores os mais variados – sociológicos, psicológicos e antropológicos – e diversas repercussões e desmembramentos desses fatores, que renderiam, certamente, infinitas laudas de análises das mais intrigantes e complexas. É forçoso, contudo, destacar aquele que talvez seja o maior e mais determinante motivo para que tal fato social seja constatado.

Necessidade. As estruturas sociais, tais como se encontram organizadas, impõem às pessoas a necessidade de trabalhar para subsistir. Não precisamos recorrer a livros, tampouco a artigos acadêmicos para chegar a tal conclusão. Recorramos a Gonzaguinha, que, nos versos da música “Um Homem Também Chora”, cantou:

“Um homem se humilha/ Se castram seu sonho/ Seu sonho é sua vida/ E a vida é trabalho/ E sem o seu trabalho/ Um homem não tem honra/ E sem a sua honra/ Se morre, se mata/ Não dá pra ser feliz.”

Logo, uma Constituição que se preocupa em garantir o direito ao trabalho e à liberdade do exercício da profissão reafirma a sua índole democrática. O art. 6º da Constituição dispõe, *in verbis*:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifo nosso)

Logo a seguir, no inciso IV do art. 7º, que estabelece as necessidades a que, obrigatoriamente, o salário mínimo deve se prestar, dita:

Art. 7º, inciso IV: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;” (grifo nosso)

A coincidência dos termos moradia, alimentação, educação, saúde e lazer denota o primado da relação de *emprego*, elevada, pela Carta Magna a instrumento essencial para a efetividade dos demais direitos. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado afirmou, ao comentar acerca do matriz ideológica na qual o Estado de Bem Estar Social busca legitimação social:

“Esta matriz cultural sabiamente detectou que o trabalho, em especial o regulado (o emprego, em suma), por ser assecuratório de certo patamar de garantias ao ser humano, constitui-se no mais importante veículo de afirmação socioeconômica da grande maioria dos indivíduos componentes da sociedade capitalista, sendo, desse

²³ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* p. 103

*modo, um dos mais relevantes (senão o maior deles) instrumentos de afirmação da democracia na vida social.”*²⁴.

Mais do que instrumento de efetividade dos direitos sociais, seria o trabalho, também, instrumento para afirmação da própria democracia, por assegurar *um certo patamar de garantias*, imprescindíveis para o exercício dos direitos individuais.

Tal concepção vai de encontro a postulados básicos da teoria das “*gerações de direitos fundamentais*”, amplamente difundida na doutrina. Valendo-se de uma visão linear da história e a partir da experiência inglesa, esta teoria apresenta “gerações”, ou “ondas” em cujo fluxo se firmaram os blocos de direitos fundamentais. Os da primeira geração, surgidos no século XVIII, seriam os de liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos, tais como direito à vida, direito de ir e vir e direito de sufrágio. Os da segunda seriam os de igualdade, ou seja, os direitos sociais, tais como saúde, educação, moradia. Os de terceira geração, por sua vez, consistiriam nos ideais de fraternidade e solidariedade, naqueles direitos surgidos no século XX, tais como direito ao meio ambiente. Essa subdivisão, difundida no constitucionalismo pátrio²⁵, comporta variações as mais diversas, tendo sido concebida por Marshall no livro “*Cidadania, Classe Social e Status*”²⁶.

Os direitos civis ou *individuais*, tais como direito de ir e vir, direito à liberdade, à vida, etc, não podem, pois, segundo a tábua de valores trazida pela Constituição, mais constituir pressupostos dos direitos sociais e políticos. A ministra do STF Carmen Lúcia Antunes Rocha, em linda passagem transcrita de sua primorosa introdução ao livro *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, arrematou:

“É que não é livre o homem que não detém auto-suficiência material. Não há garantia do direito à vida enquanto não se figura juridicamente a fome como uma negação do sistema constitucional organizador da vida política no Estado. Para que a fome seja levada em consideração e tida como um mal, a não-justiça sentida individualmente e consentida socialmente, outra trilha não restou que a da reestruturação do Estado segundo um direito no qual a sociedade se obrigasse ao respeito e à Efetividade de alguns direitos. Para que se tivesse o pão houve que se organizar a sementeira. O cultivo do trigo se fez matéria de lei. E a garantia do arado se fez direito fundamental do sementeiro. A colheita do direito de hoje é a sementeira da política de ontem. A Justiça é o grão de sempre.

