

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

MARIANA CAVARRA BORTOLON

**A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA COMO
DIREITO FUNDAMENTAL**

VITÓRIA
2009

MARIANA CAVARRA BORTOLON

**A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA COMO
DIREITO FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Gilsilene Passon Picoretti Francischetto.

VITÓRIA
2009

MARIANA CAVARRA BORTOLON

**A PROTEÇÃO CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA COMO
DIREITO FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profª Drª. Gilsilene Passon Picoretti Francischetto
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora pela paciência, colaboração e preciosos ensinamentos, os quais foram imprescindíveis para a confecção deste trabalho.

A todos os professores do Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais, que com suas aulas contribuíram para a construção de um saber enriquecido, possibilitando o aperfeiçoamento deste estudo.

Aos meus pais, que sempre incentivaram a busca incessante pelo conhecimento e sempre contribuíram de todas as formas para a concretização do meu crescimento pessoal e profissional.

Ao André Schwartz Varejão, pela ajuda na finalização deste trabalho, pela compreensão e apoio incondicional.

“Pensamos demasiadamente
Sentimos muito pouco
Necessitamos mais de humildade
Que de máquinas.
Mais de bondade e ternura
Que de inteligência.
Sem isso,
A vida se tornará violenta e
Tudo se perderá.”

Charles Chaplin

“Pensamos demasiadamente
Sentimos muito pouco
Necessitamos mais de humildade
Que de máquinas.
Mais de bondade e ternura
Que de inteligência.
Sem isso,
A vida se tornará violenta e
Tudo se perderá.”

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar que a proteção do empregado contra a dispensa arbitrária no Brasil mostra-se insatisfatória, em razão da interpretação inadequada que vem sido dada ao art. 7º, I, da CF/88, aliado à inércia do legislador ordinário em regulamentar o dispositivo em apreço. Para alcançar o fim pretendido, este estudo explicita as etapas de desenvolvimento do labor humano na modernidade, evidenciando a ascensão do valor dado ao trabalho no capitalismo industrial e a sua conseqüente crise, diante de um cenário permeado pelo modelo capitalista pós-industrial, caracterizado pela utilização de alta tecnologia. Feita esta análise crítica da história do trabalho no período moderno, procura revelar formas de revitalização do movimento operário, para que este passe a funcionar como um agente da emancipação social, devolvendo ao labor o seu papel de instrumento garantidor da cidadania e da dignidade humana. Visto isto, passa-se a defender a fundamentalidade dos direitos sociais trabalhistas, etapa essencial para compreender o núcleo do problema deste estudo, o qual gira em torno do art. 7º, I, da CF/88. A partir de então, inicia-se um esforço para compreender como se desenvolveu a proteção do empregado contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa no ordenamento jurídico interno, culminando com a análise das discussões ocorridas na Assembléia Constituinte de 1987, a qual deu origem ao art. 7º, I, da CF/88. Neste momento, passa-se a verificar as nuances do dispositivo em comento, explicitando a interpretação dominante da doutrina pátria acerca desta norma, bem como a interpretação mais adequada do referido artigo, de acordo com uma leitura integrada com os demais direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988. Nesta perspectiva, tendo em vista a inércia do legislador ordinário em regulamentar a matéria, passa-se a expor os limites que este deverá encontrar, levando em consideração a valorização do trabalho como fundamento da República e o princípio implícito da proibição do retrocesso social. Por fim, conclui-se o trabalho com a apresentação de uma proposta emancipatória para a proteção do empregado contra a dispensa arbitrária no Brasil, a qual seja capaz de coibir os abusos empresariais e refrear o intenso processo de desemprego e rotatividade de mão-de-obra.

Palavras-chave: Despedida arbitrária. Dignidade humana. Direito fundamental ao trabalho. Direitos sociais. Movimento operário. Trabalho.

ABSTRACT

This paper demonstrates that the employees protection against arbitrary dispensation in Brazil it shows unsatisfactory, due to inadequate interpretation that has been given to the art. 7, I of CF/88, combined with the inertia of the ordinary legislature to regulate the norm in question. To achieve the intended purpose, this study explains the stages of development of human labor in modernity, highlighting the rise of the value given to work in industrial capitalism and its consequent crisis, facing a scenario permeated by post-industrial capitalist model, characterized by the use of high technology. With this critical analysis of the work history in the modern period, demand reveal ways to revitalize the labor movement so that it will act as an agent of social emancipation, returning to the role of labor instrument guarantor of citizenship and human dignity. That said, is in order to defend the labor social rights as a fundamental right, essential step to understand the core problem of this study, which revolves around the art. 7, I of CF/88. Since then, it will begin an effort to understand how the employee protection against arbitrary or waiver without cause was developed in the domestic legal system, culminating with the analysis of the discussions held in the Constituent Assembly of 1987, which led to the art. 7, I of CF/88. At this moment, it starts to check the nuances of the rule in comment to clarify the interpretation of dominant nation doctrine on this standard, as well as the most appropriate interpretation of that article, according to a reading integrated with the other fundamental rights enshrined in the Constitution of 1988. In this perspective, in view of the inertia of the ordinary legislature to regulate this matter, it becomes to expose the limits that it should meet, taking into account the appreciation of the work as the foundation of the Republic and the implicit principle of social setback prohibition. Finally, the work is concluded by presenting an emancipator proposal to protect the employee against arbitrary dispensation in Brazil, which is able to curb corporate abuses and curb the intense process of unemployment and labor turnover.

Keywords: Farewell arbitrary. Fundamental right of work. Human dignity. Labor movement. Social rights. Work.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2.2. CRISE DO TRABALHO: FIM DA UNIÃO CAPITAL-TRABALHO.....	37
2.3. O MOVIMENTO OPERÁRIO COMO FORMA DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL	43
3. A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA.....	59
3.1. HISTÓRICO NACIONAL DA PROTEÇÃO AO EMPREGO	59
3.2. A PROTEÇÃO AO EMPREGO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	67
3.3. A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A SUA REPERCUSSÃO NO PAÍS	79
3.4. COMENTÁRIOS SOBRE O ARTIGO 7º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	92
4. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL.....	99
4.1. O PRINCÍPIO IMPLÍCITO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	110
4.2. UMA PROPOSTA EMANCIPATÓRIA PARA A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA NO BRASIL.....	116
5. CONCLUSÃO.....	137
6. REFERÊNCIAS	148

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 apresenta um rol extenso de direitos e garantias fundamentais, sendo conhecida por tal fato como Constituição Cidadã. Não obstante o reconhecimento de tais direitos pelo legislador constituinte, sabe-se que os direitos fundamentais ainda enfrentam um grande problema de efetivação e, em alguns casos, até mesmo de reconhecimento, como ocorrem com os direitos sociais, os quais enfrentam até hoje problemas para aceitação do seu caráter de fundamentalidade.

No caso específico do Brasil, temos um rol extenso de direitos sociais fundamentais, tais como 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 previstos em nossa Constituição, os quais o Poder Público tem sido incapaz de garantir, sempre se justificando na falta de recursos para tanto.

Apesar de tais direitos estarem assegurados em nossa Constituição e, muito embora, por se tratarem de direitos fundamentais, devessem ter aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CF/88), é notório o grande número de excluídos que não tem acesso a nenhum desses direitos, vivendo, ou melhor seria dizer, sobrevivendo, à margem de qualquer condição de dignidade.

A situação de exclusão social de um número expressivo de pessoas não deixa de demonstrar a frustração das promessas da modernidade, as quais não se cumpriram. O sonho de prosperidade que o sistema capitalista, aliado à globalização econômica, instalou no seio da sociedade ocidental como sendo a grande saída para as mazelas sociais não foi capaz de se cumprir.

O resultado está em todas as ruas e esquinas de nosso país, assim como em grande parte dos países do mundo, inclusive nos ditos desenvolvidos. Tal quadro social deve, portanto, ser fomentador na busca de novas propostas e políticas públicas capazes de amenizar os problemas trazidos pelo sistema capitalista neoliberal.

Levando-se em consideração estas premissas, aliada às profundas barreiras que os direitos sociais encontram, tanto no campo político, quanto nos próprios quadros jurídicos, para serem

efetivamente implementados e promovidos, que se concebe o problema ao qual o presente trabalho propõe discutir.

Dentre os direitos sociais ganham especial atenção os direitos trabalhistas. É por meio do trabalho que grande parte das pessoas garante o seu modo de sobreviver, portanto, os direitos trabalhistas representam um núcleo básico, sem o qual não é possível viver com dignidade.

Nesse sentido, a preocupação central do presente trabalho relaciona-se com os direitos sociais trabalhistas fundamentais, mais especificamente com o art. 7º, I, da CF/88. O artigo em comento traduz o direito dos trabalhadores, urbanos e rurais, à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária, a depender de regulamentação de lei complementar.

Não obstante a preocupação do legislador constituinte em estabelecer um direito social tão importante para a segurança dos trabalhadores, constata-se que, mesmo após dezoito anos de existência da Carta Magna, a sobredita lei complementar até hoje não foi editada. A situação se encontra, provisoriamente regulamentada pelo art. 10, I, da ADCT, o qual estabeleceu indenização compensatória pela dispensa arbitrária de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) sobre o FGTS.

O silêncio do legislador infraconstitucional quanto à lei complementar em cotejo não ocorre por acaso. Sabe-se que a pressão empresarial, aliada ao discurso neoliberal, é muito intensa para que este artigo da Constituição não seja regulamentado. Tal fato não é difícil de ser vislumbrado, na medida em que se entende que não apenas este, como todos os outros direitos trabalhistas, vão de encontro aos ideais neoliberais, à globalização econômica e ao sistema capitalista. Tais correntes têm defendido justamente a tese da necessidade de uma maior facilitação da dispensa para atender à concorrência do mercado e aos novos ciclos de produção.

Nesse sentido, tendo em vista a conjuntura econômica e ideológica que se apresenta atualmente, bem como a necessidade de regulamentação, em especial, do artigo 7º, I, da nossa Carta Magna, quanto à proteção contra a despedida arbitrária, indaga-se, no presente trabalho, quais os limites da futura norma jurídica regulamentadora do dispositivo apontado diante do princípio da proibição do retrocesso social?

Logo, a questão proposta tem como finalidade desvendar os limites do legislador constituinte infraconstitucional na regulamentação do dispositivo em comento, levando-se em consideração não apenas o quadro provisório instalado pelo art. 10, do ADCT, mas também e, principalmente, a adequada interpretação sistemática da Constituição, colocando-se como cerne da questão os direitos fundamentais ali insculpidos, os quais devem ser respeitados.

Frise-se que, os esforços do trabalho então proposto caminham no intuito de, por meio de uma fundamentação ética e jurídica, encontrar limites à atuação futura do legislador infraconstitucional com vistas a evitar que este tenha liberdade tal de conformação que possa, inclusive, causar um retrocesso na esfera social trabalhista, por meio da interpretação adequada da Lei Suprema aliada à aceitação e defesa, em nosso ordenamento, do princípio do não retrocesso social.

Vislumbra-se que o princípio do não retrocesso relaciona-se com a idéia da segurança jurídica, decorrendo implicitamente do sistema constitucional, mormente em razão, essencialmente, dos princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e do princípio da confiança.

Ademais, frise-se que o próprio art. 3º, II, da nossa Carta Magna estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional. Ora, se o desenvolvimento nacional é um dos objetivos primordiais de nosso país, qualquer medida retrocessiva deve ser considerada inconstitucional. Sob este prisma, o legislador infraconstitucional encontra-se limitado, não podendo criar normas que atrapalhem o desenvolvimento (aqui entendido em sentido *lato*, ressaltando-se o aspecto do desenvolvimento social) de nosso país.

Insere-se neste cenário o problema e os perigos que uma futura norma regulamentadora do art. 7º, I, da CF/88 podem trazer, ao limitar os direitos contra a despedida arbitrária do empregado. Este tipo de situação pode significar um retrocesso em matéria dos direitos sociais já consagrados pelos trabalhadores, como por exemplo, a redução do percentual da multa sobre o FGTS decorrente da dispensa sem justa causa.

Por tal motivo, fica claro visualizar que, vindo a existir a lei complementar citada no dispositivo em análise, importante entender que a mesma deve respeitar certos limites com base no princípio do não retrocesso social, pois, diversas vezes, a garantia do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada não são suficientes para manter uma ordem equilibrada, evitando prejuízos à órbita dos direitos sociais.

Ainda, serão discutidos meios razoáveis de se resgatar o valor do trabalho humano, como um dos principais instrumentos de concretização da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Como se verá adiante, o discurso neoliberal e o modelo de produção capitalista pós-industrial fragilizam de todas as formas este papel do labor humano, demonstrando inadequadamente a sua incapacidade de garantidor dos principais direitos do indivíduo.

Toda a discussão sempre retomará a questão principal, delineada na falta de regulamentação do art. 7º, I, da CF/88, haja vista que para devolver ao obreiro a consciência de que o trabalho humano é a principal fonte de dignidade do indivíduo é preciso, no mínimo, que haja patamares satisfatórios e suficientes de segurança no emprego.

Para o alcance da proposta aqui tratada o trabalho será desenvolvido em três capítulos. No primeiro capítulo será delineada uma perspectiva histórica do trabalho humano a partir do prisma da modernidade, contextualizando sua ascensão e crise, diante de fatores econômicos, sociais e culturais caracterizadores do período moderno.

Ainda no primeiro capítulo também serão traçadas propostas para a revitalização do movimento operário, de modo que este seja capaz de devolver ao labor humano o seu papel de agente integrador dos indivíduos, bem como de instrumento para conquista da dignidade. Neste aspecto, destaca-se a importância de demonstrar a fundamentalidade dos direitos sociais, revelando que estes devem assumir uma posição igualitária em relação aos clássicos direitos de defesa, no que tange a sua proteção e efetivação.

Já no segundo capítulo, será realizado um apanhado histórico da proteção contra a dispensa arbitrária no Brasil, destacando-se a situação atual cunhada pela Constituição Federal de 1988. Também será abordada a Convenção 158 da OIT, a qual trata justamente da proteção do empregado contra dispensa arbitrária, e sua rápida passagem pelo ordenamento jurídico interno.

O final do segundo capítulo tem como cerne o art. 7º, I, da CF/88, revelando os conceitos de despedida arbitrária e sem justa causa, a interpretação dominante da doutrina brasileira sobre este dispositivo, e demonstrando qual deveria ser a interpretação adequada da norma em apreço, levando-se em conta a interpretação sistemática da Constituição.

Por fim, o último capítulo do presente estudo irá trabalhar com a noção do princípio do não retrocesso social, demonstrando a sua condição de princípio implícito da Carta Magna de 1988. Também será apresentada uma proposta emancipatória no que tange à proteção do empregado contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa no Brasil.

É importante salientar que a proposta apresentada neste estudo de proteção do vínculo empregatício independe da edição de lei complementar a respeito, tendo em vista que os princípios insculpidos na Constituição já possibilitam a sua implementação. Porém, como é a própria Lei Suprema quem abre a possibilidade do legislador ordinário regulamentar a matéria, imprescindível analisar os limites que este deverá enfrentar, levando-se em consideração, inclusive, o princípio do não retrocesso social, constituindo este aspecto um dos problemas centrais deste trabalho.

A importância em se debater o tema proposto é revelada quando se leva em conta o perfil ideológico dominante atual (neoliberalismo e capitalismo), constatando-se que a não edição da lei complementar referida no dispositivo em análise se deve às pressões da ideologia neoliberal e do modo de produção capitalista pós-industrial, que têm interesse na menor esfera de direitos possíveis no que concerne à proteção dos trabalhadores.

Porém, mais preocupante do que a não regulamentação do diploma legal em cotejo, é a sua regulamentação, mas para diminuir as conquistas já concretizadas pelo operariado em relação ao percentual indenizatório sobre o FGTS. Neste tocante, o presente estudo assume extrema importância, na medida em que procura desenvolver uma fundamentação sólida para estabelecer limites à liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, de forma a impedir um possível e provável retrocesso social na esfera dos direitos trabalhistas.

Levando-se em consideração que o direito de proteção contra a dispensa arbitrária é um direito fundamental do trabalhador, imprescindível, portanto, se torna tanto a investigação quanto os limites legislativos referentes à futura norma regulamentadora do art. 7º, I, da

CF/88, quanto a investigação de uma proposta emancipatória para a proteção no emprego, que devolva ao trabalho humano o seu caráter de garantidor da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

A análise se mostra profundamente relevante sobretudo porque esta discussão ainda não encontra posicionamento consagrado no ordenamento jurídico, estando o tema ainda carente de regulamentação e tratamento na doutrina e jurisprudência.

Justifica-se, ainda, o presente debate, porque o princípio do não retrocesso social garante uma certa segurança jurídica, a qual não se alcança em plenitude apenas pela garantia de intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. A impossibilidade de retrocessos na área social garante, mesmo que de forma indireta, a dignidade da pessoa humana, uma vez que esta não pode ser alcançada em um solo fértil para a instabilidade. Assim, a atuação do Estado deve, sempre, levar em conta o indivíduo, pois este é o fim que justifica a existência de toda a máquina burocrática.

Por fim, resta dizer que muitos esforços são realizados com o intuito de não se concretizar os objetivos pretendidos pela Constituição, justamente para se manter o sistema capitalista e o ideal neoliberal, sem se preocupar com a efetivação dos direitos sociais nela inseridos.

Portanto, sendo claro que a Constituição está sujeita a um jogo de tensões e poderes, este trabalho tem como uma de suas justificativas principais, fazer valer o verdadeiro espírito de nossa Carta Magna, no que tange ao respeito à intenção do legislador constituinte originário ao elaborar o seu art. 7º, I, levando-se em consideração não este dispositivo isoladamente, mas o seu significado diante de sua integração com os demais direitos fundamentais ali consagrados.

Busca-se proteger a vontade do constituinte, bem como desenvolver uma proposta emancipatória em relação à proteção do emprego contra os abusos do mercado econômico, tentando, por meio de uma construção de argumentos jurídicos, evitar o esvaziamento do dispositivo citado e a retrocessão do já conquistado direito ao percentual indenizatório de 40% (quarenta por cento) sobre o FGTS.

Entretanto, deve-se destacar que o cerne da questão não é manter o padrão já conquistado pelo obreiro no que concerne a proteção do seu emprego, mas sim ir além. Verificando-se que o nível de proteção hoje implementado não é satisfatório para garantir um emprego digno, a preocupação do presente estudo gira em torno de encontrar, por meio de uma interpretação adequada da Constituição, um nível de proteção que realmente combata ao alto índice de desemprego e à grande rotatividade de mão-de-bora.

Nesse sentido, pode-se destacar como objetivos específicos deste trabalho: a defesa da fundamentalidade do direito social consagrado no art. 7º, I, da CF/88; a verificação da passagem da convenção nº 158 no cenário nacional; a análise do conceito e o âmbito de aplicação do princípio do não retrocesso social, com relação ao dispositivo apontado; a análise dos limites da futura norma regulamentadora do art. 7º, I, da CF/88, em face do princípio do não retrocesso social, bem como a análise de uma proposta emancipatória relativa à proteção da continuidade no emprego, capaz de devolver ao labor humano o seu papel de garantidor da dignidade da pessoa.

Para se alcançarem os objetivos pretendidos, elege-se para o desenvolvimento do presente trabalho o método dedutivo, levando-se em conta que será tomada como ponto de partida uma premissa geral, a de que todos os direitos fundamentais devem ser respeitados e interpretados de modo que seja atingida a sua máxima eficácia, para se chegar a premissa específica de aplicação e interpretação do art. 7º, I, de acordo com sua máxima efetividade.

A base teórica deste estudo encontra solidez nos argumentos de Boaventura de Sousa Santos, Zygmunt Bauman e Ingo Wolfgang Sarlet. O diálogo entre estes autores possibilitará o desenvolvimento deste trabalho, de modo que sejam alcançados satisfatoriamente os seus objetivos.

2. O TRABALHO E A MODERNIDADE

A modernidade é constituída por uma série de fatores tanto no plano das idéias como no plano dos fatos sociais. O presente trabalho desenvolverá, brevemente, os principais acontecimentos históricos sociais que marcaram o período moderno, sob a perspectiva principal do trabalho humano.

Segundo Cornelius Castoriadis (2006, p. 18), a modernidade se divide em três fases: a da formação do ocidente, ocorrida entre os séculos XII e XVII, a da crítica da modernidade, com sua afirmação, identificada entre o século XVIII até a Segunda Guerra Mundial e a da retirada para o conformismo, com a crise dos principais pilares da modernidade, ocorrida após Segunda Guerra Mundial.

Importante anotar que este estudo não irá tratar da primeira fase da modernidade, de formação do ocidente, já que neste momento não é possível identificar importantes transformações no cenário do labor assalariado.

Dedicar-se-á, portanto, atenção apenas às outras duas fases, porém de maneira sintética e simplificada e, sempre, inserindo no contexto as linhas mais relevantes para o desenvolvimento do trabalho humano, de modo que seja colocado como cerne da questão os motivos que o levaram a sua ascensão e posterior desestabilização.

Nesse sentido, importante será associar os acontecimentos de apoio à modernidade com o desenvolvimento do capitalismo, base para a permanência da classe burguesa no poder. Para que seja atendido tal intento, entretanto, é importante observar o papel das ciências na construção da modernidade para, após, passar aos seus principais fatos sociais.

Antes, porém, de se adentrar no estudo das características marcantes que formaram o paradigma do período histórico moderno, algumas digressões devem ser relacionadas à etimologia da palavra modernidade. Sobre o conceito ora em análise, pontua Krishan Kumar (1997, p. 79):

Modernus, derivado de modo (“recentemente”, “há pouco”), uma palavra de formação tardia na língua latina, seguiu o modelo de *hodiernus* (derivada de *hodie*,

“hoje”). Foi usada inicialmente, em fins do século V D.C., como antônimo de *antiquus*. Mais tarde, termos como *modernitas* (“tempos modernos”) e *modernis* (“homens do nosso tempo”) tornaram-se também comuns, sobretudo após o século X.

O termo moderno surgiu, portanto, na Idade Média, sendo utilizado para expressar aquilo que é novo, que é contrário ao antigo. A idéia de modernidade para designar um período histórico serviu bem aos ideais da época em questão, que se julgava nova, futura a tudo o que já havia existido.

Complementando o sentido do texto, explicita Eduardo Bittar (2005, p. 34):

Ora, a palavra revela, portanto, uma preocupação de designar o que está nascente, ao que está associado ao *presente-que-deseja-o-futuro* e, portanto, coube bem para designar o período histórico que haveria de ser plantado sob a insígnia da liberdade e da racionalidade. A modernidade, para designar o período histórico pós-renascentista, é a expressão do próprio espírito de um tempo ansioso pela superação dos dogmas e das limitações medievais. O século XVII é, portanto, o momento de eclosão de vários desses anseios, que, sob condições peculiares, permitiu o florescimento de uma nova dimensão social e econômica, especialmente na Europa, onde o espírito da modernidade vem associado à idéia de progresso (Bacon, Descartes).

Nesse sentido, a própria análise do conceito etimológico da palavra modernidade já nos permite desvendar o espírito “arrogante” que marcou o período histórico conhecido por este nome, evidenciado em meados do século XVII. Em verdade, todo o conhecimento que consolidou a modernidade se baseava na razão, na ciência, na matemática, no absoluto.

Apesar de o espírito moderno ser melhor identificado a partir da eclosão de idéias e acontecimentos que marcaram o século XVII, pode-se dizer, de certa forma, que o Renascentismo, movimento ocorrido nos fins da Idade Medieval, trouxe a semente para o despertar de uma nova época, a modernidade. Na Renascença há um resgate do pensamento da Antigüidade Clássica, voltando-se às atenções, novamente, para a história dos séculos, dos humanos, em contraponto à história sagrada (KUMAR, 1997, p. 86).

Porém, ainda há uma crença generalizada nos fins dos tempos, deixada pelas idéias ensinadas por Santo Agostinho, bem marcadas pela história sagrada do Cristianismo, a qual dominou toda a Idade Média, indo de encontro ao lema da modernidade, povoado pela idéia de progresso e prosperidade. Entretanto, como dito, o espírito renascentista é fundamental para o início da modernidade (KUMAR, 1997, p. 86-87).

A revolução científica iniciada nos idos do século XVI também é considerada como semente fecunda para a ascensão do período moderno. A partir daí, começam a surgir novos estudos sobre os fenômenos da natureza, desvinculados da explicação divina. Os pesquisadores e estudiosos das ciências naturais começam a construir métodos próprios de estudo e observação dos fatos baseados na razão, o que mais tarde, acabará se tornando o verdadeiro conhecimento científico das coisas. Tudo o que não tiver método próprio baseado na razão, na lógica e na matemática não será considerado Ciência.

Francis Bacon é um dos nomes mais marcantes da Ciência Moderna, porque inaugura este modo de pensar desvinculado do sobrenatural. Bacon critica o conhecimento humano até então vigente, pois acredita que sem um método próprio de estudo o homem seria incapaz de avançar em suas pesquisas, dada a superioridade da natureza face aos sentidos humanos (1979, p. 5-6).

A incessante busca de Bacon em diferenciar a Ciência de outros tipos de conhecimento desvinculados da razão e da verdade o levou a estabelecer uma série de regras que levaria ao método puro de conhecimento. Apenas através do método puro de estudo das ciências naturais, seria possível ao homem alcançar descobertas até então inimagináveis para a mente humana. Ciência para Bacon, grande representante do pensamento dominante que se instalou na modernidade, significava poder, o poder de vencer a natureza (1979, p. 6-9).

Neste tocante, Francis Bacon (1979, p. 14) explicitava que “Ciência e poder coincidem, uma vez que sendo a causa ignorada, frustra-se o efeito.” Nestas breves palavras muito se pode transpassar acerca da revolução científica ocorrida no período moderno, qual seja, a busca de poder, de dominação do obscuro, do desconhecido. E poder interessava a classe ascendente burguesa, coincidindo os interesses intelectuais da época com os acontecimentos fáticos: ascensão da burguesia e consolidação do capitalismo.

Quanto ao método proclamado pelo citado autor (1979, p. 16), o mesmo era incisivo em suas advertências:

Só há e só pode haver duas vias para investigação e para descoberta da verdade. Uma que consiste no saltar-se das sensações e das coisas particulares aos axiomas mais gerais e, a seguir, descobrirem-se os axiomas intermediários a partir desses princípios e de sua inamovível verdade. Esta é a que ora se segue. A outra, que recolhe os axiomas dos dados dos sentidos e particulares, ascendendo contínua e gradualmente

até alcançar, em último lugar, os princípios de máxima generalidade. Este é o verdadeiro caminho, porém ainda não instaurado.

A busca da verdade, através de um método puro da razão do conhecimento não é apenas uma preocupação baconiana, apesar deste autor ser um dos maiores expoentes da ciência moderna. A busca da verdade através da lógica racionalizante é o paradigma consolidado pelo período moderno. É, sem dúvidas, uma das características mais marcantes deste momento histórico.