*Não é livre o homem ausente de nome que sua própria mão desenhe. Como saber de seu direito sem letra ou sinal conhecido o homem sem nome de gente? Não há direito para o qual a cegueira analfabeta ofereça luz. A saúde, a educação, a cultura, a moradia foram-se afirmando como condições mínimas necessárias para transformar em realidade o que a mera formalidade da norma encorpada não permitia. Esses novos direitos foram denominados direitos fundamentais sociais.”*²⁷.

A despeito de que, dentro de um marco teórico que consagre o modo de produção capitalista, estas garantias referentes ao trabalho configurem a forma mais humana e

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Globalização e Hegemonia: Cenários para a Desconstrução do Primado do Trabalho e do Emprego no Capitalismo Contemporâneo in SÍNTESE TRABALHISTA*. Porto Alegre: Síntese, v.17, n. 194, 2005. p. 21

²⁵ V. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros 1996. p. 517.

²⁶ MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. 1ª. ed.. Rio de Janeiro: Zahar, 1967

²⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 6-7.

democrática de estruturação do Estado, também não podemos negligenciar fatores diversos, que não o da necessidade, que, também, fazem com que os indivíduos busquem o trabalho e reivindicuem o direito ao trabalho. Rigorosamente, existem pessoas que não *necessitam*, mas que se submetem às penas do trabalho por conta de outros motivos de ordem sociológica, que remetem à idéia de dignificação, de honra e de purificação.

Até que ponto esta *liberdade* pela qual se lutou e que hoje se encontra positivada na ordem constitucional não representa uma forma mais perversa de apropriação da mais-valia, por conta da alienação do trabalho feita de maneira velada e camuflada por trás de novos mecanismos à disposição do empregador?

A recente onda de flexibilização e desregulamentação do trabalho é a um indício de que a resposta para essa pergunta deve ser alarmante. Muito embora diversas parcelas da sociedade repudiem e repilam determinada corrente que defende a autonomia da vontade aplicada ao contrato de trabalho subordinado nos moldes do século XVIII, é muito comum que idéias tais como *empregado-sócio*, *função social da empresa*, *empregado-autônomo*, *empregado-multifuncional*, *setor produtivo* etc, recebam por parte da parcela da população mais escorraçada e explorada aceitação integral.

Ora, é perfeitamente aceitável e lógica a idéia de que, no decorrer dos anos, a realidade econômica mutante demande do Direito do Trabalho mudanças substanciais, contudo dizer que ele deve ser flexível para “se adaptar à economia” é a sua própria negação. Serve como uma luva a lição de Luís Roberto Barroso:

“No nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o dever-ser tipificado na norma e o ser da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o direito deve limitar-se a expressar a realidade de fato. Isso seria a sua negação. De outra parte, é certo que o direito se forma com elementos colhidos na realidade, e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico socialmente eficaz.”²⁸

O trabalho, em novas formas e sob novas condições, transforma-se. A sociedade – conquanto até aqui continue a manter o valor trabalho como centro nuclear de sua organização – não tem alternativa senão repensar a sua organização, o que determinará, por certo, um rebalçamento da sistematização jurídica do projeto político. Os direitos fundamentais sociais, encarecidos no enfoque ao trabalho, terão de aceder a novas conquistas, coerentes com o novo momento social, sem perda do quanto conquistado em benefício do homem.²⁹

Em relação à dualidade direito/dever referente ao trabalho a que fizemos referência logo ao início do artigo, fica no ar a indagação se a visão de Barata Silva está extirpada da ordem jurídico-social e, também, a profecia de Léon Duguit que, há mais de século, disse:

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996. p. 223

²⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 53.

“Dia chegará em que nosso único direito será o direito de cumprir o nosso dever... Em que um Direito Positivo não admitirá títulos celestes e assim a idéia do direito subjetivo desaparecerá...”³⁰

³⁰ *Apud.* NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 22.^a ed.