Pode-se dizer, assim, que a modernidade rompe com os paradigmas de conhecimento antes instaurados e inaugura o seu próprio. A marca do conhecimento científico moderno é algo até então nunca experimentado na história. Há aqui um rompimento com o conhecimento não racional, ou não científico, sendo desprezadas outras formas de saberes não pautadas pelos métodos estruturantes da modernidade.

Sobre a formação do paradigma dominante, instaurado pelo pensamento consolidado na modernidade, afirma Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 60-61):

O modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode falar-se de um modelo global (isto é, ocidental) de racionalidade científica que admite variedade interna, mas que se defende ostensivamente de duas formas de conhecimento não científico (e, portanto, potencialmente perturbadoras): o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos (em que se incluíam, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teleológicos).

Este quadro demonstra bem que a modernidade se constrói em um momento de oposição ao período medieval. Neste, a religião, mais precisamente, a religião cristã, era dominadora de todo o conhecimento. As respostas de todos os questionamentos encontravam em Deus a sua solução. O conhecimento moderno pretendia justamente extirpar o elemento divino de seus métodos e soluções.

Nesta esteira, tudo o que não fosse racional, que não pudesse ser matematicamente comprovado, não teria utilidade como conhecimento. Nesse diapasão, o senso comum, bem como os estudos humanísticos, deixam de ter importância para o conhecimento, pois estes não poderiam ser provados com a exatidão que lhes proporcionaria a matemática, a física, não

constituindo-se em verdades absolutas, e se não eram verdades absolutas, não haveriam de ser úteis para o conhecimento moderno.

Tal modelo de conhecimento inserido pela modernidade passa a ser um modelo global, aceito por todos. O conhecimento científico passa ser o único conhecimento relevante, sendo tal fato globalmente aceito. Mas além de ser um modelo global, a nova racionalidade é também um modelo totalitário. Sobre o assunto esclarece Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 61):

Sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautam pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. É esta a sua característica fundamental e a que melhor simboliza a ruptura do novo paradigma científico com os que o precedem. Está consubstanciada, com crescente definição, na teoria heliocêntrica do movimento dos planetas de Copérnico, nas leis de Kepler sobre as órbitas dos planetas, nas leis de Galileu sobre a queda dos corpos, na grande síntese da ordem cósmica de Newton e, finalmente, na consciência filosófica que lhe conferem Bacon e Descartes. Esta preocupação em testemunhar uma ruptura fundante que possibilita uma e só uma forma de conhecimento verdadeiro está bem patente na atitude mental dos protagonistas, no seu espanto perante as próprias descobertas e na extrema e ao mesmo tempo serena arrogância com que se medem com os seus contemporâneos.

Não se pode olvidar, também, que na modernidade o homem desenvolve os seus saberes também com o intuito de dominar a natureza, conforme explicitado pelo próprio pensamento baconiano anteriormente citado. Diferente do que ocorreu em etapas históricas anteriores à modernidade, a natureza deixa de ser o foco, não é mais ela que domina o homem, e sim o contrário.

Todo o conhecimento científico que passava a se desenvolver serviria para que o homem dominasse a natureza, de maneira que esta serviria ao homem. Com a modernidade, portanto, passa-se a acreditar que o homem, por meio de seu conhecimento científico tem inteligência suficiente para dominar a natureza, e garantir a existência da raça humana pela eternidade, ao contrário da crença medieval do fim dos tempos.

O moderno estudo dos fenômenos naturais foi tão intenso e dominador, que acabou influenciando diretamente a forma de estudo e conhecimento das ciências sociais emergentes. Estudava-se, portanto, o indivíduo da mesma forma que se estudava o movimento da queda dos corpos, por exemplo.

Assim, o fato do ser humano ter suas especificidades, subjetividades, bem como o fato de a sociedade ser marcada pelo momento histórico e cultural de determinada época foram de certo modo ignorados, tentando fazer-se das ciências sociais também uma ciência objetiva, na tentativa de encontrar verdades absolutas que servissem como leis naturais. O assunto é bem ilustrado por Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 65):

No século XVIII, este espírito precursor é ampliado e aprofundado, e o fermento intelectual que daí resulta, as Luzes, vai criar as condições para a emergência das ciências sociais no século XIX. A consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista. Dado que, segundo este, só há duas formas de conhecimento científico – as disciplinas formais da lógica e da matemática e as ciências empíricas segundo o modelo mecanicista das ciências naturais – as ciências sociais nasceram para ser empíricas (...).

Como bem observado, as ciências sociais, portanto, nascem para serem empíricas. Porém, sabe-se que às ciências sociais falta a objetividade que é marcante nas ciências exatas e, talvez, por este motivo, durante algum tempo as ciências sociais tenham sido discriminadas e consideradas atrasadas, pois não alcançariam a objetividade esperada, objetividade esta que é marca característica das ciências naturais tão em voga na modernidade.

A modernidade, entretanto, não é marcada apenas pelo aspecto científico e filosófico. Os aspectos sociais, na esfera política e econômica, contribuíram para que a modernidade se tornasse o espectro que se tornou.

Importa dizer que a substituição do modelo medieval de conhecimento serviu bem aos interesses insurgentes das novas dinâmicas sociais, e é neste ponto que se entrelaçam o conhecimento científico moderno com os fatos sociais marcantes do mesmo período.

A ascensão da burguesia - classe social que não detinha poder político, mas detinha poderio econômico, iniciada já em meados do século XVII é um dos principais fatores responsáveis pela consolidação do modelo capitalista de produção, outra importante marca do período moderno.

Neste tocante, vale dizer que o grande símbolo da ascensão da burguesia ao poder, bem como da afirmação do capitalismo é a revolução francesa. De acordo com Cláudio Vicentino (1997, p. 262) este movimento “é comumente considerado uma prova definitiva da maturidade

burguesa, pois com a queda do absolutismo e a tomada de poder político pela burguesia, sepultaram-se os últimos entraves ao capitalismo”.

Nesta perspectiva, a Revolução Francesa pode ser apontada como o mais relevante acontecimento de contribuição para a ideologia política da modernidade. Diferente do que muitos pensam, esta revolução trazia consigo os ideais de uma classe ascendente, a burguesia, que viria a dominar as mais variadas formas de poder a partir dos fins do século XVIII até os dias atuais.

Conforme apontado por Zygmunt Bauman (2001, p. 66) as idéias das classes dominantes passam a ser as idéias dominantes. Muito embora um número expressivo de pessoas de baixa capacidade econômica e política tenha participado dos motins que marcaram a Revolução Francesa, era justamente a alta burguesia, classe dominante, quem estava ali imprimindo os ideais a serem alcançados com a derrocada do Absolutismo.

O grande número de pessoas menos abastadas que contribuiu para os aspectos mais sangrentos da Revolução, na verdade, poucos frutos dela colheu. Tratavam-se, em grande parte, de trabalhadores perto do nível da miséria, que não tinham nada mais na vida além de sua força física para oferecer.

Essas pessoas foram animadas pelo falso discurso de que deveriam ter os mesmos direitos que aqueles que ocupavam o cenário do poder e, deste modo, deveriam ser abolidos os privilégios destes últimos, buscando-se uma sociedade mais justa e igualitária, conquistada através da liberdade individual.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) é um bom exemplo disso. Aparentemente, é um documento contra a sociedade hierarquicamente organizada e contra privilégios de classes, porém, no mesmo documento transparecia a existência de distinções sociais, como foi o caso, só para citar como exemplo, do voto censitário e da consagração da propriedade privada individual (ambos favoreciam nitidamente apenas os detentores de poder econômico).

Assim, a tão almejada liberdade só alcançaria, além dos outros que já a detinham no Antigo Regime (clero e nobreza), aos novos detentores do poder, a burguesia. O grande trunfo da

burguesia se concentra no mercado, no comércio, quanto mais fortalecido for o mercado, quanto mais livre ele puder se desenvolver, mais chances teria tal classe de continuar ditando suas vontades a todo mundo.

Com a subida da burguesia ao poder foi, portanto, inevitável a consolidação na modernidade da ideologia do liberalismo. De acordo com Antonio Carlos Wolkmer (2000, p. 116-117):

O liberalismo surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social emergente (a burguesia) na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc.

Não se pode falar no liberalismo do século XVIII sem mencionar a grande contribuição de John Locke para o seu desenvolvimento, principalmente no que se refere ao direito de propriedade. Na realidade, Locke é considerado por alguns como o fundador do liberalismo (BITTAR, 2005, p. 46).

Este pensador defendia que todos são iguais e todos detêm a mesma liberdade para trabalhar e adquirir, através de seu trabalho, suas propriedades. Assim, segundo Locke, embora a terra seja herdada por todos os homens, igualmente à priori, através do seu trabalho, o homem torna sua certa propriedade de maneira inquestionável (LOCKE, 2001, p. 407-409).

Vale à pena destacar que é neste cenário do final do século XVIII, animado pela Revolução Francesa, ascensão da burguesia e do capitalismo e eclosão do liberalismo político, que os chamados direitos civis e políticos passam a ser reconhecidos. Tais direitos revelam estreita vinculação com à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência a opressão (WOLKMER, 2003, p. 07).

Neste aspecto, Eric J. Hobsbawm (2005, p. 423-425) explicita as principais características dos direitos civis e políticos, surgidos ao final do século XVIII e consolidados durante grande parte do século XIX. Em primeiro lugar, destaca o autor que os referidos direitos pertencem ao indivíduo, entendido este no sentido abstrato, diferenciando da anterior concepção do ser humano sempre atrelado a sua comunidade e contexto social.

Em segundo lugar, pontua o citado autor (2005, p. 424) que a consequência direta de se entender o indivíduo considerado abstratamente é a igualdade e universalidade de aplicação de seus direitos. Sendo assim, outra característica marcante dos direitos civis e políticos é a sua alcunha universal e igualitária, ignorando as diferenças que cada pessoa ou grupo de pessoas possa comportar.

Por derradeiro, esclarece Eric J. Hobsbawm (2005, p. 424-425) que “estes direitos eram essencialmente de natureza política ou jurídico-política, pois o objetivo de proclamá-los era fornecer garantias institucionais a seres humanos e cidadãos.” Apesar disso, os direitos civis e políticos não implicavam um programa social a ser concretizado, por serem tidas como liberdades negativas a serem garantidas e respeitadas pelo Estado, no caso, o Estado Liberal.

É notório que os direitos em comento servem bem ao discurso liberal, fonte de afirmação da classe burguesa no poder. A insígnia da liberdade e da igualdade abstratas era tentadora, pois disseminava a idéia de que todos, independente da classe pertencente, poderiam prosperar, bastando para tanto empregar seu esforço pessoal no labor, já que inexistiam os antigos privilégios de casta, comuns ao Estado Absolutista.

Porém, não foi bem isto que ocorreu. Aqueles considerados economicamente desfavoráveis, por mais que destinassem a maior parte de seu tempo ao trabalho, nunca conseguiram acumular propriedades relevantes, revelando as sônicas pretensões burguesas envolvidas nas entrelinhas da ideologia liberal.

Neste ponto, Antonio Carlos Wolkmer (2003, p. 117) destaca que:

(...) Em seus primórdios, o Liberalismo se constitui na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista (apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais exploradas) utiliza contra o Antigo regime Absolutista. Acontece que, no início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária marcada pela “liberdade, igualdade e fraternidade”, em que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo passa à fase industrial, a burguesia (a elite burguesa), assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa “a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal” que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo.

Insta frisar que os interesses burgueses estiveram presentes desde a primeira semente plantada para a germinação da nova ordem social, porém, enquanto precisou do fôlego da grande

parcela populacional menos favorecida, a classe burguesa se utilizou de um discurso dissimulado, que parecia incluir estas pessoas no novo projeto político, filosófico e econômico. Porém, assim que se viu livre da ajuda plebéia lhe virou as costas, como era a intenção desde o início.

Entretanto, a classe menos favorecida economicamente é sempre a que mais cresce, logicamente em razão da ganância da classe dominante. Neste diapasão, é possível dizer que a classe operária cresceu de forma espantosa nesta segunda fase da modernidade.

Em qualquer lugar nas cidades modernas em que se precisasse construir ou em que se precisasse dos serviços públicos da municipalidade (encanamento, rede de esgoto etc.) havia trabalhadores para empregar sua força física e decorar as cidades modernas (HOBSBAWM, 2003, p. 164). A modernidade foi sustentada pelo fortalecimento do capitalismo, sendo importante assinalar que, nesta fase de afirmação e ascensão dos ideais modernos, o capital dependia do trabalho humano.

O incremento do capitalismo ocorreu, principalmente, em decorrência da Revolução Industrial (sentida ainda nos fins do século XVIII e início do século XIX), a qual gerou uma verdadeira virada no modo de trabalho. O trabalho assalariado nas indústrias da Europa, principalmente Inglaterra, passou a ser praticamente a única alternativa possível para aqueles que não têm mais outra escolha senão emprestar sua força física para garantir a subsistência, gerando, por meio do labor, crescentes riquezas.

O Estado Liberal, que se fazia valer pela mão invisível e total liberdade do mercado (BITTAR, 2005, p. 46) encontrava-se ameaçado pela força de reunião do operariado, que não parava de crescer. Os proletários trabalhavam em condições sub-humanas, constituíam o verdadeiro esgoto de onde brotava o ouro.

O trabalho realizado em condições degradantes somado ao intenso processo de industrialização também pode ser apontado como fenômeno responsável pela necessidade de novos direitos. Nesse sentido, explica Eric J. Hobsbawm (2005, p. 430):

(...) uma sociedade industrial criava a necessidade de novos direitos, que antes não haviam sido necessários; por exemplo, o direito à proteção no trabalho contra riscos que anteriormente não existiam, ou que poderiam ter sido considerados como

insignificantes. Em suma, sob a nova sociedade capitalista os antigos direitos humanos à vida e à subsistência *tinham* de ser repensados na teoria e na prática.

Para não perder a ordem e hegemonia, a classe dominante se viu sem alternativa, a não ser ceder às pressões do proletariado. Ceder de forma que acalmasse o fervor revolucionário. Não a ponto de conferir poder necessário para construção de uma sociedade mais justa, e não a ponto de dividir, justamente, suas riquezas.

A pressão feita pela classe operária é, portanto, uma das principais razões para o reconhecimento e institucionalização dos direitos relativos ao trabalho, à previdência, à saúde, à educação etc. É justamente por força do poder de reunião dos proletariados que o Direito do Trabalho passa a ser reconhecido como novo ramo da Ciência Jurídica. (HOBBSAWM, 2005, p. 431).

E neste cenário observa-se a solidificação de um novo modelo estatal, o Estado-providência, interventor e paternalista. Enquanto o Estado Liberal não intervinha no mercado, o Estado Providência o fazia, de modo a manter fora de perigo as ambições da burguesia, estabelecendo a ordem e afastando o caos.

Aliás, ordem e progresso eram os mandamentos da modernidade, na fase em análise. Como bem descrito por Bauman (2001, p. 70) ordem era a regra, desordem a exceção. O mundo deveria ser meticulosamente ordenado e todas as coisas deveriam ter utilidade, ou simplesmente deveriam ser usáveis. O que não fosse usável ou útil não servia para mundo.

Na verdade, esta busca pela boa ordem acabou gerando o desaparecimento da tensão entre regulação social e emancipação social. Inicialmente, buscava-se a boa ordem, porém, rapidamente a boa ordem passou a significar ordem total e irreversível. Assim, a lógica da modernidade capitalista funcionava da seguinte maneira: qualquer proposta contrária aos interesses capitalistas deveria ser entendida não como sinal ou possibilidade de emancipação, mas sim como possibilidade concreta de volta ao caos e desestabilização da ordem posta, devendo ser extirpada (SANTOS, 2007, p. 119-120).

Neste prisma, surge o modelo da fábrica fordista, em que a forma de administração inaugurado por Henry Ford se tornou mais do que um *modus operandi* dentro das indústrias,

para se adequar ao modo de pensar da sociedade da época. Sobre o assunto pontua Bauman (2001, p. 69):

O fordismo era a autoconsciência da sociedade moderna em sua fase “pesada”, “volumosa”, ou “imóvel” e “enraizada”, “sólida”. Nesse estágio de sua história conjunta, capital, administração e trabalho estavam, para o bem e para o mal, condenados a ficar juntos por muito tempo, talvez para sempre – amarrados pela combinação de fábricas enormes, maquinaria pesada e força de trabalho maciça. (...) O capitalismo pesado era obcecado por volume e tamanho, e, por isso, também por fronteiras, fazendo-as firmes e impenetráveis. (...).

Nota-se, pela análise acima transcrita, que esta fase da modernidade é conhecida como uma fase sólida, uma vez que as coisas eram feitas para durarem senão para sempre, por muito tempo. As verdades eram incontestáveis, a ordem mantinha as pessoas, o trabalho, as idéias fincadas em lugar que não saíam tão cedo.

Aliás, permita-se, brevemente, a explicação do significado de ordem, na visão moderna do termo. De acordo com as lições de Zygmunt Bauman (2001, p. 66) ordem “significa monotonia, regularidade, repetição e previsibilidade”. Sendo assim, ordem significa que alguns eventos têm uma probabilidade muito grande de ocorrer, em detrimento de situações alternativas, as quais as chances de ocorrência são mínimas.

A crença no mundo ordeiro e mecanicista da “modernidade pesada” parecia inabalável. Entretanto, sua solidez estremeceu com os novos tempos que se anunciavam. Com o fim da Segunda Guerra mundial, o mundo já não era mais o mesmo, os paradigmas modernos começaram a enfrentar um tremor, era a crise que ascendia.

O desenvolvimento da tecnologia a partir de então não parou de crescer. E a fábrica fordista se tornou ultrapassada. O trabalho humano deixou de ser tão imprescindível ao capital, o que nos leva a enxergar um futuro demasiado óbvio em alguns aspectos. Se o movimento operário ganhou força porque o capital dependia de seu trabalho, não é difícil imaginar uma crise deste movimento com a aparente independência do capital sobre o trabalho.

Esta fase da modernidade, iniciada aproximadamente com o fim da Segunda Grande Guerra e que se arrasta até os dias atuais, não é tão sólida como a que a antecedeu, assim como o capitalismo também já não mais o é. Para compreender melhor essa passagem do capitalismo

pesado para o capitalismo leve (entendendo também esta fase como modernidade líquida em oposição à modernidade sólida) Bauman (2001, p. 70) nos explica que:

Em seu estágio pesado, o capital estava tão fixado ao solo quanto os trabalhadores que empregava. Hoje o capital viaja leve – apenas com a bagagem de mão, que inclui nada mais que pasta, telefone celular e computador portátil. Pode saltar em qualquer ponto do caminho, e não precisa demorar-se em nenhum lugar além do tempo que durar sua satisfação. O trabalho, porém, permanece tão imobilizado quanto no passado – mas o lugar em que ele imaginava estar fixado de uma vez por todas perdeu sua solidez de outrora; buscando rochas, as âncoras encontram areias movediças. Alguns dos habitantes do mundo estão em movimento; para os demais é o mundo que se recusa a ficar parado. (...).

O clima de segurança e ordem parece ter se esfumado no ar. Apesar disso, as pessoas continuam obcecadas pela busca da segurança e pela espoliação da desordem. Neste contexto, a classe dominante se agarra a um discurso conservador e propõe uma única saída, uma única solução para o progresso, outrora mais próximo, hoje, mais longe do que nunca. Sem esquecer que, não importa se sólido ou líquido, é o mercado quem continua ditando as ordens do mundo e os valores humanos continuam coisificados pela obsessão consumista.

É assim que o Estado Providência entra em crise, e os investimentos nas áreas sociais são drasticamente cortados. Isto representou, sem dúvidas, a volta de um discurso conservador, denominado de neoliberalismo, apresentando-se como a única saída na busca incessante pela segurança, principalmente após a derrocada do socialismo (SANTOS, 2007, p. 19).

Importante esclarecer que o “neoliberalismo não é uma versão nova do liberalismo, mas antes uma versão velha do conservadorismo¹” (SANTOS, 2007, p. 19). Neste aspecto, Wolkmer (2000, p. 120) explicita:

¹ Sobre o conservadorismo Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 18) explica que este significa um posicionamento político inflexível a quaisquer concessões aos excluídos do contrato social. A volta do conservadorismo sob a insígnia do neoliberalismo se dá em razão da crise do reformismo, como explicita o citado autor (2007, p. 19): “(...) A crise do reformismo, que, nos países centrais assumiu a forma de crise do Estado –providência e, nos países periféricos e semiperiféricos, tomou a a forma de crise do Estado desenvolvimentista – através de ajustamentos estruturais e de cortes drásticos nas já de si incipientes despesas sociais do Estado -, significou, em termos políticos, o ressurgimento do conservadorismo e o levantamento de uma maré ideológica contra a agenda da inclusão gradual e crescente no contrato social (...). Deste modo, parecia (e parece) bloqueada a via legal para a emancipação social. Apesar de estruturalmente limitada, essa via – uma promessa emancipatória regulada pelo Estado capitalista e, por conseguinte, conciliável com as necessidades incessantes e intrinsecamente polarizadoras de acumulação do capitalismo – foi, nos países centrais, a explicação, ao longo de muitas décadas, para a compatibilidade existente entre o capitalismo – sempre hostil a redistribuição social – e a democracia (...). Mas, uma vez que a tensão habitava o modelo político no seu todo, a desintegração da emancipação social acarretou consigo a desintegração da regulação social. Daí a dupla crise de regulação e emancipação em que nos encontramos hoje, uma crise em que o conservadorismo floresce sob o nome enganador de neoliberalismo. (...)”

(...)O ressurgimento do 'Neoliberalismo' ocorre como resultado da crise do nacional-populismo e a derrota do socialismo. (...), o Neoliberalismo é, ao mesmo tempo, semelhante e diferente do liberalismo. É semelhante na medida em que defende a idéia de que o mercado, e não o Estado, deveria ser o único alocador de salários e capital. Defende a 'desregulamentação' total, a derrubada das barreiras comerciais, a livre circulação de bens, de trabalho e de capital. Ambas as doutrinas posicionam-se contra as regulamentações (trabalhistas, ambientais etc.), e a favor da 'auto-regulamentação' do mercado. (...) em termos dos contextos que surgem, são bem diferentes. O liberalismo e suas doutrinas de livre comércio combateram as restrições pré-capitalistas. O Neoliberalismo luta contra o capitalista sujeito às influências do sindicalismo (o chamado Estado de bem-estar social).

Frise-se, também, que o neoliberalismo estimula a tecnologia concorrencial e esta, na medida em que vai se desenvolvendo, acaba gerando o fim de diversos parques industriais que não conseguem acompanhar a velocidade da alta tecnologia. Este quadro influencia negativamente um grande contingente do trabalho humano, provocando altos índices de desemprego. Ou seja, se bem analisada a questão, conclui-se que a política neoliberalista intensifica a crise do trabalho (ANTUNES, 2007, p. 39).

Visualiza-se, portanto, que a única saída apresentada ao mundo, hoje, não é capaz de resolver os novos problemas que a própria modernidade criou. O grande número de excluídos que não tem acesso algum ao sistema atual só tende a agravar-se pelo discurso conservador neoliberal, calcado no valor mercado.

Outra consequência direta do quadro fático apresentado é a estratificação da sociedade civil. Neste tocante, Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 43) revela a existência de três tipos de sociedade civil: a sociedade civil íntima, a sociedade civil estranha e a sociedade civil incivil.

Nesse sentido, explica o citado autor (2007, p. 43) que, considerando o Estado no centro de certa sociedade, a sociedade civil íntima será aquela composta pelo círculo interior feito à volta do Estado. Assim, os indivíduos abrangidos pela sociedade civil íntima desfrutam de uma hiper-inclusão, tendo acesso à garantia e efetividade dos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente. As pessoas que compõe a sociedade civil íntima são, portanto, aquelas que mantêm vínculos estreitos com o mercado e com as forças econômicas dominantes.

Por seu turno, a sociedade civil estranha, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 44) "é o círculo intermédio em redor do Estado." Compõe a sociedade civil estranha, basicamente, o que se designa hoje por classe média da população. São pessoas que

experimentam uma medida de inclusão social, mas também, uma medida de exclusão social. Esta camada da sociedade, na visão do autor, tem um bom acesso aos direitos civis e políticos, porém, têm dificuldades para desfrutar dos direitos sociais e econômicos.

Por fim, continua Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 44) “a sociedade civil incivil corresponde ao círculo exterior habitado pelos totalmente excluídos.” Em se tratando dos chamados Estados de terceiro mundo, esta situação é agravada, tendo em vista que a sociedade civil incivil é composta por parcela significativa da população, a qual não tem acesso nenhum aos direitos fundamentais positivados e, aparentemente, garantidos pelo Estado.

Nesta perspectiva, analisada a questão social sob este prisma, é de se indagar: se este é o progresso prometido, em que grande parte da população mundial não pode mais ser considerada humana, porque vive em total falta de dignidade e completamente à parte do sistema, devemos aceitar este tal progresso (ou seria melhor dizer retrocesso)?

Na verdade, a garantia do valor dignidade deve ocupar o centro de nossas preocupações e não o valor comércio ou mercado. Neste ponto, acredita-se que o movimento operário pode funcionar como um fator de emancipação social, caso se esforce pela busca da dignidade humana, perdida já há algum tempo.

Para entender como pode este movimento funcionar como emancipatório é necessário, antes, fazer uma análise da ascensão do trabalho na “modernidade sólida”, para sua respectiva queda ou crise na “modernidade líquida”. Esta é a preocupação que passa a ocupar as próximas linhas do presente estudo.

2.1. ASCENSÃO DO TRABALHO: A UNIÃO DO CAPITAL COM O TRABALHO

A ascensão do trabalho não durou muito tempo na história da modernidade, porque logo após o seu apogeu veio a sua drástica queda no meio social. Porém, durante algum tempo, pode-se dizer que eram dentro dos circuitos de produção (fábricas e indústrias) que as pessoas se uniam, trocavam idéias, encontravam identidades em comum e tornavam-se cidadãos.

O Estado moderno, nesta fase “sólida”, como já sustentado em linhas anteriores, se preocupava com a ordem, com o progresso. O olhar voltava-se para o presente desejador do futuro próspero. O passado não interessava, não tinha valor, nem utilidade para o homem moderno.

O Antigo Regime foi desestruturado, o poder não mais poderia estar contido nas mãos de um único soberano, governador de toda uma nação, uma vez que, segundo a nova teoria política moderna, todos são iguais aos olhos de Deus, e Ele não escolheria apenas um humano para ser seu porta-voz, para ser superior a todos os outros.

Nesta perspectiva, Norberto Bobbio (1992, p. 4) acrescenta que na passagem da Idade Média para a Idade Moderna há uma inversão dos valores calcados na relação política, ou seja, na relação Estado/ cidadão ou soberano/ súdito, a qual originou o Estado moderno. Para o autor, esta relação passa a ser encarada, cada vez mais, sob o prisma dos direitos dos indivíduos, deixando para trás a ênfase nos direitos do soberano. A sociedade passa então, na era moderna, a ser entendida sob o foco individualista, abandonando a concepção organicista tradicional.

Para retirar o elemento divino do papel central do poder, as teorias políticas modernas que serviram de esteio à nova classe dominante foram as contratualistas, desenvolvidas, com base no contrato social, bem como na afirmação dos direitos individuais. O Estado se forma por meio do contrato social, pelo consenso dos indivíduos. Em teoria, o elemento divino é substituído pela vontade geral, o povo abre mão do estado de natureza e escolhe seus representantes para estruturação do Estado, da ordem.

Um dos principais defensores da idéia de formação do Estado, através do contrato social, é Jean Jaques Rousseau, o qual criticava duramente o regime absolutista e a entrega de todo o poder político nas mãos de um único homem soberano. Este ato de entrega da liberdade de todo um povo para um soberano, não era, segundo Rousseau um ato de vontade, mas sim um ato de necessidade, de força, não produzindo, portanto, direito ou convenção (2002, p. 20-28).²

² Thomas Hobbes também pode ser apontado como um dos grandes expoentes do pacto social, porém difere de Rousseau na medida em que não se contrapõe ao Estado Monárquico, ou seja, não critica a idéia do homem soberano a quem é entregue por todo um povo o poder de governá-los. Em sua obra mais famosa “Leviatã: ou a

Segundo Rousseau (2002, p. 29) “haverá sempre uma grande diferença entre sujeitar uma multidão e governar uma sociedade”. Para que uma sociedade possa ser governada, na visão do citado autor, (31-33) é preciso que haja convenção, ou seja, é necessário que todos os indivíduos de uma sociedade unam suas forças, através de um consenso, e busquem garantir a vontade geral. Apenas deste modo seria possível falar em Estado e cidadãos livres.

Este consenso é determinado por Rousseau através do pacto social, ou contrato social. Este, por sua vez, deveria conter cláusulas de tal natureza que garantisse a todos os indivíduos um estado de igualdade, sem que fossem determinados privilégios a favor de uns, recaindo apenas onerosidades em detrimento de outros (2002, p. 32).

Nesse sentido, a passagem do estado de natureza para o estado civil, segundo Rousseau (2002, p. 37) contém, sucintamente, a seguinte essência:

Esta passagem do estado de natureza para o estado civil produz no homem uma mudança muito marcante, substituindo em sua conduta, o instinto pela justiça, e dando-lhe às ações a moralidade que lhes faltava antes. É só então que a voz do dever, sucedendo ao impulso físico e ao direito ao apetite, faz o homem, que até então não tinha olhado senão para si mesmo, ver-se forçado a agir por outros princípios, e consultar a razão antes de escutar suas inclinações. (...).

matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil”, Hobbes (2000, 99-107) explicita que o estado natural do homem é a condição de guerra de uns conta os outros, cada qual defendendo as suas próprias razões. Sendo impossível ao homem preservar-se neste estado e, buscado a paz e a felicidade, ou seja, uma vida melhor a toda comunidade, os homens fazem um pacto, significando este um ato no qual nenhum dos pactuantes cumpre sua parte prontamente, mas ficando os direitos e obrigações reservados para o futuro, mediante a confiança ou a fé em que todos cumprirão seus deveres em momento oportuno (HOBBS, 2000, p. 103). Porém, continua Hobbes (2000, p. 126), por ser da natureza humana os sentimentos ruins da inveja e da cobiça, é natural que os indivíduos tendam a descumprir este pacto e, por tal motivo, todo povo, consensualmente, transfere a um homem ou a uma assembléia de homens o direito de governar a todos e fazer cumprir, seja como for, o pacto social, representado neste ato o nascimento do Estado.

Outro defensor do pacto social é John Locke, o qual parte das mesmas premissas de Hobbes e Rousseau segundo as quais os homens viveriam em um estado de natureza, nascendo o poder político e o estado de sociedade somente através do pacto social (1978, p. XVIII). Sobre o começo das sociedades políticas, Locke (1978, p. 71) assevera: “Sendo os homens, conforme acima dissemos, por natureza, todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar consentimento. A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz uma com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela. (...) Quando qualquer número de homens consentiu desse modo em constituir uma comunidade ou governo, ficam, de fato, a ela incorporados e formam um corpo político no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos.”

Nota-se, deste modo, que o traço distintivo de Locke para os outros pensadores citados é a ênfase em que este reveste à proteção dada à propriedade, revelando a importância em consentir um governo no qual a maioria governa por todos, Locke acentua a necessidade do pacto social para proteção da propriedade privada, indo ao encontro dos mais relevantes interesses do processo capitalista do período moderno.

Aparecem no texto de Rousseau, se bem observado, também os princípios norteadores de toda a modernidade: a razão, sem o qual o homem não se faz superior às outras espécies, a idéia de dever, sem o qual não é possível alcançar a ordem e a liberdade civil, a qual substitui a liberdade natural, sendo aquela cunhada de mais intensa moralidade do que esta última.

Analisando o contrato social como um dos pilares da modernidade Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 28) explicita que “o contrato social assenta em três pressupostos: um regime geral de valores, um sistema geral de medidas, e um tempo-espaço privilegiado.” Todos estes pressupostos caminham bem durante a fase “sólida” da modernidade e, inclusive, eles se relacionam no sentido de favorecer o apogeu do trabalho humano, muito valorizado nesta época.

Locke já anunciava que Deus deu a terra aos homens igualmente. A propriedade individual nasceria, portanto, através da apropriação pelo trabalho, pelo esforço dispendido por cada um, isoladamente (LOCKE, 2001, p. 407-409). O trabalho era propagado como uma forma de ascensão social e, até mesmo hoje, é assim.

Entretanto, atualmente se sabe o que talvez muito poucos sabiam (ou quisessem saber) naquela época: a ascensão social não depende apenas do trabalho, porque o valor pecuniário dado ao mesmo jamais será suficiente para que se possuam riquezas, propriedades. A burguesia não quer e nunca quis dividir seu poderio econômico, o que ela faz é amenizar o espírito emancipatório que pode ameaçar a sua permanência no poder.

Como afirma Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 29), o dinheiro e as mercadorias compõem o sistema geral de medidas da modernidade. Tudo é medido pelo seu valor de barganha no mercado, inclusive o trabalho, o qual é barganhado, é valorado, como se mercadoria fosse. O discurso enaltecedor do trabalho não passa de uma “violência simbólica”³, porque para a burguesia ele é apenas uma mercadoria.

³ A expressão então utilizada foi empregada de acordo com o conceito de “violência simbólica” delineado por Pierre Bourdieu (2002, p. 11), vejamos: “Contra todas as formas do erro <<interacionista>> o qual consiste em reduzir as relações de força a relações de comunicação, não basta notar que as relações de comunicação são, de modo inseparável, sempre, relações de poder que dependem, na forma e no conteúdo, do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou pelas instituições) envolvidos nessas relações e que, como o dom ou o *potlatch*, podem permitir acumular poder simbólico. É enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os <<sistemas simbólicos>> cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma

Neste tocante, Karl Marx (século XIX) realiza uma abordagem crítica do capitalismo, especialmente em sua obra *O capital*, revelando a exploração do operariado pela classe dominante. A teoria marxista se preocupava com a acumulação da riqueza por uma só classe, sendo excluída a classe proletária. Seus ideais não lograram êxito, mas, sem dúvidas, foram essenciais para a necessidade de uma revolução social e econômica insculpida em meados do século XIX, arrastando-se até o século XX (BITTAR, 2005, p. 50-51).

O que importa dizer, neste momento, é que o trabalho foi colocado em um papel principal na fase de afirmação da modernidade. Nesse sentido, Zygmunt Bauman entende que (2001, p. 157):

Quaisquer que tenham sido as virtudes que fizeram o trabalho ser elevado ao posto de principal valor dos tempos modernos, sua maravilhosa, quase mágica, capacidade de dar forma ao informe e duração ao transitório certamente está entre elas. Graças a essa capacidade, foi atribuído ao trabalho um papel principal, mesmo decisivo, na moderna ambição de submeter, encilhar e colonizar o futuro, a fim de substituir o caos pela ordem e a contingência pela previsível (e portanto controlável) seqüência dos eventos. Ao trabalho foram atribuídas muitas virtudes e efeitos benéficos, como, por exemplo, o aumento da riqueza e a eliminação da miséria; mas subjacente a todos os méritos estava a sua suposta contribuição para o estabelecimento da ordem, para o ato histórico de colocar a espécie humana no comando de seu próprio destino.

O trabalho era, portanto, um meio de conferir cidadania, de colocar ordem no mundo selvagem. Apesar disso, como antes acentuado, o trabalho não fugiu ao sistema geral de medidas da modernidade, era uma mercadoria e sua valorização no mercado se deu, basicamente, enquanto o capital era extremamente dependente dele para produzir riquezas.

Nasce, então, a consciência fordista, de ordenação dos trabalhadores para que eles não abalem o casamento com o capital. Nesse sentido, pontua Zygmunt Bauman (2001, p. 164): “Ao descobrir que o trabalho era a fonte da riqueza, a razão tinha que buscar, utilizar e explorar essa fonte de modo mais eficiente que nunca”.

O capitalismo quer riqueza, esta é a engrenagem que mantém seu motor funcionando. Sendo assim, nenhum valor poderá ter qualquer coisa/ pessoa que seja incapaz de gerar riquezas. Neste período, o trabalho é o principal motor capaz de produzir lucros. Apesar da invenção das máquinas a vapor, estas ainda não são capazes de substituir o labor do indivíduo.

classe sobre a outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, segundo a expressão de Weber, para a <<domesticação dos dominados>>.”

É justamente neste contexto que se dá a ascensão do trabalho na “modernidade sólida”.⁴ O capital depende da força de trabalho humana e, por tal motivo, cede às suas pressões e concede uma gama de direitos trabalhistas, de proteção e “valorização” do trabalhador. É aqui que temos uma verdadeira fortificação dos sindicatos trabalhistas, os quais surgem como principais atores na luta contra a exploração selvagem capitalista sobre os trabalhadores.

O desenvolvimento do movimento sindical, na visão de Eric J. Hobsbawm (2005, p. 47):

(...) é quase universal em sociedades de capitalismo industrial (a menos que seja impedido pela coerção física). O desenvolvimento de “partidos” trabalhistas ou socialistas foi tão comum nestas sociedades que os casos infrequentes em que eles não se desenvolveram (como nos Estados Unidos) são comumente tratados como excepcionais, exigindo explicações especiais. (...).

Enquanto a alta burguesia foi um grupo de elite com voz ativa no cenário mundial, por ocupar sempre lugares de comando, podendo, deste modo, individualmente ou em pequenos grupos, provocar acontecimentos, o proletariado deveria se organizar em grandes grupos para ter voz ativa. Assim, o sindicato, o partido e o movimento tornam-se as expressões comuns da classe operária. Individualmente, o trabalhador não consegue fazer acontecer, porque ele não ocupa posições centrais é, portanto, individualmente enfraquecido. Coletivamente, foi capaz de conquistar muitos direitos (HOBSBAWM, 2005, p. 45-46).

Zigmunt Bauman (2001, p. 169) esclarece bem esta lógica da coletividade proletária, em detrimento do seu poder de barganha individual:

Os sindicatos recriaram a impotência dos trabalhadores individuais na forma do poder de barganha coletivo e lutaram com sucesso intermitente para transformar os regulamentos incapacitadores em direitos dos trabalhadores e reformulá-los como limitações impostas à liberdade de manobra dos empregadores.

Note-se que os direitos trabalhistas são conquistados apenas porque o capital depende do trabalho, não pode viver sem ele, tem que, de alguma forma, impedir que seu rebanho fuja sabe lá Deus para onde. Tem que sufocar os ideais marxistas que desafiam a lógica do sistema capitalista, tem que fazer com que os obreiros se sintam valorizados e protegidos, e continuem acreditando no progresso, o qual só pode ser alcançado por meio da prosperidade econômica.

⁴ A expressão “modernidade sólida” é utilizada por Zygmunt Bauman (2001, p. 132).

Como afirma Eric J. Hobsbawm (2005, p. 42) “se as perspectivas socialistas do movimento operário são excluídas, então a única alternativa que resta nos Estados Industriais do Ocidente é um *régime* de forte ingerência estatal e grandes empresas.” Nesse sentido, desenvolve-se com força relevante, neste período, o Estado do bem-estar social, com uma política de forte intervenção na economia aliado à gestão das grandes empresas da época.

O Estado do bem-estar social surge, portanto, no cenário mundial, como poderosa arma contra as mais variadas formas do socialismo emergente. É um Estado paternalista, dá ao povo aquilo que ele precisa e desmente a premissa de que o capitalismo só está preocupado em enriquecer aqueles que já são ricos e explorar aqueles que são cada vez mais pobres, prendendo seus trabalhadores aos muros por ele fincados.

Henry Ford usa a lógica paternalista em sua fábrica, aumenta os salários de seus empregados para que eles se tornem dependentes de seu emprego e dele não queiram sair tão cedo. O pretexto que Ford usou para promover o aumento salarial é que ele gostaria que seus funcionários comprassem os seus carros. Grande inverdade! Ford queria deter a mobilidade do trabalho, a qual o irritava, e prender seus empregados aos muros da fábrica durante toda a vida (BAUMAN, 2001, p. 165-166).

Com essa lógica era possível fazer com que os trabalhadores dependessem do capital tanto quanto este dependia deles, era a época dos trabalhos de longa duração. Não tinha porque dispensar se o trabalho humano era a principal fonte de riqueza até então conhecida. Neste ponto, revela Zygmunt Bauman (2001, p. 166):

A modernidade sólida era, de fato, também o tempo do capitalismo pesado – do engajamento entre capital e trabalho fortificado pela *mutualidade de sua dependência*. Os trabalhadores dependiam do emprego para sua sobrevivência; o capital de empregá-los para sua reprodução e crescimento. Seu lugar de encontro tinha endereço fixo; nenhum dos dois poderia mudar-se com facilidade para outra parte – os muros da grande fábrica e mantinham os parceiros numa prisão compartilhada. Capital e trabalhadores estavam unidos, pode-se dizer, na riqueza e na pobreza, na saúde e na doença, até que a morte os separasse.

É claro que havia, mesmo nesta época, o problema do desemprego, formavam-se contingentes reservas de trabalho. Porém, o desemprego era rotativo, e não estrutural como irá se verificar na próxima fase da modernidade, esperava-se que os titulares por algum motivo saíssem de seus postos de trabalho, para que se empregassem a força reserva, era uma situação momentânea, ao menos na teoria.

Esta situação não durou muito tempo, com o desenvolvimento cada vez maior da tecnologia de ponta, o trabalho humano foi paulatinamente sendo substituído pelas novas máquinas. Nesta perspectiva, o capital já não dependia tanto do trabalho, como os trabalhadores continuam dependendo do capital.

Lembrando-se da lógica capitalista em que aquilo que não produz riquezas não tem utilidade alguma, é excluído do sistema, vários trabalhadores substituídos pelas máquinas tornaram-se completamente inúteis, tiveram sua dignidade e cidadania expurgadas para bem longe. Assim, foi nascendo um exército cada vez maior de excluídos, uma massa humana sem lugar, acentuando os níveis de pobreza, e criando desigualdades tão díspares que, com certeza, o sistema capitalista e o discurso liberal conservador são incapazes de resolver ou, ao menos, amenizar.

O desemprego deixa de ser um reflexo momentâneo, causado por um momento de recessão econômica ou qualquer outro motivo. Passa a ser estrutural, permanente. As formas de trabalho também atravessam mudanças. A nova mentalidade do curto prazo atinge o mercado de trabalho, que é invadido pela enxurrada dos contratos a curto prazo.

Se o local de reunião das identidades proletárias eram as fábricas, agora já não mais o são, porque a breve longevidade dos empregos não permite a criação de laços fortes entre os seus ocupantes, cada vez mais diversificada e rotativa, principalmente, diminuída. Sendo assim, Zygmunt Bauman explicita que (2001, p. 170):

Os medos, ansiedades e angústias contemporâneos são feitos para serem sofridos em solidão. Não se somam, não se acumulam numa “causa comum”, não têm endereço específico, e muito menos óbvio. Isso priva as posições de solidariedade de seu status antigo de táticas racionais e sugere uma estratégia de vida muito diferente da que levou ao estabelecimento das organizações militantes em defesa da classe trabalhadora.

Estão postos os substratos da crise que o trabalho passa a enfrentar na denominada “modernidade líquida”. A sua ascensão significou o seu desmoronamento conseqüente, a perda da sua força, o fim, ou pelo menos, estremecimento do seu casamento com o capital. Este é o tema que se passa a analisar a seguir.

2.2. CRISE DO TRABALHO: FIM DA UNIÃO CAPITAL-TRABALHO

Desde o início de nossas civilizações o trabalho humano sempre representou um papel de destaque, como fator principal para a produção econômica. Esta situação, no entanto, vem mudando drasticamente desde o fim da Segunda Grande Guerra, quando a tecnologia de ponta foi se desenvolvendo cada vez mais (RIFKIN, 1995, p. 3).

O século XX, a partir da década de 50, só para citar uma data aproximada, é marcado por uma verdadeira revolução tecnológica, intensificada também e principalmente pelo processo de globalização política, financeira e cultural. As máquinas pesadas foram sendo substituídas por máquinas cada vez mais leves e mais inteligentes, as quais, pouco a pouco foram substituindo os milhares de postos de trabalho nas grandes indústrias e grandes fábricas o que ocasionou, obviamente, um número cada vez mais assustador do desemprego em massa.

Neste sentido, Jeremy Rifkin (1995, p. 260) esclarece que:

A economia global de alta tecnologia está se movendo para além do operário. Enquanto as elites empresariais, profissionais e técnicas forem necessárias para administrar a economia formal do futuro, menos trabalhadores serão necessários para ajudar na produção de bens e serviços. O valor do mercado da classe trabalhadora está diminuindo e continuará a diminuir. Após séculos definindo o valor humano em termos estritamente “produtivos”, a substituição maciça do trabalho humano por máquinas deixa o operário sem uma definição própria ou sem função social.

Mais uma vez volta-se a repetir o que já dito anteriormente: se o trabalho humano, em certa escala, deixa de ser fonte de produção de riqueza, ele perde seu valor e isso significa que milhares de pessoas não possuem mais, nesta crítica fase da modernidade, relevante valor social.

Se a sociedade insiste em aceitar que o valor “mercado” seja o mais poderoso de todos os valores, será inevitável que uma parcela assombrosa da população perca a sua dignidade. Isso significa que estas pessoas serão cada vez mais excluídas do sistema e viverão em situações cada vez mais precárias.

Nesta perspectiva, a mentalidade dos empregos de longa duração muda por completo. Nasce o império dos empregos de “curto prazo”, gerando um clima de insegurança total, afinal,

ninguém quer perder sua dignidade e mais, ninguém quer se tornar carta fora do baralho no sistema-mundo hoje imperante (BAUMAN, 2001, p. 169).

De acordo com Daury César Fabríz (2006, p. 30) a visão de emprego a qual estamos habituados mudou significativamente nos últimos tempos. A idéia do emprego fixo, de longa duração, com jornada diária de 8h às 18h e aposentadoria no fim da carreira, é uma idéia que vai ficando no passado. O cenário econômico atual, caracterizado pela tecnologia de ponta, faz surgir um novo padrão do trabalho humano, diverso do clássico modelo do emprego subordinado solidificado pela ascensão do Estado Providência.

Todo este quadro denota que houve um estremecimento severo da união, antes tão solidificada, entre capital e trabalho. Os grandes empresários tem relatado que é mais barato investir na automatização de suas empresas, do que manter um grande número de empregados, pois estes possuem uma cartela de direitos que significam um rombo nos lucros empresariais (RIFKIN, 1995, p. 260).

A verdade é que os detentores do poderio econômico sempre quiseram se livrar da dependência que os prendiam à classe operária. Esta era sempre fonte de uma inquietante ameaça, haja vista que seu poder de organização e solidariedade era favorecido pelo ambiente de trabalho.

Sobre este aspecto particular, esclarece Zygmunt Bauman (2001, p. 171):

Se manter-se juntos era uma questão de acordo *recíproco* e de *mútua* dependência, o desengajamento é *unilateral*: um dos lados da configuração adquiriu uma autonomia que talvez sempre tenha desejado secretamente mas que nunca havia manifestado seriamente antes. Numa medida nunca alcançada na realidade pelos “senhores ausentes” de outrora, o capital rompeu sua dependência em relação ao trabalho com uma nova liberdade de movimentos, impensável no passado. A reprodução e o crescimento do capital, dos lucros, e dos dividendos e a satisfação dos acionistas se tornaram independentes da duração de qualquer comprometimento local com o trabalho.

Esta nova independência do capital em relação ao trabalho não significa a independência dos trabalhadores em relação ao capitalismo. Este que é o verdadeiro ponto de crise da modernidade, pois existia uma legião de trabalhadores que era útil aos processos de produção

e, hoje, não mais, diga-se, a modernidade atual do capitalismo só fez e continua fazendo aumentar o número de excluídos.⁵

A curiosidade é que pessoas não são coisas. Mas esta premissa tão simples e tão óbvia não é mais capaz de mobilizar, porque o clima de insegurança trazido, essencialmente, com a crise que atravessa o trabalho fragmentou a sociedade. Cada um está preocupado com o dia de hoje, em manter-se trabalhando qualquer minuto a mais, em conseguir trabalho por qualquer breve espaço de tempo, ou nem preocupação tem mais, por já está completamente excluído do sistema de produção (BAUMAN, 2001, p. 169-170).

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 21):

(...) encontramos-nos num período de transição que pode ser descrito da seguinte maneira: vivemos num período em que enfrentamos problemas modernos para os quais não existem soluções modernas. Continuamos obcecados pelos ideais de uma ordem e de uma sociedade boas, quanto mais não seja devido à natureza da (des)ordem que reina nestas nossas sociedades em que são cada vez maiores a desigualdade e a exclusão – exactamente num momento da história em que pareceria que os avanços tecnológicos existem para que as nossas sociedades sejam de outro modo. (...).

Ou seja, apesar dos avanços tecnológicos e das promessas de progresso da modernidade sugerirem uma sociedade mais solidária e menos desigual, as pessoas estão cada vez mais egoístas, mergulhadas e preocupadas com seus próprios problemas, que já são muitos. A classe operária já não tem tanta força, devido à crise do trabalho, a sua duração efêmera. Este quadro beneficia sobremaneira os interesses capitalistas.

Porém, a realidade apontada traz vantagens somente para a pequena classe detentora do poder de comando. Esta questão será melhor desenvolvida no próximo tópico, mas é colocada agora para que fique plantada a semente da inquietação diante dos discursos neoconservadores que surgem nesta fase de crise da modernidade.

⁴ Neste aspecto, Daury César Fabríz destaca que: “A precarização do trabalho afeta o conjunto dos trabalhadores. Para os que vivem a situação do desemprego há muito tempo, não houve perda somente do trabalho. Sua inutilidade social os desqualifica sobre o plano cívico e político. Para os que ainda têm a felicidade de estar empregados, parcial ou totalmente, a possibilidade da demissão ou o fim do contrato determina que vivam somente o dia de hoje, não havendo mais, no seu horizonte, o amanhã. A modernidade como projeto de futuro se transmutou em projeto inacabado de promessas não cumpridas. Esse parece ser o cenário que se forma para os trabalhadores das montadoras de carros, por exemplo. Nesse quadro de incertezas, o trabalho perde crescentemente sua capacidade de integrar os indivíduos na sociedade. As novas gerações sem futuro são absorvidas pela parte mais sórdida da busca por dinheiro e da expectativa de consumo: o mundo da violência.”

Em face da nova gama de excluídos gerados pelo sistema, o Estado-providência tornou-se incapaz de prover recursos para todos, quando a miséria atinge níveis assustadores. Isto significou a crise deste modelo estatal, acarretando cortes drásticos nas despesas sociais, bem como a volta de um discurso conservador, assumindo a forma de uma maré ideológica contra o desenvolvimento social, chamado de neoliberalismo (SANTOS, 2007, p. 19).

A agenda neoliberal é marcada por uma série de regulamentos e “orientações” (mas adiante será possível perceber que essas orientações extrapolam os níveis da faculdade, representando, em verdade, uma ordem severamente a ser seguida) no sentido em se abrandar as despesas sociais. Um de seus principais argumentos é a flexibilização do trabalho que, no modelo moderno originalmente concebido, já não se enquadra mais na nova dinâmica do sistema de mercado (WOLKMER, 2000, p. 120-121).

Nesse sentido, destaca Daury César Fabríz (2006, p. 26) que os ideais neoliberais sugerem a necessidade do Estado mínimo, ou seja, do Estado não interventor. Para os neoliberais, a retirada do Estado do mercado de trabalho, a desregulamentação do Direito do Trabalho e o fim dos encargos sociais são propostas tidas como necessária para a adequação do universo do trabalho ao mundo globalizado.

Sem dúvida alguma, o discurso neoconservador representa uma crise para os direitos trabalhistas, mas não só para estes, como para os direitos sociais como um todo. Em razão disto, é necessário que haja a união dos diversos movimentos sociais, para que estes encontrem forças no cenário mundial, possam ser ouvidos, já que separadamente, é quase inviável a emancipação de tais movimentos. O assunto, porém, será melhor tratado no tópico seguinte.

Esta situação é ainda agravada por estarmos falando em nível global e não local. Os padrões do capitalismo ocidental, como vitoriosos em seu discurso em relação a outras ideologias existentes, propõem um padrão financeiro, econômico, político e até mesmo cultural em escala mundial.

Esta globalização é chamada por Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 2008, p. 438) de globalização hegemônica, ou seja, é globalização de um localismo que, por se tornar vitorioso na rede das relações sociais internacionais, transformou-se no padrão mundial, fazendo com

que os padrões não vitoriosos ficassem atados ao seu localismo. Não é, portanto, o único padrão existente, como o ocidente teima em querer afirmar, é apenas o vitorioso até então.

Não se pode esquecer, também, que o contrato social do liberalismo moderno enfrenta sérias modificações. Que fique claro que nunca se falou tanto em contratualização das relações sociais, de todos os níveis, laborais, de segurança social, de parceria do Estado com organizações sociais, entre outras. Porém, esses contratos não são mais sólidos, podendo ser quebrados em qualquer altura, por qualquer das partes, inaugurando-se um clima de insegurança (SANTOS, 2007, p. 33).

Além do mais a onda de contratualização neoliberal não reconhece o conflito, a luta e as aspirações das diferentes classes no pacto social. Pelo contrário, provoca um assentimento passivo, dissimulando uma faculdade que não existe. Este é o caso, por exemplo, do Consenso de Washington (SANTOS, 2007, p. 34).

O Consenso de Washington consistiu em um plano de medidas, elaborado pelos principais economistas de Washington em 1989, “recomendado” para os países de economia emergente como forma de alavancar seu progresso econômico. Este conjunto de medidas era formado, basicamente, por dez regras básicas, dentre as quais, a flexibilização das normas trabalhistas (DORNELES, 2002, p. 119).

A ironia reside no fato de que a recomendação era na verdade a única saída dos países para quem foram recomendadas as medidas do Consenso em questão. Isto porque, caso não fossem atendidas, o FMI provavelmente se recusaria a injetar capital naqueles países que preferissem destinar o seu orçamento com gastos no setor social, o que demonstra que o aparente consenso não passou de uma medida do neoliberalismo de se afirmar por todo o globo.

Aliás, esta é uma característica da modernidade líquida, fazer com os assuntos em pauta tomem a forma de meras recomendações, enquanto que, se não atendidas, o país relutante fique isolado no cenário mundial, mergulhando em crise profunda. Ora, aceitar a agenda neoliberal ou entrar em crise profunda, em processo de exclusão a nível mundial não parece ser bem uma opção. Aqui não há opção alguma.

Sobre o assunto, explica Zigmunt Bauman (2001, p. 172):

A política hoje se tornou um cabo-de-guerra entre a velocidade com que o capital pode se mover e as capacidades cada vez mais lentas dos poderes locais, e são as instituições locais que com mais frequência se lançam numa batalha que não podem vencer. Um governo dedicado ao bem-estar de seus cidadãos tem pouca escolha além de implorar e adular; e não pode forçar o capital a vir (...) evitando qualquer movimento que possa dar a impressão de que o território politicamente administrado pelo governo é pouco hospitaleiro com os usos, expectativas e todas as realizações futuras com o capital que pensa e age globalmente, ou menos hospitaleiro que as terras administradas pelos vizinhos mais próximos.

O capital flutuante somado às políticas neoliberais geram um mal-estar entre os países de economia emergentes. Porque eles acabam tendo que competir entre si para ver quem consegue promover o melhor número de condições para que o capital global ali possa se instalar, desde que possa ir embora quando achar conveniente, ou encontrar terras mais afáveis a sua estada.

Tudo isto significa uma grande perda para a sociedade local, porque no fim, a política neoliberal acaba engendrando uma série de fatores que forçam os países a colocarem as necessidades de sua população, em termos sociais, em segundo plano, agudizando uma situação que já era precária em se tratando de setor social.

Neste contexto se insere a crise dos direitos trabalhistas. Para entrarem na lista do capital global, diversos países sentem-se pressionados a realizar a flexibilização do trabalho e dos direitos trabalhistas, agravando o status de não cidadãos de diversos trabalhadores que já não servem como outrora ao sistema.

Para Marcos Abílio Domingues (BUENO, 2000, p. 120) a “flexibilização só pode ser entendida como teoria que visa acomodar as condições de trabalho a uma nova realidade social”. O autor explica que não deve ser privilegiado apenas o aspecto econômico, pois a finalidade não é destruir o Direito do Trabalho.

Entretanto, não é com esta flexibilização que o Neoliberalismo está preocupado. Este está realmente preocupado com o aspecto econômico e com a destruição de todos os entraves aos ganhos de lucro cada vez mais altos. Não importa o quanto essa política signifique um processo de exclusão cada vez maior.

Sobre o assunto, esclarece Daury César Fabríz (2006, p. 25):

Antes de ser exigência das novas tecnologias, a estratégia colocada em prática pelas empresas, em relação à força de trabalho, visa garantir a obtenção da mais alta taxa de lucro possível num ambiente de mercado incerto e de acirrada competição. A chamada flexibilização nada mais é do que uma forma de promover a redução significativa do custo fixo com mão-de-obra. É claro que, para isso, as empresas precisam levar uma luta sem quartel contra os direitos trabalhistas e sociais. (...).

Nesta perspectiva, a única estabilidade referida pelo consenso neoliberal é a estabilidade do mercado, o que provoca a instabilidade do trabalhador. O Trabalho, deste modo, acaba perdendo o seu poder de conferir um status de cidadania às pessoas, ao mesmo tempo em que a cidadania deixa de remeter às situações de trabalho (SANTOS, 2007, p. 36).

Esta crise nos remete novamente à pergunta feita em linhas atrás: para quem esta situação gerada pelo capitalismo e pela política neoliberal é ótima? Agora parece mais simples responder que não é ótimo para ninguém que não esteja ocupando os postos de comando desse sistema.

É preciso resgatar o valor da dignidade humana. As pessoas devem ser valorizadas só pelo fato de serem pessoas, não importando o valor de seu trabalho para o mercado. As pessoas devem ser valorizadas na exata medida em que se preocupam em não ferir a dignidade de outra pessoa.

É exatamente por esta razão que outra pergunta vem à tona: pode o movimento operário se reformular e recuperar a cidadania e a dignidade de muitos excluídos do sistema depredatório atual? Parece que sim, acredita-se que o movimento operário possa servir como forma de emancipação social, resgatando aí o valor que o trabalho humano desempenha na sociedade, mas que foi esquecido pelo discurso opressor neoliberal. Para que tal movimento funcione como fator de emancipação é necessário, entretanto, que se una a outros movimentos sociais, assunto este que será debatido no próximo tópico.

2.3. O MOVIMENTO OPERÁRIO COMO FORMA DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

Uma economia de mercado é até certo ponto desejável, porém, uma sociedade de mercado está longe de representar a expectativa geral, é repugnante. Não obstante, ignorando os

desejos e expectativas da vontade geral, o projeto neoliberal global pretende justamente isso: criar condições que favoreçam a ascensão de uma sociedade de mercado (SANTOS, 2007, p. 86-87).

Esta política e este esforço global hegemônico em transformar a sociedade em uma sociedade de mercado representa uma séria consequência: a crise dos direitos sociais. Os países enfrentam problemas com a educação deficitária, com o setor precário da saúde, com a destruição dos direitos trabalhistas, acentuando um processo de exclusão cada vez mais grave.

Com efeito, se a globalização hegemônica produziu o mesmo sistema de dominação e de exclusão, acabou por gerar um efeito colateral contra si mesma. Fez com que movimentos contra-hegemônicos se apercebessem, apesar de suas diferenças, e se unissem em busca de um ideal comum: o fim da sociedade de mercado, com formas diversificadas de inclusão social (SANTOS, 2007, p. 26).

Ninguém quer ver arrancado de si a sua dignidade, porém, esta é uma ameaça constante gerada pela agenda das políticas neoliberais. Assim sendo, mesmo que a sociedade hoje esteja fragmentada em pequenos grupos, de acordo com as preocupações similares que cada grupo se ocupa, há um interesse geral comum, ou seja, há o interesse em impedir o processo de exclusão social e recuperar a dignidade como valor supremo.

Sobre o assunto, Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 47) esclarece que:

Para a globalização hegemônica, a expansão desenfreada do capitalismo global é o interesse geral, estando, como tal legitimada para produzir formas de exclusão social amplas, inevitáveis e, em última análise, positivas (porque visam promover o crescimento). Pelo contrário, os movimentos e as organizações contra-hegemônicas defendem que uma exclusão maciça a esse ponto é a prova clara de que os interesses do capital, longe de serem o interesse geral, são na verdade inimigo deste, porquanto a exclusão social – e, em particular, o fascismo social, que é sua forma mais extrema – negam a dignidade humana básica e o respeito a uma grande parte da população mundial. A humanidade – e alguns defendem que a natureza também – merecem ser tratadas com dignidade e respeito. Como tal, a idéia de interesse geral implica a inclusão social, não podendo pactuar com processos de transformação social assentes na premissa da inevitabilidade da exclusão.

Analisando o quadro fático atual não é difícil entender que, ao contrário do que Marx anunciou, não foram os operários de todo mundo que se uniram, mas sim o capital de todo

mundo que se uniu. Os sindicatos precisam se reestruturar profundamente, pois atuam apenas em nível nacional, enquanto o capital atua em nível internacional (SANTOS, 2007, p. 81).

Aliás, neste tocante Eric Hobsbawm (2005, p. 41) esclarece que a consciência de classe moderna é essencialmente nacional, muito embora o desenvolvimento econômico seja global, sendo fracos os laços de solidariedade entre os trabalhadores de diferentes países.

Sabendo destas deficiências fica mais claro vislumbrar que para o movimento operário funcionar como um movimento de emancipação social ele precisa reestruturar-se, internacionalizar-se, ligar-se a outros movimentos sociais na luta em favor do processo de inclusão social.

É claro que, mesmo sendo adotados novos padrões, alguns padrões antigos não devem ser abandonados. Isto quer dizer que os sindicatos continuam sendo o principal vetor do movimento trabalhista, não podem ser esquecidos. No entanto, os sindicatos também devem estar conscientes dos novos padrões e se adequar a estes.

Não podem, por exemplo, como vem acontecendo ultimamente, funcionar como mais uma entidade a favor do capitalismo neoliberal. É que diante das pressões da globalização hegemônica, os sindicatos acabam aliando-se aos discursos conservadores, esquecendo de representar eficientemente os trabalhadores. Isto não pode acontecer no novo internacionalismo operário.

Por outro lado:

(...) Pelo fato de realçar a crise do movimento operário, a globalização “força a uma reconsideração das questões da identidade sindical e dos termos de inclusão e exclusão” (...) e fornece motivos para que, diante do cerco dos direitos sindicais, se procure fazer algo, reagindo de forma organizada e responsabilmente coletiva (SANTOS, 2005, p. 34).

Diante do fato da globalização hegemônica fornecer motivos de sobra para que o movimento operário renasça sob a insígnia de “novo internacionalismo operário”, Boaventura de Sousa Santos e Hermes Augusto Costa (2005, p. 54-60) entendem que algumas teses podem ser formuladas no intuito de funcionarem como forma de emancipação do movimento operário.

São apenas sugestões, ainda embrionárias, haja vista que o novo movimento pretendido é ainda incipiente. Frise-se que estas sim podem ser entendidas como verdadeiras recomendações, bem diferentes das tais “recomendações” do discurso neoliberal, anteriormente tratadas.

Uma das teses significa a afirmação do novo internacionalismo operário cada vez mais assentado na idéia de cidadania (SANTOS, 2005, p. 54). Neste sentido, deve ser resgatado o valor dado ao trabalho até então negado e massacrado pela globalização hegemônica.

Não se pode esquecer que o trabalhador é um cidadão, o seu valor não deve ser calcado em sua capacidade de produzir riqueza. Longe disso, o seu valor encontra-se no fato de que como pessoa possui dignidade, e o seu labor lhe confere o status cada vez mais privilegiado de cidadão.

Isso significa, em certa medida, respeitar os seus direitos trabalhistas e lhe proporcionar, através do trabalho, condições dignas de sobrevivência. É evidente que o mundo do trabalho passou por profundas transformações, não podendo esta situação ser ignorada. De toda sorte, tais transformações não podem ser utilizadas como argumento para a destruição dos direitos trabalhistas, o que acabaria funcionando como mais um processo acelerado de exclusão social.

Levando em conta tais afirmações, Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 86) esclarece que deve ser reconhecido o “*poliformismo* do trabalho”, ou seja, a flexibilização dos métodos e processos laborais não pode significar a precarização da relação trabalhista. Assim, sugere o autor (2007, p. 86) que o reconhecimento dos diferentes tipos de trabalho, dada a nova realidade social, devem continuar sendo fator de inclusão mínima, devendo ser respeitados salários justos, independente do tipo de trabalho realizado e, independente da sua duração.

Este, aliás, é também o entendimento de Marcos Abílio Domingues (BUENO, 2000, p. 118), já expressado anteriormente, para quem “a flexibilização pode ser entendida como conjunto de medidas que visa compatibilizar o Direito do trabalho com transformações decorrentes de dificuldades econômicas (...), sem comprometimento do emprego.”

Neste sentido, a flexibilização aí tratada deve ser entendida como o reconhecimento do *poliformismo* do trabalho, em seu sentido democrático. O trabalho atípico, ou seja, aquele que não se enquadra na definição jurídica de emprego, utilizado hoje largamente como forma de excluir, reprimir e desqualificar, deve receber uma nova leitura.

Deve ser tratado como uma nova figura empregatícia, funcionando, deste modo, como mobilizador de inclusão de diversas pessoas que se encontram, atualmente, nesta angustiada situação. Como? Sendo respeitados salários justos, condignos, que propiciem subsistência digna. Ora, não é por que esta figura não é considerada como a forma clássica de emprego, que poderá ser utilizada de modo a cortar gastos, reprimindo e explorando da pior maneira possível a figura do trabalhador.

Outra tese realçada pelos citados autores (2005, p. 55-57) vai no sentido de reconhecer que o novo internacionalismo operário constitui uma das formas de globalização contra-hegemônica, mas não a única. Por tal motivo, o seu sucesso depende da aliança com outros movimentos engajados na luta emancipatória, ocorrida em outros campos sociais. É o caso, por exemplo, da articulação pelos movimentos que lutam em favor dos direitos das mulheres, do meio-ambiente, dos direitos humanos, dos consumidores etc.

Neste contexto, o novo internacionalismo operário deve ser entendido como cosmopolitismo subalterno, termo sugerido por Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 30). Nas palavras do autor em comentário (2005, p. 30), o termo deve ser assim entendido:

Em toda a sua variedade, as coligações cosmopolitas visam à luta pela emancipação das classes dominadas, sejam elas dominadas por mecanismos de opressão ou de exploração. Talvez por isso, contrariamente à concepção marxista, o cosmopolitismo não implica uniformidade e o colapso das diferenças, autonomias e identidades locais. O cosmopolitismo não é mais que o cruzamento de lutas progressistas locais com o objetivo de maximizar o seu potencial emancipatório *in loco* através das ligações transnacionais/ locais.

Por isso, deve ser entendido que o novo internacionalismo operário não poderá obter êxito se funcionar como um movimento isolado, uma vez que os problemas sociais hoje enfrentados vão muito mais além que a simples luta entre duas classes. Os excluídos e oprimidos, pelas mais diversificadas razões, devem se unir no intuito de se fazerem ouvir. Isolados, não vão conseguir fazer acontecer, pela dificuldade em ocupar postos de comando.

Apenas para citar um exemplo, os consumidores podem ser fortes aliados, desempenhando um papel de destaque na luta contra-hegemônica. Conforme ilações de Zygmunt Bauman (2001, p. 174), com o advento da independência do capital em relação ao trabalho, o único compromisso do capital entrelaça-se com os consumidores. Aqui sim há, ainda, uma relação de dependência mútua, já que o capital depende, para o seu êxito, da presença ou ausência de consumidores.⁶

Neste caso, a aliança dos trabalhadores com os consumidores tem grandes chances de gerar emancipação, promovendo um incremento no processo de inclusão social. É uma forma de valorização do trabalho, de modo que não sejam aceitos no mercado produtos ou serviços fabricados a custo de descriminalização das relações laborais, sendo elevado o valor dignidade em sobreposição ao valor mercado.

A outra tese sugerida significa o reconhecimento de que o novo internacionalismo operário não ocorre apenas globalmente, ele ocorre também em nível nacional, regional e local. O sucesso de movimentos locais, regionais e nacionais deve ser reconhecido globalmente, da mesma forma em que o sucesso de movimentos internacionais/ globais, deve ser empregado localmente. Esta é a lógica, não prender o novo movimento a um *lócus* específico (SANTOS, 2005, p. 57).

Neste aspecto particular, não se pode esquecer da importância na formulação de padrões internacionais de trabalho e a sua inclusão nos acordos de comércio internacional (SANTOS, 2005, p. 36). A adoção de um padrão internacional de trabalho é importante para que as empresas transnacionais não transgridam valores alcançados em seus países de origem, mas ainda não alcançados em determinados países onde porventura venham a se instalar.

Significa, também, amenizar a discriminação em relação aos trabalhadores migrantes. Estes são fortemente atacados pelo processo de exclusão social, e a adoção de padrões internacionais de trabalho pode funcionar como proteção contra os abusos sofridos por estas pessoas, devolvendo-lhes o caráter de cidadão.

⁶ Tendo como base esta premissa, torna-se eloqüente citar o exemplo fornecido por Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 84) do movimento *anti-sweatshops*. Este movimento consiste em uma rede de organizações diversas, que tem como intuito essencial conscientizar os consumidores, gerando por parte desses uma pressão contra as empresas violadoras dos direitos trabalhistas em suas dependências, ou que tolerem tal violação em fábricas por si contratadas.

Estas são as principais premissas trabalhadas neste capítulo sobre a crise do trabalho e a possibilidade de revitalização do movimento operário como forma de inclusão social. O trabalho nunca poderia ter perdido o seu valor, pois a sua fundamentalidade o eleva ao status de garantia fundamental.

Não é possível ser condescendente com a transformação da população mundial em uma sociedade de mercado. Este fato é, sem dúvida, inquietante. O valor mercado não pode se sobrepor ao valor dignidade. É claro que lutar contra um movimento tão forte e até então vitorioso é extremamente difícil.

Porém, não se deve conformar com a realidade quando ela apenas nos leva a aceitar as piores formas de injustiça. Não tem como viver em um mundo onde seres humanos não são tratados como tais, onde o número de excluídos cresce cada vez mais assustadoramente que o número de incluídos.

São por estes e outros motivos que a fundamentalidade dos direitos trabalhistas deve ser realçada, revelando a sua exata dimensão não só na Constituição Federal de 1988, como também no cenário internacional. Enquanto neste momento foram traçados alguns dos principais pontos fáticos capazes de restaurar o valor imanente ao trabalho humano, o próximo tópico irá se ocupar com as premissas jurídicas e dogmáticas que elevam a fundamentalidade dos direitos sociais, em especial, dos direitos trabalhistas.

2.4. A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

Foi dito no início do tópico anterior que o discurso neoliberal tem representado um dos principais fatores de crise dos direitos sociais, haja vista que em nome de uma incansável busca de prosperidade seria necessário reduzir os gastos do Estado relativos aos setores sociais, tais como saúde, trabalho e educação, apenas para citar os principais exemplos, em prol da injeção de capital na economia e no mercado.

Nesta perspectiva de crise dos direitos sociais, foi também demonstrada a crise subjacente aos direitos trabalhistas, os quais interessam mais profundamente a este estudo, com a

conseqüente desvalorização do trabalho humano, o qual, no cenário atual, perde o seu importante papel de garantidor da cidadania e da dignidade humana.

Em conseqüência, realizou-se um esforço intelectual na tentativa de demonstrar saídas, no campo fático, para a recuperação do valor trabalho. Ainda premente no resgate do valor trabalho, passa-se agora a análise de possíveis soluções para a crise dos direitos sociais, dentre os quais em especial os direitos trabalhistas, no campo dogmático jurídico.

Antes, porém, de se chegar ao recorte principal dos direitos trabalhistas, o problema será proposto sob a ótica dos direitos sociais, gênero do qual os direitos relativos ao trabalho são espécies. A busca aqui travada, adiante-se, concentra-se na demonstração da fundamentalidade, exigibilidade e eficácia dos direitos sociais.

Várias críticas têm sido feitas aos direitos fundamentais sociais nos últimos tempos. Sobre este assunto, explica José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 98):

Os direitos fundamentais económicos, sociais e culturais têm sido descurados na dogmática jurídico-constitucional e deslocados para as teorias da justiça, as teorias de fundamentação, as teorias da argumentação e as teorias económicas do direito. (...) Os sinais de saturação da dogmática dos direitos a prestações transportam inquietantes sugestões, intencionalmente dirigidas à sua exclusão do discurso normativo constitucional.

Esse discurso sobre os direitos fundamentais sociais se coaduna com o cenário descrito nos tópicos anteriores, em que todas as propostas, jurídicas ou fáticas, caminham no sentido de reforçar o modo de produção capitalista, engendrado, hoje, pela política neoliberal. Por tal motivo, não é de causar nenhum espanto e, também, não é novidade que haja um forte movimento no sentido de excluir dos direitos sociais a sua fundamentalidade, bem como de colocá-los em posição inferior aos chamados direitos de defesa clássicos.

Porém, não obstante ao discurso globalizante e hegemônico neoliberal, verifica-se um processo paradoxal em relação aos direitos sociais: no plano internacional um número significativo de Estados tem aderido aos tratados concernentes aos direitos econômicos, sociais e culturais. Entretanto, no plano interno os direitos sociais enfrentam severas críticas e entraves a sua efetividade, esbarrando sempre nas teses de reserva administrativa (CANOTILHO, 2004, p. 104).

Este, aliás, um dos mais fortes argumentos contra os direitos sociais. Por serem direitos que, grande parte das vezes, demandam uma prestação do Estado, uma ação positiva deste, os direitos econômicos, sociais e culturais custam muito dinheiro aos cofres públicos. Sendo assim, os argumentos que fragilizam os direitos sob análise giram em torno da seguinte premissa: os direitos sociais a prestações públicas apenas podem ser efetivados e garantidos de acordo com reserva do possível orçamentária dos Estados (CANOTILHO, 2004, p. 107).

Sem sombra de dúvidas que os direitos sociais representam o direito a prestações do Estado, e neste passo demandam o dispêndio financeiro dos cofres públicos. Porém, a questão não se apresenta assim tão simples, nem tão pouco a efetividade e, em conseqüência, a fundamentalidade dos direitos sociais deve ficar relegada à discricionariedade dos cofres públicos.

No sentido do texto pontua Gustavo Binimbojm (2004, p. 17):

(...) Chamo a atenção para o fato de que, normalmente, se diz que a grande questão envolvendo direitos sociais, econômicos e culturais é a questão que eles custam dinheiro, que eles demandam a aplicação de recursos públicos. Ao passo que os direitos, na tradição liberal, de primeira geração, direitos civis e políticos, seriam direitos que demandam apenas uma abstenção e não dependem de recursos por parte do Estado. Isto é uma clamorosa balela, porque todos os direitos fundamentais demandam dispêndio de recursos públicos, demandam decisões alocativas. (...).

Corroborando tal entendimento, Álvaro Ricardo de Sousa Cruz (2008, p. 95) explicita que todos os direitos fundamentais possuem uma carga negativa e uma prestacional, bem como que todos eles acabam gerando, pelo menos em última análise, gastos ao erário. A noção de que os direitos de primeira geração, também conhecidos como direitos de defesa clássicos, estão completamente isentos desta carga prestacional advém do paradigma liberal e deve ser afastada.

Caso analisada mais detidamente será possível perceber que esta dicotomia entre direitos, liberdades e garantias como direitos de defesa ou direitos negativos de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais como direitos a prestações ou direitos positivos de outro, não resolve o problema da efetividade dos direitos fundamentais.

É certo que todos os direitos fundamentais demandam um dispêndio por parte do Estado. Se bem observados, é possível constatar que também os clássicos direitos de defesa demandam para sua realização, em última análise, da alocação de verba pública para tanto.

Segundo Cristina de Queiroz (2006, p. 29) os direitos em sentido clássico também podem afigurar-se como direitos a prestações. Deste modo, continua a autora, o direito de voto para ser efetivamente implementado necessita de todo um aparato estatal no sentido de criação de estruturas organizativas e procedimentais que o possibilitem, transmudando-se, em certo momento, em um direito a prestação.

Nesta perspectiva afigura-se que identificar um direito como pertencente ao grupo de direitos, liberdades e garantias ou ao grupo de direitos econômicos, sociais e culturais é resultado, na grande maioria dos casos, de uma decisão convencional (QUEIROZ, 2006, p. 39).

Além disso, esta distinção entre direitos de defesa clássicos e direitos a prestações revela, também, uma questão semântica. Sobre este aspecto, em particular, José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 39-43) demonstra que, caso levada em consideração a dicotomia clássica dos direitos fundamentais – direitos, liberdades e garantias versus direitos econômicos, sociais e culturais – duas normas com a mesma carga material podem ser positivadas ora como direito de defesa, ora como direito social.

Neste aspecto, o citado autor (2004, p. 39) toma como exemplo o caso da Constituição Portuguesa comparada à Constituição espanhola, em seus artigos 36/4 e 39/2, respectivamente, quanto ao direito dos filhos havidos fora do casamento, vejamos:

Art. 36/4 – Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 39/2 – Los Poderes Públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante a ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

Neste exemplo, o primeiro detalhe que chama atenção é que o art. 36/4 está positivado na Parte I, Título II, Capítulo I dos Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais da Constituição Portuguesa, enquanto o art. 39/2 está positivado no Título I, Capítulo 3 *De Los Principios*

Rectores de la Política Social y Económica, da Constituição Espanhola (CANOTILHO, 2004, p. 39).

A seguir, analisando os dois enunciados em apreço facilmente percebe-se que o direito dos filhos havidos fora do casamento, na Constituição Portuguesa, representa uma abstenção por parte do Estado, ou seja, o direito a uma omissão estatal no sentido de não ser discriminado.

Já no caso da Constituição Espanhola, os filhos havidos fora do casamento além de terem direito a não ser discriminados, possuem também um direito positivo face ao Estado, no sentido de que este crie situações fáticas necessárias a sua proteção (CANOTILHO, 2004, p. 39-42).

Nota-se, portanto, que na Constituição Portuguesa, por uma decisão política convencional, positivou-se o direito dos filhos havidos fora do casamento como um direito negativo, como uma liberdade face ao Estado. Por seu turno, na Constituição Espanhola, também por meio de uma decisão política convencional, positivou-se o mesmo direito dos filhos havidos fora do casamento como um direito positivo a uma prestação estatal.

Nesse sentido, caso insista-se na dicotomia então apresentada dos direitos fundamentais, pode-se chegar à situação esdrúxula de se ter um mesmo direito ora enquadrado na categoria dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, ora enquadrado na categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Sobre este aspecto, citam-se as palavras de J.J. Canotilho (2004, p. 43):

(...) verificamos que, afinal, um enunciado semântico como o do caso *subjudice*, quer na formulação da Constituição portuguesa, quer na expressão normativa da Constituição espanhola, é um produto do espírito humano como uma história – a história das nossas ideias. Não se trata, como salienta Popper, da história da descoberta dessas ideias, mas sim da história como as inventámos, como nós a fabricámos, como elas reagiram sobre nós, e como é que nós reagimos aos produtos da nossa fabricação. (...).

A formulação dos direitos fundamentais em direitos sociais ou direitos de defesa, conforme apontado pelo próprio Canotilho, reflete o espírito humano em determinado momento histórico. A contextualização das teorias que surgiram para elucidar a questão da fundamentalidade dos direitos sociais é capaz de revelar as intenções políticas da época.

Nesta perspectiva, por exemplo, a concepção dos direitos sociais como disposições programáticas, ou seja, como simples apelos ao legislador, desprovidos, portanto, do caráter de fundamentalidade muito tem haver com o ideal de direito do modelo de Estado Liberal. Segundo Schmitt, apenas para citar uma hipótese, somente em um Estado socialista poderia se reconhecer nos direitos sociais verdadeiros direitos fundamentais (PULIDO, 2008, p. 152).

Assim, o descuramento dos direitos sociais como direitos fundamentais, e mais, o preferência dos direitos de defesa clássicos em detrimento dos direitos sociais nasce com o fortalecimento do Estado Liberal em oposição ao enfraquecimento do Estado Socialista. Tendo em mente tal premissa, fica claro, portanto, a necessidade de se repensar acerca da dicotomia entre estes direitos (PULIDO, 2008, p. 152).

Esta dicotomia reflete além de uma perspectiva histórica também uma questão semântica, representando uma escolha política convencional, conforme apontado linhas acima. Decidir se um direito enquadra-se no rol dos direitos sociais ou no rol das garantias e liberdades é uma maneira de distinguir os direitos fundamentais, de modo a privilegiar o regime de efetivação de uns em detrimento dos outros.

A pergunta a ser feita, portanto, é: Esta política corresponde às reais necessidades da sociedade, ou seja, uma tal posição privilegiada dos direitos, liberdades e garantias face aos direitos econômicos, sociais e culturais é capaz de resolver o problema da exclusão social?

Parece clara que esta dicotomia entre os direitos fundamentais é considerada pensando na melhoria do sistema capitalista de produção, bem como facilitando o discurso neoliberal, não levando em conta os anseios da inclusão social.

Outra questão que não pode deixar de ser enfrentada remete-se a premissa de que os direitos sociais não podem ser imediatamente realizados, pois dependem de leis ordinárias para consagrá-los. Mais uma vez, está-se diante de uma distinção vazia entre os direitos fundamentais.

Deve-se ter em mente que alguns direitos fundamentais, sejam eles sociais ou não, para serem realizados necessitam de leis ordinárias para tanto, ou seja, a Constituição elege a lei como *status* positivo de tais direitos. Isto não significa, entretanto, que estes direitos possam ser

taxados como normas programáticas ou simples apelos ao legislador. Pelo contrário, são normas que vinculam o legislador e devem ser realizadas tão prontamente quanto às normas que derivam diretamente da constituição (QUEIROZ, 2006, p. 26).

Quanto à questão ora encetada, tome-se como exemplo mais uma vez o direito ao voto. O direito ao voto, entendido classicamente como pertencente ao grupo dos direitos, liberdades e garantias, para ser realizado necessita de ações legislativas ordinárias criadoras de normas de organização e procedimento para sua necessária efetivação e gozo por todos os cidadãos.

Do mesmo modo, o direito à proteção do empregado, classicamente tido como um direito social, para ser implementado necessita da fabricação, pelo legislador, de normas ordinárias capazes de conferir um sistema de proteção ao trabalhador hipossuficiente.

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais, todos eles, possuem uma dimensão de liberdade e uma dimensão de socialidade. Os direitos, liberdades e garantias, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais são todos direitos fundamentais. O problema de efetivação de um deles é o problema de efetivação de todos eles, revelando a interdependência entre tais direitos.

Inclusive, esta interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais, conforme apontado por Rodolfo Arango (2004, p. 30), dissolve a diferenciação destes em direitos de primeira, segunda e terceira geração em matéria de sua promoção e proteção. Todos os direitos fundamentais merecem igual tratamento e igual esforço para sua efetivação, na medida em que o objetivo principal a ser alcançado é uma ordem socialmente justa.

Além disso, conforme bem lembrado por Cristina de Queiroz (2006, p. 35), a liberdade real não significa, apenas, a ausência de interferência do Estado. Nesta medida, a verdadeira liberdade apenas pode ser usufruída se o indivíduo possui condições materiais de se auto-governar. Caso o indivíduo não possua condições mínimas que o possibilitem à participação da vida social, este será um cidadão não livre.

Deste modo, uma interferência dos poderes públicos no sentido de garantir estas condições materiais aos indivíduos de participação na estrutura social significa a garantia da liberdade

individual, mostrando-se possível tal intervenção, desde que seja justa e justificada, não arbitrária (QUEIROZ, 2006, p. 35-36).

Estas premissas levam à conclusão de que os direitos de liberdade somente podem ser sentidos, caso o cidadão seja capaz de experimentar e gozar dos direitos sociais, pois apenas será livre se lhe for garantido um núcleo essencial de condições materiais, que lhes assegure dignidade.

Logo, revele-se que só há efetivação dos direitos, liberdades e garantias caso haja efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo que ambas as categorias do direito possuem o mesmo *status* jurídico. Assim, se possuem o mesmo *status* jurídico, de igual modo devem receber o mesmo regime ou tratamento jurídico.

Explicitadas tais considerações, deve-se rechaçar qualquer tentativa de argumentação que coloque os direitos fundamentais sociais em posição inferior aos ditos direitos de liberdade. Sendo assim, dúvidas não há em relação à fundamentalidade dos direitos sociais e, conseqüentemente, como espécie destes, dos direitos trabalhistas.

Sendo assim, entendendo que os direitos sociais são tão fundamentais quanto os direitos de defesa clássicos, não se pode continuar compreendendo os mesmo a partir de uma estrutura programática. Na verdade, levando-se em consideração a inadequação da dicotomia entre os direitos fundamentais, deve-se buscar uma estrutura para os direitos sociais que valorize o seu caráter de fundamentalidade.

Nesse sentido, os direitos sociais podem ser entendidos como direitos definitivos. Sobre o assunto, pontua Carlos Bernal Pulido (2008, p. 164):

Para a teoria das posições jurídicas definitivas, os direitos sociais da Constituição se concretizam em alguns deveres de abstenção, no direito contra a extrema inatividade legislativa, nos direitos à igual participação nos direitos sociais derivados, no direito a satisfação de um mínimo existencial e no direito ao não retrocesso social.⁷

⁷ Acerca da estrutura dos direitos sociais como posições jurídicas definitivas, esclarece ainda o citado autor (2008, p. 165): “(...) De acordo com a teoria das posições jurídicas definitivas, os direitos sociais impõe ao legislador o dever de legislar para dispor dos meios tendentes a satisfazê-los, e este dever é correlato pelo menos a dois direitos subjetivos que se atribuem ao indivíduo: o direito a obter do legislador ao menos um grau mínimo de atividade legislativa, e o direito a que a legislação estabeleça as condições idôneas para satisfazer as necessidades existenciais, ou seja, o direito a receber um mínimo existencial. Correlativamente, está proibida a

Visto isto, é possível afirmar que os direitos sociais configuram direitos de seus titulares, plenamente exigíveis face aos Poderes Públicos, ou seja, assim como os direitos de defesa os direitos sociais geram obrigações ao Poder Público de serem cumpridos, de modo que a não satisfação de tais direitos configura a possibilidade de sua exigibilidade por meio do Judiciário.

Os direitos do trabalho são espécies dos direitos sociais, sendo, portanto, o seu caráter de fundamentalidade indiscutível. Quanto a tal categoria dos direitos sociais é possível dizer que os mesmos são um dos mais relevantes aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana, pois é através do labor, na maior parte das vezes, que o indivíduo consegue garantir condições materiais mínimas de subsistência (DELGADO, 2007, p. 69).

No Brasil, segundo Mauricio Godinho Delgado (2007, p. 69), a afirmação dos direitos trabalhistas atinge seu ápice na Constituição de 1988. Segundo o citado autor (2007, p. 69) são quatro os principais princípios afirmativos do trabalho no ordenamento constituinte brasileiro: “o da valorização do trabalho, em especial do emprego; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função sócio-ambiental; o princípio da dignidade da pessoa humana.”

A valorização do trabalho humano regulado é uma das formas de se garantir o núcleo essencial de subsistência com dignidade. Entretanto, a sua proteção vai de encontro aos ideais do modelo capitalista, o que vem dificultando cada vez mais a sua proteção e efetivação, de modo que o trabalho, principalmente o regulado, perdeu a sua capacidade de conferir status de cidadania, na exata medida em que sofreu profunda desvalorização, como demonstrado em tópico anterior.

Neste aspecto, Rodolfo Arango (2004, p. 23) chama atenção para o seguinte fato:

(...) o trabalho assalariado deixou de ser o eixo da organização social. A perda da centralidade do trabalho assalariado fará com que, em um futuro próximo, dentre a população economicamente ativa somente um dos trabalhadores terá um trabalho estável de tempo integral na Europa, o que aproxima a situação do Primeiro Mundo a de países cuja desigualdade de renda é tão avassaladora como, por exemplo, o Brasil.

inatividade legislativa e a desatenção do mínimo existencial. A vulneração destas proibições tem como consequência a inconstitucionalidade por omissão.”

Neste contexto, surge a preocupação em se mudar a estratégia de efetivação dos direitos trabalhistas, lutando contra as forças hegemônicas do discurso neoliberal que insistem na desregulamentação do trabalho. É nesse sentido que surge a preocupação, em especial, relativa à proteção do empregado contra a dispensa arbitrária e contra a desregulamentação do labor humano.

3. A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA

3.1. HISTÓRICO NACIONAL DA PROTEÇÃO AO EMPREGO

O problema do desemprego estrutural, retratado sob o prisma da evolução do período moderno no primeiro capítulo, remete à questão da perda do *status* de dignidade da maioria dos trabalhadores. Isto ocorre na medida em que grande parte dos indivíduos depende apenas da sua força de trabalho para sobreviver e, levando-se em conta as vicissitudes do mercado capitalista, sempre em evolução, muitas destas pessoas deixam de ser produtivas para o sistema, ficando relegadas à exclusão.

Esta situação é agravada pelas medidas neoliberais, impostas aos países ditos subdesenvolvidos no cenário mundial, de desregulamentação dos direitos trabalhistas.⁸ A facilidade, atualmente encontrada, para os empregadores dispensarem seus empregados explicita com maior profundidade o problema da intensa rotatividade de mão-de-obra nas empresas, aumentando o clima de insegurança entre os trabalhadores, os quais podem ser descartados dos quadros empresariais com obstáculos mínimos.

Esta facilidade da dispensa acaba levando a um quadro de descrédito da pessoa do trabalhador, desprezando-se a sua condição de cidadão e de pessoa dotada de dignidade. Sobre este aspecto, ressaltando a faculdade do empregador em realizar a dispensa de seus empregados, ressalta Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 16):

(...) Essa mesma faculdade patronal, assim disseminada, oculta muitas vezes medidas de discriminação, de falta de solidariedade e ausência de boa-fé contratual, de redução da pessoa do trabalhador a mero fator de produção, de desrespeito aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, que são apenas os casos mais extremos de um

⁸ Sobre o neoliberalismo, Leandro do Amaral D. de Dorneles (2002, p. 117) esclarece que: “A ideologia neoliberal nasceu de um grupo de economistas, cientistas políticos e filósofos que, em 1947, reuniu-se em *Mont Saint Pélerin*, na Suíça. Esse grupo opunha-se ao surgimento do Estado de bem-estar e à política norte-americana do *New Deal*. Assim, elaborou um detalhado projeto econômico e político que atacava frontalmente a forma de gestão social promovida no capitalismo organizado e, mais especificamente, o Estado providência com sua política social e sua função reguladora do mercado. Como idéia central, as propostas neoliberais sustentam que o modelo de Estado de bem-estar destrói a liberdade dos cidadãos e a competição, tidas estas como pré-requisitos para a prosperidade.” Neste sentido, ainda sob a visão do citado autor (2002, p. 118), em síntese, o neoliberalismo tem como base de sua argumentação que o mercado seria o principal vetor de desenvolvimento de um estado, não podendo, portanto, sofrer intervenção. Toda intervenção estatal que não fosse mínima seria, então, prejudicial. As idéias neoliberais ganham força na década de setenta, como resposta à crise capitalista mundial e os elevados índices de inflação, quando então, a culpa foi colocada na ação dos sindicatos e na “exacerbada” proteção ao direito do trabalho e garantia no emprego.

sistema em que os riscos das oscilações e vicissitudes da atividade de mercado são constantemente descarregados no puro descarte da pessoa do trabalhador.

Na maior parte dos casos, e esta é a situação brasileira, o empregador pode dispensar seus empregados sem apresentação de qualquer justificativa a este ou aos órgãos encarregados de fiscalização das condições laborais, bastando para tanto o pagamento de uma indenização compensatória pela perda do emprego. Ressalte-se, desde já, que também em grande parte das vezes esta indenização não chega nem próxima a dita “compensação” pela perda do emprego, seja do ponto de vista econômico, seja levando em consideração o desgaste emocional.

Justamente em razão deste quadro fático, torna-se imperativo o estudo de medidas alternativas e possíveis que garantam o respeito à pessoa do trabalhador. Este respeito não significa a apologia à estabilidade absoluta e irrestrita do empregado, mas sim a um mínimo de condições que garanta a dignidade da pessoa humana, afastando a possibilidade de simples descarte do indivíduo trabalhador.

Para tanto, antes de se chegar a tal conclusão, faz-se necessário descrever brevemente como ocorreu a evolução (e também involução, como se verá adiante) da proteção do empregado contra a dispensa arbitrária, isto porque, conforme salientado por Arion Sayão Romita (1998, p. 432), nenhum instituto do Direito do Trabalho pode ser apreendido em seu sentido social desvinculado de suas origens históricas.

Não é demais lembrar que este ramo do Direito surge e se desenvolve mediante a constante tensão de interesses econômicos divergentes entre empregados e empregadores. Portanto, de um lado há sempre a pressão das forças capitalistas e, de outro, há sempre a pressão gerada pelas necessidades inerentes à figura do trabalhador (ROMITA, 1998, p. 433).

Nesta perspectiva, no primeiro capítulo foi possível observar que na chamada fase do capitalismo pesado ou sólido (BAUMAN, 2001, p. 70) os empregados encontravam-se presos aos muros da fábrica. Foi um período marcado pela prosperidade econômica, avolumando-se as legislações pertinentes à garantia de estabilidade no emprego.

Por outro lado, na fase do capitalismo leve ou líquido (BAUMAN, 2001, p. 70), diante da intensa revolução tecnológica sentida, os postos de trabalho foram diminuindo à míngua, o

que acabou levando a uma severa desregulamentação dos direitos trabalhistas, inclusive no que respeita à proteção contra a dispensa arbitrária.

Sobre o assunto, Arion Sayão Romita (1998, p. 434) revela que nos anos de expansão econômica houve um florescimento do “garantismo legislativo”, aparecendo a estabilidade no emprego como uma questão indiscutível. Por seu turno, explicita o autor (1998, p. 434):

O trabalho, porém, tornou-se um “bem escasso” (...). A evolução dos preços do petróleo nos anos de 1973 e 1979, a revolução tecnológica e a necessidade de aumentar a produtividade das empresas suprimiram empregos, mostrando a possibilidade material de garantir a relação de emprego contra a despedida. Passou-se a falar em flexibilidade ou flexibilização do Direito do Trabalho, conceito que abrange a flexibilidade dos efetivos da empresa, modalidade de flexibilidade externa (dispensa, trabalho temporário, etc.), distinta da flexibilidade interna (modulação dos horários de trabalho, reestruturação dos empregos, etc.).

No Brasil, apesar de o desenvolvimento do Direito do trabalho ter ocorrido de maneira diversa daquela verificada no cenário internacional, também se observa um período de ausência legislativa de proteção trabalhista, um momento de garantismo legislativo (embora, na prática, a proteção ao emprego sempre acabava sendo forjada, como se verá adiante) e um momento de desregulamentação da proteção ao emprego, o qual se estende até os dias atuais.

Conforme salientado por Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 316), nas Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil Império, havia regulamentação referente à locação de serviços. A regulamentação concentrava-se na terminação da prestação de serviços, na qual buscava-se impedir que o locador se despedisse, antes do término do contrato, sem a autorização do locatário. A penalidade em caso do descumprimento referido era a prisão do locador até que ele pagasse em dobro os salários recebidos, ou cumprisse o trabalho, de maneira forçada.

Note-se que se tratava da regulamentação legislativa de relações jurídicas privadas, despidas do conceito de emprego tal como se reconhece atualmente. Além disso, o contrato de trabalho (no sentido amplo do termo) era por prazo determinado, não transfigurando o princípio da continuidade da relação empregatícia, o qual se observará fortemente com o desenvolvimento do trabalho operário e assalariado no contexto nacional.

Por volta de 1830 a 1837, com a vinda dos imigrantes para o Brasil as leis encerraram perspectivas semelhantes ao conteúdo das Ordenações Filipinas, no que tange à tônica dos

contratos de trabalho. As leis de 13 de setembro de 1830 e 108 de 1837 estabeleciam o denominado regime de parcerias entre os imigrantes e fazendeiros (WANDELLI, 2004, p. 316).

O cumprimento de tais contratos de trabalho girava em torno do resgate da dívida dos imigrantes com as despesas da viagem, o que era praticamente impossível. Deste modo, os trabalhadores imigrantes só poderiam se desvincular do contrato de trabalho firmado, caso pagassem a dívida estabelecida desde a vinda, mantendo-os presos ao labor prestado aos fazendeiros contratantes (WANDELLI, 2004, p. 316).

A regulamentação do trabalho assalariado, aproximando-se da noção de emprego, apenas começa a surgir em terras nacionais no século XX. As primeiras leis que garantiam a relação duradoura do labor contra a dispensa arbitrária do empregado estavam relacionadas à Previdência Social.

Nesse sentido, Arion Sayão Romita (1998, p. 453) explica que o tema da proteção contra a despedida no Brasil tem como percussora a Lei Elói Chaves⁹, em 1923. O decreto 4.682, de 24 de janeiro de 1923, dispunha em seu art. 42: “Art. 42. Depois de dez anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta constatada em inquérito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspeção e Fiscalização das Estradas de Ferro.”

De acordo, ainda, com as lições de Arion Sayão Romita (1998, p. 453) o citado diploma legal instituiu em cada uma das empresas de estrada de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os empregados. Nesse sentido, esta lei, a qual trata de assuntos previdenciários, e não propriamente trabalhistas, acabou regulando, por via oblíqua, a estabilidade no emprego, como forma de assegurar as instituições de seguro social recém criadas.

Observe-se que a citada lei apenas garantiu a proteção no emprego após dez anos de serviço efetivo, bem como não estendeu a garantia a todos os trabalhadores, mas apenas àqueles empregados das empresas ferroviárias brasileiras. De qualquer forma, esta norma foi um

⁹ O Decreto 4.682/23 recebeu este nome em homenagem ao parlamentar Elói Chaves, o qual apresentou o projeto de lei sobre o assunto à Câmara dos Deputados (ROMITA, 1998, p. 453).

verdadeiro avanço no cenário nacional, o qual até então nunca havia contado com uma norma regulamentadora da proteção ao emprego.

Também quadra ressaltar, ainda neste particular, que o Decreto n. 4.682 não instituía qualquer tipo de penalidade para o empregador que despedisse seu empregado, com mais de dez anos de trabalho, sem apurar se este houvera cometido ou não falta grave. Assim, faltavam instrumentos para que o obreiro, mesmo na qualidade de estável, permanecesse no emprego, sendo fácil ludibriar a lei em questão (CARVALHO, 2002, p. 100).¹⁰

Como se verá adiante, o instituto da estabilidade no emprego adotado no Brasil nunca funcionou com a efetividade pretendida na prática. Sempre houve certo desleixo do Poder Público neste sentido, compactuando, neste aspecto, com a pressão empresarial em prol das facilidades capitalistas.

Porém, não se pode dizer que foi por falta de atuação legislativa que a garantia no emprego não atingiu seu escopo principal de proteção ao empregado. Conforme se observa da evolução sobre o tema, no Brasil, nota-se que houve um período de garantismo legislativo neste sentido.

Neste contexto, observa-se no Brasil que a estabilidade no emprego pouco a pouco foi sendo estendida a outras categorias profissionais, até que com a promulgação da Lei n. 62, de 5 junho de 1935, tal intento foi alcançado. A citada norma legal, em seu art. 10, estendeu a garantia da estabilidade a todos os empregados (comerciários e industriários), nos mesmos moldes traçados pela Lei Elói Chaves (ROMITA, 1998, p. 454). Preleciona o citado artigo:

Art. 10. Os empregados que ainda não gozarem de estabilidade, que as leis sobre institutos de aposentadoria e pensões têm criado, desde que contem dez anos de serviço efetivo, no mesmo estabelecimento, nos termos desta lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior nos termos do art. 5º.

¹⁰ Segundo Weliton Souza Carvalho (2002, p. 100) a sanção pretendida apenas veio com o Decreto 20.465, de 1º de outubro de 1931, vejamos: “(...) Este diploma normativo adotou explicitamente a readmissão do empregado, estabelecendo a suspensão do obreiro quando do início do inquérito. Se o inquérito não confirmasse a falta grave, estaria confirmada a **despedida arbitrária**, motivo pelo qual o empregado seria readmitido e indenizado dos salários durante o período de sua suspensão. Apenas para registrar a matriz publicista da estabilidade entre nós, vale esclarecer que o Decreto 20.465 tratava das empresas de serviço público.”

Importante lembrar que, além da estabilidade decenal, a Lei n. 62/35 fixou a indenização tarifada aos empregados não estáveis, de acordo com o tempo de serviço ((WANDELLI, 2004, p. 317). Logo, o mencionado diploma legal previa a estabilidade no emprego para os empregados com mais de dez anos de efetivo exercício no mesmo estabelecimento, bem como a indenização tarifada de acordo com o tempo de serviço para os obreiros não estáveis e despedidos arbitrariamente.

Apesar de a Lei n. 62/35 ter sido promulgada sob a vigência da Constituição de 1934, vale destacar que esta Carta Magna não previa expressamente o instituto da estabilidade, deixando a questão a cargo do legislador infraconstitucional (ROMITA, 1998, p. 454).

Porém, é bem verdade, como lembra Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 317), que a Carta de 1934 previu, em seu art. 121, § 1º, g, a obrigação do empregador de indenizar o trabalhador despedido sem justa causa. Além disso, também fixou em seus artigos, 131 e 150, f, respectivamente, regime de estabilidade para os empregados de empresas jornalísticas e professores.¹¹

A Constituição de 1937 também não trouxe grandes alterações, tratando o tema ainda com certa timidez. A referida Carta Fundamental, a exemplo da Constituição de 1934, deixou a questão da estabilidade para ser tratada pelo legislador infraconstitucional, reconhecendo-a apenas às categorias assim regulamentadas no plano ordinário (CARVALHO, 2002, p. 103).

Por seu turno, com a promulgação da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, em 1º de maio de 1943, a estabilidade foi tratada de maneira ampla, mantendo-se a idéia da estabilidade decenal. O art. 492 da CLT garantiu a todos os empregados que contassem com mais de dez anos de efetivo exercício na mesma empresa a estabilidade, apenas podendo ser dispensado por motivo de falta grave (a ser apurada em inquérito) ou força maior (ROMITA, 1998, p. 454).

¹¹ “Art. 131. É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, políticas ou noticiosas a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Estes e as pessoas jurídicas não podem ser acionistas das sociedades anônimas de tais empresas. A responsabilidade principal e de orientação intelectual ou administrativa da imprensa política ou noticiosa só por brasileiros natos pode ser exercida. A lei orgânica de imprensa estabelecerá regras relativas ao trabalho dos redatores, operários e demais empregados, assegurando-lhes **estabilidade**, férias e aposentadoria.” (Grifo nosso).

“Art. 150. Compete à União:

f. reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurarem a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna.”

Além disso, a CLT também previu, em seus artigos 477 e 478, o recebimento de indenização proporcional ao tempo de serviço ao empregado não estável, sempre que não tenha dado motivo para a cessação do contrato de trabalho. Ficando constatada a inexistência de falta grave¹², o empregado tinha direito de ser reintegrado ao emprego, recebendo os salários correspondentes ao tempo em que ficou suspenso, conforme dicção do art. 495 da CLT (ROMITA, 1998, p. 454).

Como se pode ver, portanto, a CLT não apenas reafirmou a estabilidade decenal, como também criou uma série de mecanismos para a manutenção do obreiro no emprego. Não obstante o esforço legislativo, é certo que na prática muitas vezes o empregador criava mecanismos para burlar a lei, realizando uma espécie de dispensa obstativa, ou seja, completando oito ou nove anos de trabalho, o empregado era demitido antes que atingisse a pretendida estabilidade.

Este quadro fático demonstra certa fragilidade do instituto da estabilidade no Brasil, revelando, ainda, a forte pressão do *lobby* empresarial em retrain as normas protetoras dos trabalhadores, em favor de uma maior facilidade lucrativa e de uma política empresarial antenada com o capitalismo selvagem, despreocupado com a dignidade da pessoa humana.

Apesar disso, tudo indicava, ao menos no campo legislativo, que o Brasil seguiria uma linha de garantismo no emprego, fortalecendo as bases da proteção ao trabalhador. Este intento mostrou-se claro com a promulgação da Constituição de 1946, a qual pela primeira vez elevou o tema ao *status* constitucional.

Conforme pontuado por Weliton Sousa Carvalho (2002, p. 105), o Constituinte de 1946 foi o primeiro a reconhecer a questão da estabilidade em seu texto normativo, estendendo tal instituto a todos os empregados, inclusive aos rurais (art. 157, XII), nos moldes em que instituiu a legislação infraconstitucional (neste momento, deveras avançada em razão do texto celetista).

¹² Arion Sayão Romita (1998, p. 454-455) esclarece, ainda, que a apuração da falta grave era realizada pelo empregador mediante inquérito perante à Justiça do Trabalho, no prazo decadencial de trinta dias, contados a partir da data de suspensão do empregado.

Entretanto, foi justamente a partir de 1966 que o tema da estabilidade, no Brasil, começou a fragilizar-se cada vez mais. No sentido do texto, manifesta-se Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 317):

(...) A partir da Lei n. 5.107/66 a linha construtiva ascendente da estabilidade converte-se numa descendente inexorável de violenta desconstrução do instituto. Instituiu-se, com essa lei, o regime opcional do FGTS, que substituía a estabilidade e a indenização por depósitos de 8% sobre o valor do salário e indenização de 10% sobre o total dos depósitos em caso de despedida sem justa causa. Como era adrede esperado, a “opção” passou a ser uma condição para a admissão e continuidade do vínculo dos não estáveis. (...).

Conforme acentuado pelo citado autor, a questão da estabilidade iniciou uma profunda linha descendente do instituto, com a entrada em vigor da Lei n. 5.107/66. A referida opção prevista no diploma legal em cotejo entre o regime da estabilidade e o regime do FGTS se transmudou em verdadeira oposição do empregador aos novos empregados contratados e àqueles que não haviam atingido a pretendida estabilidade.

Desconstruiu-se, em nome de um progresso econômico até então não alcançado, haja vista os altos índices de pobreza enfrentados por parcela significativa da população brasileira, um instituto de proteção ao empregado sem a criação de mecanismos alternativos que resguardassem a dignidade do trabalhador, evitando a sua descartabilidade no mercado. É evidente que o Brasil sofreu verdadeiro retrocesso social com tais medidas, pois o regime do FGTS foi claramente insuficiente para evitar a maléfica rotatividade de mão-de-obra nas empresas.

Nesse contexto, a Constituição de 1967, criada a partir de um cenário do golpe militar, a qual pretendia classificar o Brasil como um país periférico, adotando as “recomendações internacionais” (alhores mencionadas) de desregulamentação do Direito do trabalho, em prol de pretendido progresso econômico, tratou de mitigar do plano constitucional o tema da estabilidade, reafirmando a possibilidade de opção pelo regime do FGTS, assunto elevado ao *status* constitucional (CARVALHO, 2002, p. 107).¹³ A proteção ao emprego ganhou contornos definitivos por ocasião da Constituição Federal de 1988, tema tratado a seguir.

¹³ Weliton de Souza Carvalho (2002, p. 107) esclarece que a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, manteve a mesma dicção da Constituição de 1967 no que tange à questão da estabilidade do trabalhador brasileiro.

3.2. A PROTEÇÃO AO EMPREGO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após longo período de regime militar, a redemocratização do país se fazia urgente. O tema dos direitos fundamentais esteve em alta por ocasião da Assembléia Constituinte de 1987, o que é justificável após longos anos de ditadura militar e opressão dos indivíduos das mais diversas formas.

Entretanto, apesar da euforia em torno dos direitos fundamentais, a estabilidade do trabalhador no emprego suscitou muita polêmica na Constituinte então referenciada. De um lado havia forte pressão dos sindicatos por uma maior garantia no emprego, de outro, prevalecia o *lobby* empresarial, o qual clamava pela flexibilização do Direito do Trabalho, inclusive neste sentido.

Sobre o assunto, Arnaldo Süssekind (2004, p. 126) esclarece que, em razão da participação de expressivos sindicatos na elaboração da Constituição de 1988, nas primeiras etapas de discussão do projeto da Constituição chegaram a ser aprovadas disposições assegurando a estabilidade no emprego, com restrições a apenas alguns setores administrativos empresariais.¹⁴

Analisando os Anais referentes à elaboração da Carta Magna de 1988¹⁵, observa-se que a estabilidade citada pelo o autor acima foi apresentada ainda na fase A do anteprojeto da Constituição, pela Comissão da Ordem Social e Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos. A redação exata do art. 2º, XIII, do referido anteprojeto assim dispõe:

Art. 2 A Constituição assegura aos trabalhadores e servidores públicos civis, federais, estaduais, municipais, independente de lei, os seguintes direitos, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII – estabilidade desde a admissão no emprego, salvo o cometimento de falta grave comprovada judicialmente, facultado contrato de experiência de 90 (noventa) dias.

¹⁴ Segundo o citado autor (2004, p. 126): “(...) O anteprojeto da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos dispôs que todos os trabalhadores teriam direito à estabilidade desde a admissão em emprego ou ao terminar o contrato de experiência de noventa dias (art. 2º, XIII). O anteprojeto da Comissão da Ordem Social manteve a regra da estabilidade, salvo em se tratando de contrato a prazo, inclusive o de experiência, mas alargou as hipóteses de resolução do contrato de trabalho, antes admitidas somente no caso de falta grave comprovada judicialmente.”

¹⁵ Todas as informações relativas à discussão do art. 7º, I, da CF/88 na Assembléia Nacional Constituinte, foram disponibilizadas pela biblioteca da Câmara dos Deputados, em arquivo formato Word, em decorrência de pedido formulado àquela Casa Legislativa.

Note-se que, no referido anteprojeto todos os direitos fundamentais sociais relativos ao trabalho, conforme prelecionado pelo *caput* da norma em análise, independiam da elaboração de lei infraconstitucional, assegurando a sua aplicabilidade. Este é um verdadeiro avanço no que tange ao regime de aplicação dos direitos fundamentais sociais, os quais assim como os direitos de liberdade, independem de lei para sua efetivação.

Além disso, outro avanço trazido pela norma, antes não observado, no ordenamento jurídico brasileiro refere-se à estabilidade desde a admissão no emprego, independente do cumprimento do extenso lapso temporal de dez anos. Também merece destaque a imposição de que a falta grave do empregado tivesse que ser comprovada judicialmente.

Já na fase B do anteprojeto da Constituição de 1988, o parlamentar Nelton Friederich apresentou proposta de emenda ao referido art. 2º, sem citar quais os incisos correspondentes. Quanto ao tema da estabilidade no emprego, propôs a seguinte redação: “o trabalhador só poderá ser despedido por justa causa, nos termos previstos na lei, com direito a indenização e fundo de garantia correspondente”. Entretanto, a alteração apontada não foi acatada.

Posteriormente, o parlamentar do PFL Gilson Machado propõe a seguinte modificação ao art. 2º, XIII, do anteprojeto da Constituição federal de 1988: “estabilidade no emprego, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia, com incidência de multa, em uma ou outra hipótese, proporcionalmente progressiva ao tempo de serviço”.

A proposta de emenda foi recusada, sob o argumento de que a experiência vinha demonstrando que a facilidade na dispensa do empregado, proporcionada apenas pelo depósito de quantia à conta do FGTS, favorecia de maneira escandalosa o empregador, causando um quadro fático socialmente injusto.

Fica nítido, portanto, até aqui, que a opção da Constituinte de 1988, de início, era pela estabilidade no emprego, haja vista a dignidade da pessoa humana. Muito se discutiu acerca das injustiças sociais nesta seara, proporcionadas pela fragilização da garantia no emprego sofrida nos últimos anos pelo Brasil.

Já na fase F dos trabalhos da Comissão da ordem Social, o tema da estabilidade foi alterado, passando a constar do art. 2º, I, do anteprojeto constitucional com a seguinte redação:

Art. 2º (...)

I – garantia do direito ao trabalho mediante relação de emprego estável, ressalvados:

a – contrato a termo;

b – ocorrência de falta grave comprovada judicialmente;

c – prazos definidos em contrato de experiência, atendidas as peculiaridades do trabalho a ser executado;

d – superveniência de fato econômico intransponível, técnico ou de infortúnio da empresa, sujeito à comprovação judicial.

Pode-se notar a partir da redação apontada que a estabilidade no emprego foi mantida, mas foram ressalvados os casos de dificuldades enfrentadas pelo empregador, seja no campo técnico ou econômico, o que demonstra já certa pressão empresarial para amenizar os encargos resultantes da garantia no emprego. Deste modo, o fato econômico intransponível, técnico ou o infortúnio da empresa passaram a ensejar motivos justificadores da dispensa do trabalhador.

Já na fase de atuação da Comissão de Sistematização do anteprojeto constitucional, o Deputado Bernardo Cabral apresentou nova redação para a matéria da estabilidade, a qual passou a ocupar o art. 7º, I, constando como direito dos trabalhadores, além de outros, nos seguintes termos: “contrato de trabalho protegida contra dispensa imotivada¹⁶ ou sem justa causa, nos termos da lei”.

A justificativa para a alteração redacional apontada girou em torno dos incessantes debates entre a classe empresarial e trabalhadora. Chegou-se a conclusão, portanto, que era necessário adotar uma medida harmoniosa entre os interesses conflitantes. Indagou-se, nesse sentido, que da mesma maneira que não era possível ao empregado um direito tal à estabilidade, absoluto e irrestrito, que lhe garantisse o emprego mesmo contra a vontade do empregador, também não poderia este encontrar facilidade tamanha para dispensar o obreiro, usando a pessoa humana como máquina fosse para após descartá-la.

Desta forma, o relator do projeto constituinte achou por bem garantir o trabalho protegido contra a dispensa imotivada ou sem justa causa, relegando ao plano infraconstitucional a

¹⁶ Sergio Torres Teixeira (1998, p. 125), fazendo crítica à expressão “dispensa imotivada”, esclarece: “Toda dispensa é motivada. Sempre haverá uma causa remota, um fato gerador, uma razão ensejadora da vontade resilitória do empregador que culmina com a efetivação da dispensa. O motivo poderia derivar desde um fato banal, como o desagrado do empregador com a felicidade alheia, até uma razão reconhecida legalmente como legítima, como um furto cometido pelo empregado durante o serviço, passando por um fundamento causal expressamente vedado por lei, como a dispensa em virtude de discriminação racial por parte do titular da empresa.” Com isso, o autor quis dizer que nenhuma dispensa é sem motivo, mesmo que esta se funde em um motivo fútil ou extremamente banal ou inútil para o Direito, sendo inapropriado, portanto, a utilização do termo *dispensa imotivada*.

regulamentação detalhada da matéria, conforme as necessidades demonstradas pela realidade fática.

Apesar do intento conciliatório da redação apontada, Arnaldo Süssekind (2004, p. 127) adverte que o novo texto sobre a garantia no emprego gerou forte reação do segmento empresarial, de alguns setores governamentais e, até mesmo, dos diversos órgãos da imprensa.

Ficava clara, portanto, a pressão para que se extinguisse a estabilidade obreira, no intento de propiciar a permissão da dispensa, mesmo que arbitrária ou sem justa causa, mediante apenas pagamento de indenização. Frise-se que o segmento empresarial, participante da Constituinte, não estava interessado em resguardar a responsabilidade social de garantia da dignidade da pessoa humana. Estava preocupado, apenas, em assegurar seus interesses.

Seguindo a linha empresarial, o PMDB entrou em acordo com o “centrão”, de modo a combater as fórmulas apresentadas pelas lideranças de esquerda. O resultado disto foi a rejeição de todas as tentativas de modificação do projeto do texto normativo, com a adoção pela Constituinte dos objetivos dos segmentos empresariais, qual seja, substituição da estabilidade no emprego pela garantia de uma indenização compensatória (SÜSSEKIND, 2004, p. 127).

Percebe-se, deste modo, que não foi alcançada a vontade popular quando da formulação do art. 7º, I, da CF/88. Analisando as discussões avivadas na época da Constituinte, percebe-se claramente que o texto normativo em questão foi resultado da intensa pressão oferecida pelo *lobby* empresarial, o qual foi apoiado no momento pelos setores da imprensa e até mesmo por alguns setores do governo.

Seguindo a linha mais conservadora, portanto, o art. 7º, I, da Carta Magna de 1988 foi aprovado nos seguintes termos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

A estabilidade no emprego foi suprimida do texto constitucional, sendo assegurado apenas o direito à proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. A forma, entretanto, como deverá ocorrer tal proteção foi transferida para regulação infraconstitucional, por meio de lei complementar a qual deverá prever indenização compensatória, além de outros direitos.

Além disso, o mesmo art. 7º previu em seu inciso III o fundo de garantia por tempo de serviço. O Ato das Disposições constitucionais Transitórias – ADCT, por sua vez, estipulou em seu art. 10, que, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da CF/88, será assegurado ao obreiro, por ocasião de dispensa a qual não tenha dado causa, indenização correspondente a 40% (quarenta por cento) sobre a conta do FGTS.

Por conta do texto permanente encetado pelo art. 7º, I, da CF/88 combinado com a previsão transitória da multa do FGTS, Arnaldo Süssekind (2004, p. 128) alerta para a revogação do dispositivo 492 da CLT, o qual previa a aquisição de estabilidade pelo empregado após dez anos de efetivo exercício na mesma empresa.

De fato, fica clara a incompatibilidade da norma celetista com o texto constitucional. É possível afirmar com propriedade, neste momento, que a chamada estabilidade temporal (aquela adquirida em razão do fator tempo) não foi recepcionada pelo texto constitucional, o qual prevê a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, sem vincular tal proteção à aquisição de qualquer lapso temporal.

No sentido do texto, esclarece Weliton Sousa Carvalho (2002, p. 118):

A estabilidade decenal é incompatível com a estabilidade relativa¹⁷ consagrada no texto constitucional, posto que esta tem por substrato a despedida arbitrária, conceito dinâmico que não tem por núcleo o fator tempo tomado isoladamente, mas em intensa interação com insumos, tecnologia, com as variações do mercado financeiro e do modelo econômico cada vez mais competitivo.

Por meio da análise do excerto citado acima, apreende-se que o autor citado fala na consagração pela Constituição Federal de 1988 da, por ele mesmo denominada, estabilidade

¹⁷ Weliton de Sousa (2002, p. 118) explica o que vem a ser o que ele denominou de *estabilidade relativa*: “Em rigor terminológico nenhuma estabilidade é absoluta, pois a dispensa tem de ser autorizada pelo menos quando o empregado cometer justa causa, assim entendida em nível de Direito brasileiro, no rol do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Utilizamos-nos da expressão estabilidade relativa, apenas por contrapô-la à idéia de estabilidade decenal. (...)”

relativa. Esta é uma questão que deve ser estudada com cautela. Indaga-se acerca da existência ou não de brecha no texto normativo constitucional capaz de conduzir ao entendimento de garantia no emprego ou de simples indenização compensatória por sua perda. A matéria, porém, será analisada em tópico próprio.

Na mesma perspectiva da acima apontada, muito se discute sobre a eficácia da norma prescrita no citado art. 7º, I, da CF/88. A questão será também analisada em momento oportuno após a verificação do episódio de ratificação da Convenção nº 158 da OIT (a qual traça regras referentes à proteção do empregado contra a dispensa arbitrária, como se verá adiante).

Antes de se adentrar nesta seara, no entanto, importante tratar do significado dos termos apresentados na norma em estudo. Note-se, que o art. 7º, I, da CF/88 fala em dispensa arbitrária ou sem justa, porém não descreve seus significados. O que vem a ser, portanto, dispensa arbitrária e dispensa sem justa causa? Seriam os termos expressões sinônimas?

Segundo Arion Sayão Romita (2005, p. 359) quando o legislador fala em “proteção contra a despedida arbitrária” está se referindo a uma série de mecanismos que impeça ou dificulte a dispensa por parte do empregador. Deste modo, de acordo com a visão do citado autor, a estabilidade é exemplo de mecanismo que impede a despedida do empregado. Por outro lado, a obrigação patronal de dar aviso prévio, conceder indenização proporcional, entre outros direitos, são ferramentas que dificultam a despedida do obreiro.

Analisando o mencionado art. 7º, I, da CF/88, Arnaldo Süssekind (2004, p. 149) critica o legislador constituinte, na medida em que considera desnecessária a referência aos termos “despedida arbitrária ou sem justa causa”, acentuando que a despedida arbitrária já contempla as hipóteses de dispensa que não se fundar em justa causa.

Entretanto, não parece adequado retaliar o zelo que o Constituinte de 1988 teve ao tratar do tema em questão. Quando faz referência às duas modalidades de terminação do contrato de trabalho, quer dizer que são coisas distintas, deixando claro que a proteção ao empregado deve-se dar tanto em um quanto em outro caso.

Neste tocante, Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 320-321) acerta ao diferenciar as duas modalidades de dispensa, porém, confunde a questão no que tange às noções de gênero e espécie:

(...) A não arbitrariedade é mais ampla que a justa causa. Justa causa, em sentido estrito, recebe o sentido de motivo disciplinar ou outra causa legalmente prevista para a terminação unilateral do contrato. Toda despedida arbitrária, entendida como aquela que não se funda em motivo econômico, financeiro, técnico, disciplinar ou qualquer outro justo motivo legal, é sem justa causa, assim como toda despedida por justa causa é não arbitrária. Entretanto, aceita essa distinção, nem toda despedida sem justa causa é arbitrária e também nem toda despedida não arbitrária é por justa causa. Isto porque uma parte das despedidas não arbitrárias, por serem fundadas em motivo financeiro, técnico ou econômico, se refere a despedidas sem justa causa. Assim, por exemplo, uma despedida fundada em motivo econômico não é arbitrária, mas é sem justa causa.

Como visto, de acordo com o posicionamento explicitado acima, entende-se que uma despedida não arbitrária nem sempre será por justa causa. Tem-se, assim, que a despedida não arbitrária é mais ampla do que a dispensa por justa causa, sendo esta apenas espécie daquela. Até aqui, o entendimento está correto.

Porém, o autor erra ao afirmar que a dispensa sem justa causa é gênero do qual a dispensa arbitrária é espécie. A compreensão de que a despedida sem justa causa, na verdade, é termo mais amplo, parte de um pressuposto errôneo, uma vez que concilia este conceito à ausência de qualquer motivação. Partindo-se deste pressuposto, entende-se que toda despedida arbitrária será, em última análise, sem justa causa, porém nem toda despedida sem justa causa será arbitrária (GOMES, 2008, p. 950).

Na verdade, a dispensa sem justa causa deve ser entendida como aquela em que não há motivação de cunho subjetivo, ou seja, aquela em que não seja possível apontar um ato do indivíduo como ensejador da causa da dispensa (GOMES, 2008, p. 948-949).

Por seu turno, no que tange à dispensa arbitrária, a noção não se prende à perspectiva individual. Aqui, há uma ausência de motivação de índole subjetiva (altos faltosos do empregado), bem como uma ausência de motivação de índole objetiva (motivação baseada em motivo econômico ou financeiro). Deste modo, pode-se dizer que há, portanto, uma relação de continente e conteúdo, em que a idéia da dispensa sem justa causa encontra-se embutida na noção de dispensa arbitrária (GOMES, 2008, p. 949).

Dito isto, é preciso compreender o que vem a ser a despedida arbitrária, de acordo com o ordenamento pátrio. O conceito de despedida arbitrária encontra apoio no art. 165 da CLT¹⁸, entendendo-se como aquela que não se funda em motivo disciplinar (ato faltoso do empregado), técnico, econômico ou financeiro.

Por sua vez, na tentativa de explicitar um significado para cada um dos itens que revestem a despedida em não arbitrária, Sérgio Torres Teixeira (1998, p. 127) acentua que motivo técnico é aquele decorrente da organização interna empresarial como, por exemplo, o empreendimento de novas tecnologias pela empresa. Já o motivo financeiro refere-se à falta de capital de giro na empresa. O motivo econômico diz respeito à crise econômica, provocada pelo governo ou pela má gestão empresarial. E, por fim, o motivo disciplinar refere-se a uma conduta faltosa do empregado.

Feitas tais considerações, passa-se à seguinte pergunta, inevitavelmente: o que é considerado pelo ordenamento pátrio como uma dispensa por justa causa? Tentando elucidar a questão, Sergio Torres Teixeira (1998, p. 126) explicita que a dispensa por justa causa pode ser expressa em sentido amplo e em sentido estrito.

Em sentido amplo, segundo o autor (1998, p. 126-127), a dispensa por justa causa se confunde com aquela considerada não arbitrária. Já a dispensa por justa causa em sentido estrito é a que se funda em motivo expressamente tipificado pelo legislador, como permissivo da dispensa unilateral por ato empregador, constituindo-se, via de regra, como um ato faltoso do empregado.

A maior parte das causas ensejadoras da dispensa por justa causa encontra-se definida no art. 482 da CLT. Entretanto, também é possível encontrar motivos determinantes da justa causa em outros dispositivos da CLT, bem como em na legislação extravagante.¹⁹

¹⁸ “Art. 165 Os titulares da representação dos empregados nas CIPAS não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.”

¹⁹ “Além do elenco encontrado no art. 482 consolidado, existem outras modalidades de justa causa tipificadas em dispositivos da CLT e em normas de sua legislação complementar, tais como a do empregado bancário que omite o pagamento de dívidas (art. 508 da CLT) e a do empregado que cometer abuso do direito de greve (artigos 7 e 14 da Lei n. 7.783 de 28 de junho de 1989). (...)” (TEIXEIRA, 1998, p. 134).

Assim, não será arbitrária a dispensa que se fundar em motivo disciplinar, ou seja, os motivos considerados como ensejadores da dispensa por justa causa em seu sentido estrito, técnico, financeiro ou econômico.

Ainda neste tocante, deve-se frisar que para caracterização da dispensa por justa causa devem ser atendidos alguns requisitos. O primeiro deles, e já salientado anteriormente, é que para o motivo ser legitimamente considerado como justa causa para dispensa, deve ele estar expressamente previsto na legislação brasileira (TEIXEIRA, 1998, p. 139).

Nesse sentido, caso não seja previsto legalmente o motivo que culminou na dispensa do obreiro, não pode ele ser considerado como justa causa legitimadora do ato, incidindo aí, as conseqüências legais e constitucionais da despedida sem justo motivo, as quais serão analisadas em tópico próprio posteriormente.

Além disso, também são requisitos caracterizadores da justa causa: o nexo causal entre o motivo e a dispensa (a dispensa deve ter ocorrido em razão do motivo previsto na legislação), a proporcionalidade entre a causa e a dispensa (a punição imposta ao obreiro deve ser proporcional à conduta por ele cometida), atualidade da efetivação da medida (a dispensa deve ser atual à conduta faltosa, não podendo esta ser um fato passado e remoto àquela), *non bis in idem* (o empregado não pode ser punido mais de uma vez pela mesma conduta) e, por fim, culpabilidade do empregado (TEIXEIRA, 1998, p. 145).

Logo, faltando qualquer um dos pressupostos então elencados descaracterizada está a dispensa com justa causa. Exemplo disto é o caso de o empregado ter cometido a conduta prevista na alínea *h*, do art. 482, da CLT (hipoteticamente, portanto, ter deixado de cumprir ordem de seu superior hierárquico), mas ao invés de dispensar o obreiro, o empregador apenas lhe impõe uma suspensão.

Posteriormente, o empregador arrependido de ter apenas imposto suspensão ao empregado, resolve dispensá-lo. Esta dispensa não será por justa causa, pois lhe faltará o pressuposto do *non bis in idem*. Como demonstrado acima, o obreiro não pode ser penalizado mais de uma vez pela mesma conduta faltosa. Portanto, no caso em apreço estaríamos diante de uma despedida sem justa causa, o que remete à conclusão de que faltando um dos pressupostos

caracterizadores da dispensa por justa causa em sentido estrito, ter-se-á a dispensa sem justa causa.

Em conclusão às considerações então expendidas, pode-se dizer que o legislador constituinte de 1988 acertou ao prever a proteção do empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, visto que se tratam de figuras distintas.

Apesar de não mencionado na norma constitucional, bem como ante o silêncio da legislação trabalhista a respeito, outro termo é designado para diferenciar a dispensa realizada por ato unilateral do empregador: é a denominada dispensa abusiva. Como dito, embora não esteja expressamente prevista em lei, para alguns autores, a dispensa abusiva decorre implicitamente da interpretação de nosso ordenamento jurídico.

De acordo com Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 340), absorvida a abusividade ordinária inerente a toda dispensa arbitrária, há casos em que a despedida gera não apenas os efeitos negativos esperados da relação de emprego, indo além, estando a dispensa eivada de vício composto por uma carga de antijuridicidade.

Nesse sentido, tem-se que a dispensa arbitrária, ou seja, aquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, financeiro ou econômico gera uma série de conseqüências negativas ao empregado, tendo como principal, a perda do seu meio de subsistência. Porém, a dispensa abusiva, além de gerar tal efeito, produz conseqüências violadoras dos preceitos fundamentais do sistema jurídico.

Assim, poder-se-ia citar como exemplo a dispensa de um empregado em virtude de ser ele pertencente à raça negra, configurando-se a discriminação étnica. Neste caso, a perda do emprego não gera apenas o fim dos meios de subsistência do obreiro, mas também uma situação de preconceito, que é socialmente inaceitável, revestindo-se o ato de antijuridicidade.

Na ótica de Sergio Torres Teixeira (1998, p. 160), a despedida abusiva constitui uma subespécie da dispensa arbitrária, de forma que o gênero é despedida sem justa causa, da qual a dispensa arbitrária é espécie e a abusiva sua subespécie. Explica o autor, que a despedida abusiva é concretizada quando o ato em si é revestido de motivo ilegítimo, cuja causa

extrapola os limites da relação empregatícia, ferindo princípios fundamentais ao interesse público e social.

Nas palavras do autor citado (1998, p. 161), portanto: “A despedida abusiva, assim, corresponde a um ato unilateral do empregador, pelo qual este resile o contrato individual de trabalho por motivo não apenas arbitrário, mas essencialmente anti-social, caracterizando o abuso de direito.”

Corroborando o mesmo entendimento até então explanado acerca da despedida abusiva, Arion Sayão Romita (1998, p. 461) também entende que esta restará configurada quando da rescisão contratual, de iniciativa unilateral do empregador, gere um dano adicional e ilícito à perda do emprego.

Assim, segundo Romita (1998, p. 462), a despedida abusiva poderia ser traduzida nas seguintes hipóteses:

Sem a pretensão, portanto, de esgotar o elenco, podemos afirmar que são despedidas abusivas aquelas que contrariam a moral e os bons costumes, as despedidas pelo exercício de atividades sindicais, por motivo de represália ou perseguição ante uma reclamação movida contra o empregador, pelo fato de ter prestado depoimento contra ele, despedidas discriminatórias²⁰ por motivo de sexo, raça, religião, idéias políticas etc., despedidas por causas alheias à relação jurídica de trabalho.

A análise dos conceitos até então apresentados nos remete a uma questão: a despedida abusiva, como o próprio nome sugere, pressupõe o direito potestativo do empregador de despedir o obreiro, pois só assim poderá ele abusar de tal direito. Esta questão leva, inevitavelmente, a uma interpretação do art. 7º, I, da CF/88, evidenciando-se os efeitos de uma ou outra espécie de dispensa, bem como a existência ou não de um suposto direito patronal a esta. Este ponto reflexivo, porém, será tratado em momento oportuno, quando então será retomado o assunto.

Voltando-se à referência conceitual do instituto, Weliton Sousa Carvalho (2002, 85-89) apresenta um conceito um pouco diferenciado acerca da despedida abusiva. Para o autor, a abusividade da dispensa é absorvida pela sua arbitrariedade, de modo que, no máximo, a

²⁰ A despedida discriminatória foi regulamentada no ordenamento pátrio, através da Lei n. 9.029/95. O fato de ter sido editada o referido diploma legal não impede, porém, de tratar esta modalidade de dispensa como uma das formas possíveis da despedida abusiva.

despedida abusiva seria uma forma qualificada da dispensa arbitrária, a qual fere frontalmente a dignidade do trabalhador.

Em conclusão, entende o autor (2002, p. 90) que a terminologia despedida abusiva não pode configurar uma terceira modalidade de terminação do contrato de emprego, vez que esta não difere da despedida arbitrária, mostrando ser apenas uma faceta desta última.

A visão apontada é digna de nota. Note-se que, caso se entenda que a dispensa arbitrária é proibida pelo ordenamento jurídico, realmente não há razão em qualificar a despedida abusiva como uma terceira modalidade de terminação do contrato individual de trabalho, eis que não se pode abusar de um direito que não se tem.

Por outro lado, caso entenda-se que a despedida arbitrária é permitida ao empregador, mediante simples pagamento de indenização compensatória prevista no art. 10, I, do ADCT, aí sim há grande relevância em elevar a dispensa abusiva como uma terceira modalidade de dispensa. Isto porque, caso o empregador possa dispensar o empregado em qualquer hipótese, seja por razão arbitrária ou sem justa causa, será necessário impor limites ao seu direito potestativo, o qual obviamente não pode ser absoluto.

O assunto será retomado quando for tratada a questão relativa à interpretação do art. 7º, I, da CF/88. Por hora, basta revelar a conclusão de que dispensa arbitrária é mais ampla do que a despedida sem justa causa, sendo aquela caracterizada tanto pela falta de motivo de índole subjetivo, ou seja, relacionado com a conduta do empregado, tanto pela falta de motivo de ordem objetiva, relacionada com questões atinentes a problemas financeiros ou econômicos.

A despedida sem justa causa, por sua vez, prende-se à noção subjetiva. Assim, será considerada sem justa causa a dispensa que não se funda em nenhuma conduta relacionada ao comportamento do obreiro, estando esta noção, portanto, embutida na idéia da despedida arbitrária.

Entendido o alcance das expressões contidas na norma em estudo, deve-se ocupar o centro das preocupações sua interpretação e alcance. Merece ser debatido se o art. 7º, I, da CF/88 acabou com a estabilidade no emprego, bem como se inviabilizou a possibilidade de reintegração

como uma das medidas de garantia empregatícia e, também, se a aplicação da norma é imediata ou depende de formulação da lei complementar prevista para sua efetivação.

Estas e outras explicações, no entanto, devem ser estudadas após a análise da Convenção 158 da OIT, uma vez que tal ato internacional chegou a ser ratificado pelo Brasil, sendo, logo depois, denunciado. A correta interpretação do art. 7º, I, da CF/88, portanto, só poderá ser bem delineada se analisada a completa realidade circundante do dispositivo. E isto inclui a verificação da Convenção 158 da OIT.

3.3. A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A SUA REPERCUSSÃO NO PAÍS

O desemprego é um problema social que assola a sociedade moderna já há algum tempo. Advém, dentre outros motivos, dos efeitos colaterais do capitalismo, sendo aprofundado pelos ideais neoliberais que encontram em seu epicentro uma política de desregulamentação das normas trabalhistas.

Neste aspecto, Jorge Luiz Souto Maior (2004, p. 1323) adverte que diante das facilidades encontradas pelos empregadores em promover a dispensa de seus empregados, além do aumento na rotatividade de mão-de-obra, aumentando os índices de desemprego, este fato gera um clima de insegurança nas relações trabalhistas, fragilizando, inclusive, as normas pertinentes às condições de trabalho.

No mesmo sentido, Macio Túlio Viana (2008, p. 438) explicita que desde quando as dispensas foram facilitadas, por se tornarem menos custosas para os empregadores, estes se tornaram os detentores do contrato, colocando os obreiros em uma situação desconfortável de completa fragilidade quanto à continuidade da relação empregatícia.

Não é por menos, portanto, que o direito ao trabalho, como direito fundamental do ser humano, vem sendo reconhecido amplamente no plano internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, anunciada em 1948, já determinava em seu art. XXIII, que toda pessoa tem direito ao trabalho, devendo este ser permeado por condições equitativas e satisfatórias, de forma a proteger o empregado contra o desemprego (SÜSSEKIND, 2004, p. 136).

Embora não tenha falado na garantia do emprego ou na estabilidade obreira, a Declaração de Direitos ora tratada já previa como direito de todos a proteção contra o desemprego, reconhecendo como direito dos homens o trabalho. Este é um avanço digno de nota e que, por si só, já levaria a uma conclusão de necessidade da criação de mecanismos que garantissem a continuidade da relação empregatícia, livre dos embaraços do capitalismo desmedido.

Não obstante, a proteção ao emprego em âmbito internacional não estagnou neste ponto. Pelo contrário, com o passar das décadas a proteção neste sentido foi evoluindo, sendo importante, neste passo, a citação relativa à Recomendação n. 119, da OIT – Organização Internacional do Trabalho, de 1963.

Nas lições de Arnaldo Süssekind (2004, p. 136-137) a Recomendação 119 consagrou a estabilidade relativa, com fulcro na nulidade da despedida arbitrária,²¹ influenciando a legislação de diversos países, os quais procuraram conciliar a proteção ao empregado com os interesses da empresa ou da própria economia nacional.

Nesse sentido, a Recomendação ora estudada revela uma preocupação internacional em se proteger a figura obreira contra os desmandos patronais, contra as armadilhas capitalistas, pondo fim, ou ao menos amenizando, a insegurança e a fragilidade da relação empregatícia, na medida em que torna mais dificultoso o ato da dispensa.

Ao mesmo tempo, do mesmo modo com que protege o empregado, criando mecanismos de garantia aos postos de trabalho, revela também uma preocupação com a situação da empresa e da economia nacional, bem assim com a qualidade no desempenho da atividade obreira, tendo em vista que possibilita a despedida, caso o empregador detenha um motivo válido para dar por terminada a relação de emprego.

Seguindo os passos da Recomendação n. 119, de 1963, foi aprovada, em 22 de junho de 1982, pela Conferência Internacional do Trabalho, a Convenção n. 158 da OIT, entrando em vigor

²¹ A regra fundamental da Recomendação n. 119, insculpida no seu item *a*, nº 1, foi assim redigida: “Não se deve proceder à terminação da relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou a conduta do trabalhador ou se baseie nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço (SÜSSEKIND, 2004, p. 137).”

internacionalmente em 23 de novembro de 1985²². Esta Convenção foi complementada pela Recomendação n. 166, a qual procura dar maior concretude às normas do tratado, prevendo, inclusive, medidas destinadas a efetivação dos direitos previstos na Convenção (SALOMÃO, 2008, p. 445).

Sobre a Convenção n. 158 da OIT, José Francisco Siqueira Neto (2008, p. 118) explica que:

A convenção n. 158 da OIT visa combater a despedida individual e coletiva sem justa causa ou motivação. Neste contexto, estabelece métodos de aplicação, configura a sua área de atuação e define os institutos jurídicos relacionados ao assunto que comportam vários entendimentos. Em seguida, define as regras gerais e especiais para a despedida individual e coletiva e de sua vigência, denúncia e revisão.

Sendo assim, é possível dizer que, à semelhança da Recomendação n. 119, também a Convenção n. 158 da OIT consagra a proteção do empregado contra a despedida arbitrária, consagrando o princípio da estabilidade relativa²³, na medida em que prevê a possibilidade de reintegração no emprego.

Do mesmo modo que a Recomendação n. 119, o instrumento em cotejo, no entanto, não veda a possibilidade de dispensa do obreiro. Entretanto, para que tal ocorra, sem impedimento, a Convenção prevê a necessidade de um motivo considerado socialmente justo, que pode estar relacionado com a conduta do empregado, ou apenas com a situação da empresa, encetando como razões ensejadoras da dispensa os motivos econômicos, técnicos e financeiros.

A essência da Convenção n. 158 da OIT está sintetizada em seus artigos 4º, 8º e 10º. Por tal motivo, passa-se, neste momento, a transcrição dos dispositivos citados (SÜSSEKIND, 1998, p. 565-467):

O art. 4º do Instrumento em análise é o núcleo da proteção pretendida. Revela-se, a partir da norma citada, a necessidade da dispensa basear-se em causa socialmente justificada, explicitando, neste aspecto, a importância da dignidade do trabalhador, o qual merece ficar

²² Conforme as ilações de Arion Sayão Romita (1998, p. 856) a vigência no plano internacional substancia-se apenas em 23 de novembro de 1985 porque, de acordo com o art. 16.2 da Convenção 158 da OIT, esta apenas entraria em vigor doze meses após terem sido registradas, pelo Diretor Geral do BIT, duas ratificações de Estados-membros.

²³ Com a análise dos dispositivos da Convenção n. 158 da OIT será possível perceber que a reintegração ao emprego não é regra absoluta e impositiva. Entretanto, é inegável que este instrumento consagrou a noção de estabilidade relativa, sendo o termo aqui empregado apenas para designar a possibilidade de reintegração ao emprego quando verificada a dispensa arbitrária, a qual é considerada nula pela Convenção em apreço.

isento dos meros caprichos patronais, *verbis*: “Art. 4º Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”

Como dito logo acima, portanto, a relação de trabalho só poderá ser terminada por iniciativa unilateral do empregador caso ele apresente um motivo socialmente justificado para tanto, motivo este que deve estar relacionado à capacidade ou comportamento do empregado²⁴, ou baseado em razões de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

O art. 8º, por seu turno, expressa a possibilidade do trabalhador recorrer perante um órgão trabalhista, caso considere injustificado o término da relação empregatícia, vejamos (SÜSSEKIND, 1998, p. 566): “Art. 8 O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.”

Complementando o sentido do art. 8º, o art. 10º do Instrumento estudado revela a posição que poderá ser tomada pelos organismos citados na regra anterior transcrita, *in verbis* (SÜSSEKIND, 1998, p. 567):

Art. 10 Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e práticas nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não

²⁴ A própria convenção n. 158 da OIT prevê em seus artigos 5º e 6º condutas relacionadas ao empregado que não constituirão causa justificada para terminação da relação de trabalho. A transcrição dos artigos a seguir exposta foi retirada da obra *Convenções da OIT*, de autoria de Arnaldo Sússekind (1998, p. 565-566), vejamos:

“Art. 5 Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social;
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Art. 6 – 1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

2. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.”

considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Este é o dispositivo da Convenção n. 158 da OIT que mais polêmica foi capaz de gerar, principalmente em se tratando de Brasil. A possibilidade dos tribunais trabalhistas ou algum outro órgão responsável pela análise da dispensa, considerando injustificada a terminação da relação empregatícia, determinar a reintegração do obreiro ao seu antigo posto de trabalho, fazendo retornar ao *status quo*, é motivo de temor do *lobby* empresarial.

É importante destacar, entretanto, que pela simples leitura do artigo citado vislumbra-se que a reintegração não é tida como regra absoluta e inflexível. É claro que, quando nula a dispensa por ser arbitrária, ou melhor dizendo, socialmente injustificada, o melhor caminho mesmo seria a reintegração, porém, mostrando-se esta impossível ou de difícil aplicação, a Convenção abre a possibilidade para reparação da despedida através de indenização apropriada.

No sentido do texto, explica Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 327) que ao contrário do que muitos sustentaram, a Convenção n. 158 da OIT não institui o modelo de estabilidade no emprego consagrado pela CLT. O que este Instrumento pretende, na verdade, é acabar com a idéia de fácil descartabilidade do trabalhador, que enquanto pessoa deve ser tratado com dignidade. Assim, a Convenção estabelece medidas de proteção à dignidade do trabalhador, tendo em vista que considera importante a revelação da causa justificadora da dispensa.

Importante lembrar, conforme bem assentado por Claudia Regina Salomão (2008, p. 447) que a Convenção 158 da OIT não tratou apenas das dispensas individuais, mas também das dispensas coletivas, de iniciativa patronal unilateral, prevendo medidas de minoramento dos efeitos maléficis por estas causadas.

Nesse sentido, prescreve o art. 13 do Instrumento em estudo (SÜSSEKIND, 1998, p. 568-569):

Art. 13. 1. Quando o empregador prever términos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:
a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o

número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos;

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos, e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

2. A aplicação do § 1º do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no art. 1º da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. Para os efeitos do presente artigo, a expressão “representantes dos trabalhadores interessados” aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou práticas nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os representantes dos trabalhadores, 1971.

Como visto, a Convenção nº 158 teve a preocupação de encontrar medidas que impedissem os efeitos nefastos de uma dispensa coletiva, na medida em que prevê a necessidade do empregador de avisar, com antecedência, os representantes dos trabalhadores para que estes estudem propostas alternativas, as quais impeçam as demissões ou minorem os seus efeitos, seja pela antecedência do comunicado, seja pela tentativa de encontrar novos postos de trabalho.

Além disso, em seu art. 14, a Convenção ora analisada prevê a mesma medida, porém, neste passo, determina a comunicação do ato à autoridade competente, informando, por escrito, os motivos ensejadores da dispensa, bem como o número de categoria dos trabalhadores afetados e o período em que se darão os términos da relação de trabalho (SALOMÃO, 2008, p. 448).

Sintetizando o conteúdo da Convenção 158 da OIT, tem-se, portanto, que este instrumento trata da dispensa arbitrária, aquela por razões justificáveis, mas não relacionadas com o comportamento faltoso do empregado e a por justa causa. Na última hipótese, permite que a dispensa se concretize sem o pagamento de qualquer indenização. Já na penúltima hipótese, prevê a dispensa indenizada. E, por fim, na primeira hipótese prevê a possibilidade de reintegração do empregado ao seu posto de trabalho (VIANA, 2008, p. 441).

Pela análise do Instrumento verificado fica clara a sua importância para a pessoa do trabalhador. A Convenção n. 158 da OIT pretende preservar o emprego, livrando o trabalhador da instabilidade extremada da relação empregatícia, determinando que a decisão patronal relativa ao término da relação de emprego seja socialmente justa. Ao mesmo tempo,

este importante instrumento preocupou-se em não impedir a dispensa, de modo a afinar-se com os interesses econômicos, desde que estes não sejam degradantes ao empregado.

Feita esta breve exposição e verificada a importância da Convenção em cotejo, insta frisar que a mesma já foi ratificada pelo Brasil. Porém, em episódio lamentável, logo após a sua entrada em vigor no cenário nacional, o presente instrumento foi denunciado de maneira arbitrária, representando uma grave perda social para o país, conforme se passa a analisar.

Em 16 de setembro de 1992 a ratificação da Convenção 158 da OIT foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do decreto n. 68, sendo o mesmo publicado no Diário do Congresso Nacional. Posteriormente o citado Instrumento Internacional foi promulgado, pelo Decreto n. 1.855 de 10 de abril de 1996, sendo publicado no Diário Oficial da União em 11 de abril de 1996, quando definitivamente entrou em vigor no Direito interno (ROMITA, 1998, p. 854-855).

Pode-se notar, portanto, conforme bem observado por Patrícia de Castro e Collier Coeli (2000, p. 212) que, apesar da adesão do Brasil à Convenção em análise, não se viu, desde o início, um esforço do governo brasileiro em confirmar formalmente esta aprovação. Pode-se dizer que esta resistência do poder público em dar notoriedade a Convenção 158 da OIT se deve, basicamente, à pressão do empresariado o qual temia a abertura de uma maior proteção ao empregado, expressando não a vontade geral do povo brasileiro, mas sim os interesses de um pequeno segmento da sociedade.

De qualquer forma, e apesar da grande polêmica suscitada, inquestionável que este instrumento passou a vigorar no ordenamento jurídico pátrio, compondo importante avanço respeitante ao aspecto social do cenário brasileiro. Não obstante, críticas não pararam de se insurgir contra a referida Convenção, sendo alvo de grande polêmica.

Explica Arion Sayão Romita (1998, p. 854) que algumas decisões judiciais, proferidas ainda sob a breve vigência da Convenção n. 158, as quais determinaram a reintegração do empregado despedido sem justa causa, animaram uma forte reação do lobby empresarial, o qual se voltou frontal e abertamente contra o Instrumento Internacional.

Conseqüência disso foi a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 1.480-3 pela Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria contra o Decreto n. 68 de 1992, o qual ratificou o Instrumento Internacional analisado, bem como contra o Decreto n. 1.855, de 1996, que o promulgou, com pedido de liminar.

Em consulta à íntegra da referida ação no site do Supremo Tribunal Federal²⁵, verifica-se que os legitimados ativos da ADI n. 1.480-3 alegaram a inconstitucionalidade formal e material dos decretos de ratificação e promulgação da Convenção n. 158 da OIT. Quanto a inconstitucionalidade formal alegaram que a regulamentação da proteção do empregado contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa deve ser realizada mediante edição de lei complementar, conforme previsto pelo art. 7º, I, da CF/88.

Neste passo, não poderia a matéria ser regulamentada por tratado internacional, tendo em vista que os procedimentos para sua entrada em vigor no Direito Interno, mediante a prolação de decreto legislativo e executivo têm um quórum de aprovação menos rígido do que o exigido para a criação de uma lei complementar, a qual é citada, na petição inicial, como “a mais alta norma infraconstitucional”.

O argumento trazido pelos legitimados ativos da ADI analisada se mostram frágeis, no sentido de que diante da demora do legislador infraconstitucional na regulamentação do art. 7º, I, da CF/88, nada mais justo que a ratificação de um Tratado Internacional que disponha sobre matéria relativa aos direitos fundamentais dos trabalhadores de todos os povos.

Além disso, se bem analisado, verifica-se que o procedimento de aprovação do Tratado Internacional conta com a ratificação do Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo e posterior promulgação de Decreto Executivo, não se mostrando procedimento mais simplificado que o reservado às leis complementares, apenas pelo fato deste último exigir quórum qualificado. A ratificação de um Tratado Internacional é um ato complexo, de grade responsabilidade política, além de contar, inclusive, com aprovação no cenário internacional.

²⁵ A consulta à ADI n. 1480-3 foi feita em www.stf.jus.br. Acesso em 20 de setembro de 2008.

A responsabilidade política explica-se pelo fato de o poder público brasileiro, além de se comprometer com o seu povo, comprometer-se também com um Órgão Internacional, amplamente reconhecido, a efetivar as normas contidas no Tratado, de modo a garantir, não apenas perante o cenário nacional, mas também perante o cenário internacional, os direitos fundamentais ali previstos.

No mesmo sentido do texto posiciona-se Jorge Luiz Souto Maior (2004, p. 1328), para quem:

(...) a Convenção n. 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no artigo 7º, inciso I, complementa-o, não havendo qualquer validade no argumento de que a ausência de lei complementar, em razão de seu *quorum* qualificado, nega a aplicabilidade da Convenção, até porque a formação de uma Convenção, que se dá no âmbito internacional, exige muito mais formalismos que uma lei complementar, sendo fruto de um profundo amadurecimento internacional quanto às matérias por ela tratadas.

Ainda esclarece o autor acima citado (2004, p. 1328) que o preceito constitucional contido no art. 7º, I, visa à limitação da despedida arbitrária, prevendo a lei complementar como meio para sua regulamentação. Entretanto, a previsão de lei complementar para regulamentação da matéria de maneira nenhuma pode ser utilizada como óbice para a eficácia do dispositivo, conforme vem ocorrendo.

É notório que o apego à utilização do argumento referente à necessidade de lei complementar para disciplinar a matéria vem servindo como um sério entrave para a implementação do dispositivo em comento, e isto definitivamente não pode e não deve ocorrer. A vontade do legislador infraconstitucional não pode ser obstada pelo legislador ordinário, através de sua omissão.

Além da apontada inconstitucionalidade formal, os legitimados ativos da ADI 1.480-3 também suscitaram a inconstitucionalidade material da Convenção 158 da OIT, pois segundo ponto de vista de tecnicidade duvidosa, esta seria incompatível com o conteúdo constitucional.

A incompatibilidade de conteúdo entre o Instrumento Internacional e a Constituição vigente se daria porque esta prevê a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa mediante o pagamento de indenização, fixada no montante previsto no art. 10, do ADCT (norma provisória), sendo que o instituto da indenização impediria qualquer interpretação a favor da

reintegração ao emprego. Por seu turno, segundo os argumentos apontados, a Convenção 158 consagra a reintegração no emprego, através da declaração judicial de nulidade da dispensa que não se funde em motivo econômico ou de dificuldades da empresa, sujeito, inclusive, a um processo probatório profundo e de difícil comprovação.

Importante ressaltar, em primeiro lugar, que a norma prevista no art. 7º, I, da CF/88 não impediu a reintegração ao emprego em qualquer hipótese, consubstanciando um direito potestativo absoluto do empregador em despedir, desde que paga a indenização prevista. Conforme análise a ser realizada em momento posterior, perceber-se-á que a reintegração ao emprego será possível, dentro de algumas hipóteses que deverão ser prudentemente analisadas pelo judiciário, como por exemplo, no caso da dispensa discriminatória.

Em segundo lugar, de acordo com os apontamentos de Patrícia de Castro e Collier Coeli (2000, p. 216), verifica-se que os postulados da Convenção 158 da OIT não apontam para a reintegração como a única alternativa possível, o que representaria, se fosse o caso, a estabilidade absoluta. Pelo contrário, a garantia no emprego prevista no Instrumento Trabalhista dá-se no sentido de proteger o trabalhador contra a terminação arbitrária da relação de trabalho, sendo a reintegração uma de suas possibilidades e, ainda, de acordo com a legislação nacional.

Como visto anteriormente, a Convenção n. 158 possibilita o pagamento de indenização justa e reparadora, em lugar da reintegração quando esta se mostra incompatível com o caso concreto ou com as práticas nacionais, em nada diferindo do postulado no art. 7º, I, da CF/88. Não há, portanto, choque entre o conteúdo da Convenção e a Constituição Federal de 1988. Na verdade, o Instrumento da OIT possibilita uma maior efetividade ao dispositivo em estudo, na medida em que oferece uma série de caminhos a serem seguidos para garantia da proteção no emprego.

A proteção no emprego é consagrada constitucionalmente através da proteção do empregado contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, não podendo, como apontado anteriormente, realizar uma interpretação estritamente formal e literal do dispositivo, a ponto de impedir a sua efetividade. A previsão de lei complementar é para a regulação da matéria, ou seja, para dar maior efetividade ao dispositivo constitucional e não para servir de barreira absoluta a sua implementação.

O STF, julgando a ação proposta, por votação majoritária do órgão pleno deste Tribunal, acatou parcialmente o pedido de liminar, entendendo que deveria ser dada interpretação conforme a Constituição, de modo que os artigos 4 e 10 da Convenção n. 158 da OIT seriam normas programáticas, não auto-aplicáveis, dependendo de regulamentação no plano interno nacional, por meio de lei complementar, conforme previsto pela Carta Magna de 1988.

Deste modo, o judiciário brasileiro ficou impedido de aplicar o Instrumento Internacional em apreço, pelo menos até a prolação da decisão final do Tribunal Supremo. Em que pese o respeito aos argumentos ofertados na decisão apontada, estes não parecem apresentar a técnica adequada, estando em dissonância com a Constituição Federal.

De acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite (2003, p. 88) não há dúvidas de que a Convenção n. 158 traz um conjunto de normas auto-aplicáveis, independente, portanto, da regulamentação do art. 7º, I, da CF/88 através de qualquer norma infraconstitucional. O conteúdo da convenção é indubitavelmente compatível com a Constituição Federal, e suas normas são dotadas de eficácia imediata, conforme os preceitos constitucionais contidos em seu art. 5º, § 1º e 2º²⁶.

Na verdade, a decisão do STF, apesar de não ter reconhecido, de pronto, a inconstitucionalidade da Convenção, esvaziou seu conteúdo, o que em efeitos práticos, deu quase no mesmo. Neste aspecto, esclarece Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 329):

(...) Impossível não reparar que, em nome do absoluto zelo pela reserva constitucional à lei complementar, não se vê qualquer inconstitucionalidade em perpetuar o descumprimento, não da forma legislativa, mas do próprio conteúdo comandado, vale dizer, da proteção em face da despedida arbitrária. Sequer haveria mora do legislador complementar. Ou seja, entre a tarefa constitucionalmente determinada, essencial à efetivação de um direito fundamental das pessoas que trabalham, e a competência para cumpri-la, afirma-se implicitamente a total hierarquia da regra de competência. Esta instituiria um titular absoluto do direito de bloquear indefinidamente a normatividade constitucional, relegando-se à insignificância o comando de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, inscrito no art. 5º, § 1º, da CF/88.

²⁶ Art. 5º.

“§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

“§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Portanto, verifica-se que o Supremo Tribunal, seguindo a linha do formalismo exacerbado, e cedendo às pressões do empresariado, preferiu dar maior importância, inadequada adiante-se desde já, à reserva da lei complementar, do que ao próprio descumprimento do conteúdo contido na norma constitucional em si.

Esta interpretação um tanto quanto duvidosa da Constituição faz surgir uma situação esdrúxula: o legislador infraconstitucional, com um poder de editar a norma de sua competência quando assim lhe aprouver, limita indefinidamente a vontade do próprio legislador constitucional, fazendo a lei Suprema padecer diante das normas infraconstitucionais.

Antes, porém, que se chegasse a uma decisão final e definitiva do Supremo Tribunal Federal, outro episódio lamentável marcou a passagem da Convenção n. 158 da OIT no cenário nacional. O Poder Executivo, em carta enviada à OIT em 20 de novembro de 1996, explicitou a denúncia da referida convenção, tornando público o ato mediante a edição do Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, deixando claro por meio deste que a Convenção 158 deixaria de ter vigência em nosso ordenamento, a partir de 20 de novembro de 1997 (MAIOR, 2004, p. 1327).²⁷

Alguns doutrinadores sustentaram a inconstitucionalidade da denúncia. Jorge Luiz Souto Maior (2004, p. 1327), por exemplo, invoca que o ato da denúncia não poderia ser efetivado por ato unilateral do Chefe do Poder Executivo. Ora, se para aprovação do Tratado é necessário a participação do Congresso Nacional, o mesmo se diga em relação a sua denúncia.

²⁷ Importante observar que mesmo tendo sido denunciada a Convenção n. 158 da OIT, a mesma continuará podendo ser observada e orientando a interpretação das normas trabalhistas pátrias. Isto é o que diz o enunciado n. 3 da Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que elege como fonte do Direito as convenções internacionais, ainda que não ratificadas pelo Brasil, vejamos: “3. FONTES DO DIREITO – NORMAS INTERNACIONAIS. I- FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria. II- FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.” Disponível em http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm. Acesso em 15 de janeiro de 2009.

No mesmo sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite (2003, p. 108) pontua que como em nosso sistema o Governo, representado pelo Poder Executivo, não pode ratificar um tratado internacional sem a aprovação do Congresso Nacional, mostra-se com certa obviedade que também não poderá denunciá-lo sem nova manifestação das Casas Legislativas.

Este entendimento se coaduna com a maior efetividade dos direitos fundamentais. Realmente, não parece correto que o Poder Executivo possa, ao seu livre arbítrio, denunciar um Tratado internacional, quando este esteja tratando de direitos fundamentais. A participação do Congresso, neste caso, é inevitável, pois ele irá expressar de maneira mais fiel à realidade a vontade geral. Não se pode aprovar uma Carta Internacional que dá efetividade a importantes direitos fundamentais dos trabalhadores e, depois, simplesmente voltar atrás sem nenhuma justificativa plausível.

Entretanto, apesar dos argumentos expressados, na prática a Convenção n. 158 da OIT realmente deixou de ter vigência, ou ao menos aplicação, no cenário interno. Não obstante, José Francisco Siqueira Neto (2008, p. 118) dá notícias de que o Governo de Luiz Inácio Lula da Silva retomou as discussões sobre o assunto, sugerindo, inclusive, nova ratificação do instrumento Internacional apontado.²⁸

Este seria um passo muito importante, no sentido de resguardar a dignidade do trabalhador brasileiro, bem como de dar efetividade ao dispositivo da constituição que trata da terminação da relação de trabalho protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, o qual se tornou letra morta no país, ante a má interpretação que lhe vêm sendo dada.

Márcio Túlio Viana (2008, p. 442) explica que mesmo sem a Convenção n. 158 da OIT já seria possível banir as dispensas arbitrárias, com base nos direitos humanos em geral, nos princípios constitucionais, na própria norma insculpida no art. 7º, I, da CF/88. Porém,

²⁸ Vale à pena frisar que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG, bem como a Central única dos Trabalhadores – CUT entraram com Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 1625, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do decreto presidencial que denunciou a Convenção n. 158 OIT, com base no art. 49, I, da CF/88, o qual prevê que é competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. O STF não julgou definitivamente a questão, mas a ação já conta com votos favoráveis à invalidação do decreto em apreço, por falta do *referendum* do Congresso Nacional (www.stf.jus.br). Enquanto a questão não é resolvida definitivamente, a interpretação majoritária dirige-se no sentido da validade da denúncia.

continua o citado autor (2008, p. 442), a utilidade prática do Instrumento em apreço é inegável, “uma vez que pode servir como uma espécie de costura para esses recortes que hoje compõe – ou decompõe – a vida do trabalhador.”

A Convenção 158 da OIT possibilitaria ao trabalhador brasileiro a viver com mais alegria e com menos medo, na medida em que diminui ou, ao menos, equilibra a terminação do contrato de trabalho, tornando difícil a sua mera descartabilidade, sem justificativas plausíveis. Com menos insegurança, seria possível, inclusive, concretizar uma maior liberdade do trabalhador a aderir aos sindicatos, os quais também se fortaleceriam para brigar por melhores condições no ambiente trabalhista (VIANA, 2008, p. 442).

Feitas estas considerações, e analisada a passagem da Convenção n. 158 da OIT no ordenamento jurídico interno, impõe-se verificar a interpretação que deve adequadamente ser dada ao art. 7º, I, da CF/88, de modo que este dispositivo possa ser finalmente implementado, garantindo uma máxima efetividade aos direitos fundamentais trabalhistas.

3.4 COMENTÁRIOS SOBRE O ARTIGO 7º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Analisado o contexto brasileiro em que se deu a formulação do art. 7º, I, da CF/88, alguns apontamentos mostram-se necessários para que seja compreendido o real alcance da norma em estudo. É importante, neste momento, avaliar criticamente a interpretação majoritária que vem sendo dada ao artigo em apreço, para que seja possível, em oportunidade posterior, desdobrar as linhas possíveis para uma proposta emancipatória da proteção ao direito ao emprego no Brasil.

O art. 7º, I, da CF/88 previu como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a proteção da relação de emprego “protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Sobre a redação da norma transcrita, Arion Sayão Romita (1998, p. 455-457) entende, primeiramente, que o instituto da estabilidade decenal não foi recepcionado pela Constituição, uma vez que esta consagrou apenas o direito ao fundo de garantia do tempo de serviço –

FGTS, encerrando, portanto, o direito à opção entre a estabilidade decenal e o direito ao FGTS.

Neste tocante, apesar de não ser posição uníssona, não há maiores polêmicas doutrinárias acerca do assunto. De fato, interpretação mais adequada revela que com o advento da Constituição de 1988 o instituto da estabilidade decenal foi definitivamente retirado do ordenamento jurídico pátrio.

Vale ressaltar, que a figura jurídica em questão já vinha demonstrando eficácia duvidosa, tanto por meio das ardilosas medidas patronais de impedir a consumação do fator tempo, o qual garantiria a estabilidade, quanto em decorrência da implantação do sistema optativo do FGTS.

Em um segundo momento, Arion Sayão Romita (455-458) explicita que, diante da previsão de indenização compensatória, a norma constitucional inviabilizou o sistema de estabilidade no emprego, sendo esta possível apenas a título de exceção, em hipóteses expressamente previstas no próprio texto constitucional.²⁹

Neste sentido, ainda segundo o entendimento do citado autor (1998, p. 455-458), o empregador tem direito de despedir o empregado injustificadamente, seja arbitrária ou sem justa causa o motivo fundante da dispensa, desde que arque com as despesas provenientes do seu ato, ou seja, desde que garanta a indenização compensatória, nos moldes do art. 10, I, do ADCT, ao obreiro.

Além disso, afirma ainda o autor (1998, p. 455-458), que o instituto da indenização compensatória é incompatível com instituto da reintegração. Sendo assim, a futura lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da CF/88 não poderá prever, entre os outros direitos, a possibilidade de reintegração ao emprego.

No mesmo sentido, posiciona-se Arnaldo Süssekind (2004, p. 128):

²⁹ A dita estabilidade própria ou estabilidade provisória prevista na Constituição foi estendida aos seguintes casos: no art. 8º, VIII, da CF/88 veda a dispensa do ocupante de cargo de direção ou representação sindical; no art. 10, II, a, do ADCT veda a dispensa do empregado eleito para cargo de direção da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes; já no art. 10, II, b, do ADCT proíbe a dispensa da empregada gestante. Estas modalidades de estabilidades são provisórias e não definitivas, pois ao contrário da estabilidade decenal, o constituinte previu o período determinado em que irá durar a garantia no emprego.

O disposto no inciso I do art. 7º revela, claramente, a diretriz que prevaleceu na Assembléia Constituinte: dificultar a despedida do empregado, tornando-a mais onerosa, ao invés de proibi-la, ainda que arbitrária. Se o preceito adotado manda a lei complementar prever “indenização compensatória” – indenização que só pode ser devida em casos de rescisão contratual, e não nos de reintegração – é porque parte do princípio de que o contrato de trabalho pode ser denunciado unilateralmente pelo empregador, mesmo quando arbitrário o seu ato. Pelo menos como regra, constituindo exceções os casos de estabilidade provisória, condicionada a determinadas situações. (...).

Este entendimento mostra-se dissonante com os princípios constitucionais. É uma interpretação, embora lamentavelmente dominante na atualidade, literal do dispositivo em apreço e limitativa dos direitos fundamentais, bem como da ordem social. Sendo assim, algumas críticas devem ser tecidas à interpretação apontada, tendo como escopo descortinar o verdadeiro alcance que deve ser dado à norma insculpida no art. 7º, I, da CF/88.

Vale à pena destacar que o sistema de proteção à continuidade da relação empregatícia foi se atrofiando pouco a pouco na sistemática legislativa nacional. Primeiramente, há o fim da estabilidade decenal no ordenamento jurídico pátrio. Posteriormente, há a desistência de incorporação ao Direito brasileiro da Convenção n. 158 da OIT, a qual, como visto, regula o término da relação de trabalho por iniciativa unilateral do empregador (DORNELES, 2002, p. 163).

Agravando o quadro fático apresentado, observa-se o advento da Lei n. 9.601/98. Tal diploma normativo amplia as hipóteses legais de constituição de contratos por tempo determinado e em tempo parcial, com conseqüente diminuição proporcional da remuneração. A redação do citado instrumento legal possibilita a contratação por tempo determinado fora de hipóteses excepcionais, desde que acordada mediante negociação coletiva (DORNELES, 2002, p. 164).

As facilidades encontradas pelos empregadores em dispensar seus empregados aumenta a rotatividade de mão-de-obra aumentando cada vez mais as taxas de desemprego. As barreiras econômicas não são suficientes para impedir o descarte do trabalhador. Na maior parte das vezes, é muito mais vantajoso para empresa despedir o empregado, do que mantê-lo no posto de trabalho. A preocupação com o mercado capitalista vem sendo exacerbada, ficando em último plano, a dignidade do obreiro.

A interpretação majoritária que vem sendo dada ao art. 7º, I, da CF/88 é um grande contributo para a consolidação do quadro narrado. Leandro do Amaral D. Dorneles (2002, p. 165)

esclarece que em nome de se preservar prioritariamente o capital, acolhe-se um discurso de desregulamentação dos direitos trabalhistas, sob o argumento de que a falta de liberdade das empresas acabaria gerando um maior índice de desemprego. Entretanto, o que vem sendo observado é uma desproporcional redução da proteção empregatícia, sem que isso gere mais postos de trabalho.

A falta de proteção à garantia no emprego não tem se mostrado a melhor saída para preservação de maiores taxas de emprego. Muito pelo contrário, o que se observa é uma estratégia patronal que permite uma maior exploração do trabalhador, um maior ganho, sem a contraprestação devida pelo serviço prestado.

Intentando amenizar a situação desfavorável da proteção empregatícia no Brasil, a doutrina começa a teorizar sobre a despedida abusiva, como uma forma de limitar o poder absoluto do empregador de despedir, conferido pela má interpretação constitucional. Neste sentido, Sergio Torres Teixeira (1998, p. 297) aponta medidas proibitivas da denominada dispensa abusiva.

Esta modalidade de dispensa, a qual já foi comentada no tópico anterior, pressupõe a aceitação de que, como regra, há plena admissibilidade da dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde que seja garantida ao trabalhador a indenização compensatória pela perda do emprego, não lhe sendo assegurado nestes casos a reintegração ao posto de trabalho, com exceção das situações casuísticas de estabilidade provisória expressamente fixadas na Carta Magna.

Fixada esta premissa, Sergio Torres Teixeira (1998, p. 301-305) pontua que, através de uma interpretação sistemática das normas formadoras do ordenamento jurídico pátrio, em especial aquelas referentes ao abuso do direito no âmbito civil, bem como a própria Constituição Federal de 1988, o legislador pretende coibir o exercício abusivo de qualquer direito patronal, em nome do interesse social e estatal.

Note-se, que só há falar em direito abusivo se, de fato, existe o direito como ato lícito e legítimo. Assim, como delineado acima, para acatar a tese da dispensa abusiva, é preciso entender que a Constituição permitiu a dispensa do empregado, mesmo nos casos de ser esta arbitrária ou sem justa causa. Afinal, só é possível abusar de um direito que se tem, não é possível agir de forma abusiva sobre um não direito ou sobre uma proibição.

Sendo assim, para o autor citado (1998, p. 301-305) quando caracterizada a despedida abusiva, ou seja, aquela que fere os princípios sociais primordiais do sistema normativo nacional, não basta a indenização compensatória, sendo nulo o ato da dispensa. Nesta hipótese, segundo o autor, deve ficar assegurado o direito de reintegração ao emprego, caso esta não se mostre incompatível com as peculiaridades do caso concreto.

Entretanto, revela Sergio Torres Teixeira (1998, p. 302) que nem toda dispensa arbitrária poderá ser considerada abusiva:

A dispensa abusiva, anteriormente analisada, corresponde a uma subespécie de despedida arbitrária, dentro do gênero dispensa sem justa causa. Ocorre, repete-se, quando o empregador pratica a dispensa em abuso do seu direito de despedir, excedendo os limites de liberdade fixados pela lei ao agir com fundamento em motivo manifestamente anti-social. A causa geradora da dispensa abusiva, destarte, além de não estar tipificada na lei como justificadora da rescisão (ou faltar algum outro pressuposto de caracterização da dispensa por justa causa) e não se enquadrar como motivo técnico, financeiro, econômica ou disciplinar, corresponde a uma causa contrária a interesses que transcendem a relação de emprego. Representa, pois, uma modalidade especial de dispensa arbitrária, sem se confundir, em termos absolutos, com esta última.³⁰

Portanto, é possível se extrair do excerto acima o seguinte entendimento: a despedida abusiva é aquela que, sendo espécie de despedida arbitrária, fere aos interesses sociais, gerando conseqüências que vão além daquelas ocorridas pela simples terminação do contrato de trabalho.

Ocorre que, é difícil vislumbrar uma hipótese de dispensa arbitrária que não afronte diretamente os princípios e interesses sociais. Ora, se a dispensa não se pauta em ato faltoso do obreiro, ou em motivo técnico, econômico ou financeiro, como dizer que esta dispensa é socialmente aceitável?

Verificando-se a dispensa arbitrária, ou seja, aquela que não se prende a nenhum motivo socialmente justificável, fica difícil entender que foram respeitados os direitos fundamentais

³⁰ No mesmo sentido, posiciona-se Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 340): “Considerando-se o entendimento hoje predominante, quanto à amplitude da regra permissiva à despedida, e esvaziada a eficácia da Convenção n. 158 da OIT, não se exige uma especial motivação para a despedida. Não obstante, se esse ato, considerada todas as circunstâncias – motivação, critérios, modos de exercício, efeitos -, contrariar princípios que devam prevalecer na situação singular, proibindo a mesma conduta, deve ser juridicamente coibido.” Importante ressaltar que, para o autor citado, a tese da despedida abusiva não é suficiente para a proteção do emprego no cenário nacional, entretanto, diante da mora legislativa e da interpretação dominante acerca do art. 7º, I, da CF/88, esta é a medida imediata de melhor relevo para coibir as dispensas desenfreadas praticadas pelos empregadores.

do trabalhador, bem como a sua dignidade humana. Admitir o direito a dispensa arbitrária é admitir a possibilidade de descarte do trabalhador, sem importar-se com sua dignidade. Além disso, se não há um motivo social para dispensa, revelando-se a mesma arbitrária, parece demasiadamente claro a contrariedade com os princípios da ordem social.

Deste modo, mostra-se infundada a diferenciação entre dispensa arbitrária e dispensa abusiva. Toda dispensa arbitrária será abusiva, pois não encontra um motivo socialmente justificado para sua ocorrência. Hipoteticamente, por exemplo, pode-se dizer que o empregador que despede o seu empregado por atravessar uma crise financeira não despediu por um motivo justo, esta dispensa é claramente sem justa causa.

Porém, no exemplo citado, a referida dispensa é socialmente justificada, encontrando-se o sujeito patronal amparado pela sua liberdade de despedir. As conseqüências do ato figurado serão as conseqüências esperadas para a terminação da relação de trabalho. Agora, ao contrário, se esta mesma dispensa não se fundasse em nenhum motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, mostrando-se arbitrária, seria flagrantemente abusiva, uma vez que iria de encontro aos princípios regentes da boa ordem econômica e social.

Nesta perspectiva, parece mais adequada a interpretação dada por Jorge Luiz Souto Maior (2004, p. 1324-1325), para quem a despedida arbitrária foi proibida constitucionalmente. Na visão do autor, a indenização assegurada pelo art. 7º, I, da CF/88 é garantida para dispensa sem justa causa, mas desde que fundada em algum motivo técnico, econômico ou financeiro.

Assim, caso a dispensa seja arbitrária, não basta o pagamento da indenização prevista no art. 10, I, do ADCT, sendo nulo o ato da dispensa. Nesta hipótese, deve ser garantida reintegração no emprego e, não sendo esta possível, deve ser garantida outra espécie de indenização que não aquela designada nas disposições constitucionais transitórias (MAIOR, 2004, p. 1324-1325).³¹

³¹ Posicionamento semelhante é o de Weliton de Sousa Carvalho (2002, p. 117-118): “O sistema de garantia do emprego da Carta Magna em vigor é eclético, pois suaviza o rigor do art. 492 da CLT sem retornar a modalidade *ad nutum* da despedida. (...). A estabilidade decenal é incompatível com a estabilidade relativa consagrada no texto constitucional, posto que esta tem por substrato a despedida arbitrária, conceito dinâmico que não tem por núcleo o fator tempo tomado isoladamente, mas intensa interação com insumos, tecnologia, com as variações do mercado financeiro e do modelo econômico cada vez mais competitivo.” Registre-se que para o citado autor (2004, p. 118) o termo *estabilidade relativa* é utilizado apenas para contrapor à idéia de estabilidade decenal.

Esta sim uma interpretação que atende aos valores insculpidos na Constituição Federal, consonante inclusive com o mercado econômico e trabalhista atual, mas livre da pressão empresarial, carreada do discurso neoliberal, de sobrevalorização do capitalismo em detrimento da própria dignidade da pessoa humana.

A norma constitucional insculpida no art. 7º, I vem sendo usada contra o próprio empregado a quem ela é destinada. A proteção ali visada está sendo desvirtuada por uma interpretação formal e literal das regras constitucionais, premida pelo discurso patronal. Como ficou demonstrado, a eficácia da norma em apreço tem sido amplamente combatida, de todos os modos, resultando deste quadro a inviabilização de seu conteúdo pelo apego ao formalismo da lei complementar ainda não editada.

Conforme bem lembrado por Márcio Túlio Viana (2008, p. 440) é preciso ter em mente que a empresa, em grau nunca visto antes, está preocupada em aumentar os seus lucros a todo custo, aumentando a produtividade e reduzindo os seus custos. Para alcançar tal objetivo, o empregador pode lançar mão de duas técnicas: oferecer melhores salários para os trabalhadores, de modo que ele renda o máximo possível, ou atemorizá-lo com o fantasma do desemprego.

A última opção é que vem sendo verificada no contexto atual. Diante de um quadro cada vez mais instável da relação empregatícia, implementou um temor generalizado quanto à latente possibilidade de perda do emprego existente ou falta de oportunidade para o alcance de um emprego. Amedrontados, os trabalhadores acabam sujeitando-se à qualquer condição de trabalho e aceitando uma desregulamentação cada vez mais irresponsável dos direitos trabalhistas, sem que sejam gerados novos empregos.

Esta situação não merece acolhida pelos profissionais do direito. O primeiro passo no sentido oposto à realidade circundante é uma interpretação adequada do art. 7º, I, da CF/88. O segundo passo é uma discussão madura acerca da proibição do retrocesso social, ante a possibilidade de edição de lei complementar para piorar o quadro já instalado de fragilidade da relação empregatícia. E por fim, é necessária a efetiva implantação de uma proposta emancipatória quanto à proteção à garantia no emprego no Brasil. É o que se passa a analisar no próximo capítulo.

4. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

Como visto no capítulo anterior, a norma insculpida no art. 7º, I, da Carta Magna até o presente momento não foi devidamente regulamentada, tendo em vista o vazio legislativo referente à não edição da lei complementar ali prevista, a qual deveria promover, de maneira clara e eficiente, a proteção do empregado em face da despedida arbitrária ou sem justa causa.

Também ficou assentado que a interpretação dominante da citada norma legal, conjugada com a prescrição contida no art. 10, I, do ADCT, direciona-se no sentido de que a dispensa arbitrária ou sem justa causa é permitida no Brasil, desde que paga a indenização tarifada de 40% (quarenta por cento) sobre o saldo do FGTS.³²

Nesse sentido, devido à grande valorização dada à economia de mercado e à sociedade de consumo, no cenário atual, bem como diante do discurso neoliberal, não é absurdo pensar que seja editada lei complementar de modo a piorar a já fragilizada garantia no emprego do trabalhador brasileiro.

Com efeito, ante a tal problemática, o que se deve perguntar é se estaria autorizado o legislador infraconstitucional a retroceder socialmente nesta matéria. Já de maneira a adiantar o assunto, responde-se negativamente à questão formulada. Em um Estado Social e Democrático de Direito não seria possível vislumbrar a liberdade incondicional do legislador ordinário, de modo a esvaziar os próprios comandos constitucionais.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2000, p. 132), ao mesmo tempo em que o Estado Social de Direito atravessa uma constante transformação, devido às exigências do contexto sócio-econômico, a necessidade de proteção da sociedade permanece de forma cada vez mais intensa. Logo, é crucial que o Direito preocupe-se em delimitar o quanto as conquistas sociais podem e devem ser preservadas.

³² Apesar desta ser a interpretação dominante hoje, ficou claro no capítulo anterior que não é este o entendimento adotado no presente trabalho. Neste estudo, entende-se pela proibição da dispensa arbitrária, mesmo antes da edição da lei complementar prevista, diante de uma interpretação sistemática e valorativa dos preceitos constitucionais em conjunto.

No presente estudo isto será feito levando-se em conta a proibição do retrocesso social em matéria de direitos fundamentais, especialmente no que tange à norma do art. 7º, I, da CF/88. Trata-se de perquirir quais limites são encontrados pelo legislador ordinário na atuação de sua atividade legiferante.

Sobre assunto, pontua Felipe Derbli (2008, p. 345):

(...) quando a Constituição cria para o legislador a obrigação de editar leis que concretizem os direitos fundamentais sociais (direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão), estabelece, por questão de lógica, que não se possam revogar as leis que cuidam dessa concretização, sem que seja criada nenhuma regulamentação substitutiva. Da mesma forma, não se poderá admitir que o legislador venha a reduzir, ao menos de forma arbitrária ou desproporcional, o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental social. Do contrário, o projeto de modernidade da Constituição brasileira será ignorado.

Sendo assim, infere-se que ao mesmo tempo em que a Lei Suprema cria para o legislador o dever de criar normas conformadoras dos comandos constitucionais, estabelece que o mesmo não poderá revogar estas normas sem que seja criada uma alternativa plausível que impeça o retorno ao vazio constitucional. Significa isto dizer que o legislador tem o dever de concretizar a Constituição, ao mesmo tempo em que tem, também, o dever de não retroceder em relação ao conteúdo constitucional alcançado.

Neste contexto, é que se iniciam as discussões sobre o que vem a ser uma proibição de retrocesso social, qual seu conceito, limites, e como e quando deve ser aplicado tal comando. O assunto surgiu, primeiramente, no Direito Comparado, e somente em momento posterior foi enfrentado no cenário jurídico nacional.

Conforme observado por Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 58-59) encontra-se na doutrina e jurisprudência constitucional européia uma postura amigável em relação à proibição de um retrocesso social, embora ainda não exista um consenso sobre a matéria.

A Alemanha foi uma das precursoras nesta temática, trazendo grande contribuição sobre o assunto. Importante frisar que a proibição do retrocesso acabou seguindo um sentido construído principalmente pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, o qual consolidou um entendimento relativo à existência de um princípio do não retrocesso social, embora não se trate de um princípio absoluto (DERBLI, 2008, p. 345).

A solução desenvolvida pelo ordenamento tedesco encontra guarida na garantia da propriedade, insculpida no art. 14 da Lei Fundamental Alemã. Neste sentido, infere-se da doutrina e jurisprudência alemã uma ampliação do conceito funcional de propriedade, o qual não se dirige apenas à proteção de direitos reais em si, mas também à proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública, com especial relevância aos direitos a prestações sociais no âmbito da seguridade social (SARLET, 2004).

A criatividade da solução germânica é digna de nota, principalmente quando se leva em conta que a Constituição Alemã não consagra de maneira expressa os direitos sociais, encontrando na garantia da propriedade uma forma de proteção desta esfera de direitos. Além disso, após a Segunda Guerra Mundial fica claro que a maior parte dos indivíduos não tem como garantir o seu sustento através da propriedade (aqui em seu sentido clássico), restando apenas, como fonte de riqueza, os frutos decorrentes de sua força de trabalho.

É, inclusive, neste cenário que surgem as primeiras indagações acerca da ampliação do conceito de propriedade. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2000, p. 134):

Como ponto de partida para este desenvolvimento, costuma-se referir-se a doutrina de Martin Wolff, que, relativamente ao art. 153 da Constituição de Weimar, advogava o ponto de vista de que o conceito de propriedade abrange toda a sorte de direitos subjetivos privados de natureza patrimonial, o que acabou por levar à afirmação de um conceito funcionalista de propriedade. Daí por que a garantia da propriedade não protege apenas a propriedade no âmbito dos direitos reais, mas alcança uma função conservadora de direitos, no sentido de que ela igualmente tem por escopo oferecer ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos.

Interessante, portanto, o alargamento do conceito de propriedade, com o seu total desprendimento do sentido clássico, protetor de direitos reais. De acordo com a construção doutrinária e jurisprudencial alemã, o direito de propriedade passa também a realizar a função protetiva de direitos subjetivos de caráter patrimonial.

Nesta esteira de pensamento, fica assentado, portanto, que não pode o legislador voltar atrás em relação às prestações sociais incorporadas ao patrimônio do indivíduo, pois estaria invadindo, neste campo, a liberdade intangível que o titular possui em relação a sua propriedade, mesmo que esta se refira a direitos patrimoniais subjetivos e não a direitos reais (SARLET, 2000, p. 135).

Entretanto, segundo a melhor doutrina, bem como de acordo com posicionamento firmado pelo tribunal Federal Alemão, não é qualquer direito subjetivo público de natureza patrimonial que encontra proteção na garantia da propriedade, devendo ser respeitados, para tanto, alguns critérios (SARLET, 2000, p 135).

Logo, antes da análise destes critérios, já é possível afirmar que a proteção em face de um retrocesso social, na Alemanha, não abrange qualquer direito social. A solução encontrada por este ordenamento jurídico alienígena condiciona esta garantia a determinada categoria restrita de direitos.

Assim, para que sejam cobertos pelo manto da proteção da propriedade, os direitos subjetivos públicos devem atender aos seguintes critérios: a) o direito subjetivo do titular a uma prestação social por parte do Estado deve corresponder uma contraprestação relevante do indivíduo; b) esta posição jurídica de natureza patrimonial deve ser de fruição personalíssima de seu titular; c) esta posição juridicamente protegida deve se destinar à garantia de subsistência de seu titular (DERBLI, 2008, p. 346).

Deste modo, em relação ao primeiro critério é necessário que a prestação social dispensada ao indivíduo não esteja fundada exclusivamente em uma ação do estado, mas que esta esteja conjugada com uma relevante contraprestação do titular do direito. Quanto ao segundo critério, estritamente ligado ao terceiro, exige-se que as posições jurídicas patrimoniais de direito público correspondam a uma posição privada de seu titular, sintonizando-se, assim, com conceito de propriedade. Por fim, quanto ao último critério, exige-se que esta prestação seja destinada à garantia de existência de seu titular (SARLET, 2000, p. 135-137).

Revela-se simples, observar, portanto, que principalmente em relação aos dois primeiros critérios esposados, a garantia da proibição do retrocesso, através do fundamento de proteção à propriedade privada, não se destina a resguardar qualquer direito social, ou qualquer direito relativo a uma prestação estatal, mostrando-se, até certo ponto, insuficiente.

Entretanto, apesar das críticas enfrentadas, a contribuição da doutrina e jurisprudência germânica neste sentido é inegável, principalmente quando se leva em conta que não há de forma expressa, neste ordenamento, uma proteção nem mesmo aos direitos adquiridos. Sobre o assunto, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 447):

A despeito das diversas e relativas críticas formuladas em relação à solução preconizada pelo Tribunal Constitucional Federal, (...), bem como considerando a existência de outras formas de proteção contra o retrocesso reconhecidas e desenvolvidas na doutrina e jurisprudência constitucional germânica (como é o caso das alternativas embasadas na proteção da confiança, no princípio da isonomia e na dignidade da pessoa humana, o que importa, (...)) é a constatação da importância que tem sido atribuída à proibição do retrocesso, mesmo bem além da proteção dos direitos adquiridos, em ordens constitucionais onde inexistem uma expressa previsão de tal proibição e onde – convém frisar este aspecto – os níveis de proteção social são muito superiores aos nossos. (...).

Nesta perspectiva, três considerações devem ser devidamente frisadas. A primeira delas refere-se que, não obstante a insuficiência da proibição do retrocesso social por meio da proteção da garantia da propriedade, outras ordens de argumentos já têm sido levantadas no cenário jurídico tedesco para solidificar a proteção contra um retrocesso na esfera social, tais como os princípios da confiança, da isonomia e da dignidade da pessoa humana, de modo a ampliar o rol de situações juridicamente protegidas neste aspecto.

A segunda consideração a qual merece destaque é a importância que tem sido dada ao princípio do não retrocesso social em um ordenamento onde não há uma previsão expressa nem mesmo para garantia dos direitos adquiridos. Assim, repita-se, mesmo sem previsão expressa, além de garantir a proteção aos direitos adquiridos, por meio da vedação de uma retroação prejudicial, o ordenamento alemão preocupa-se também em obstar um retrocesso social, mesmo que a medida legislativa tenha repercussões apenas prospectivas.

Por fim, destaque-se que a discussão acerca de uma proibição do retrocesso tem sido travada em um país que encontra alto índice de proteção social. Neste sentido, infere-se que se mesmo em um país em que os níveis de proteção social são altíssimos, a discussão neste particular mostra-se tão relevante, imagine-se em outros lugares que não contam com estes níveis de proteção, como é o caso do Brasil.

A experiência alemã demonstra, portanto, que a delimitação do tema referente à proibição do retrocesso social é um assunto emergencial, que deve ser colocado na pauta de discussões dos diversos ordenamentos jurídicos, tendo em vista a sempre crescente demanda da sociedade em relação aos níveis de segurança jurídica.

De grande contribuição nesta seara também o Direito português, o qual já travou bons níveis de discussão acerca do tema. Porém, a concepção de retrocesso social alcançada neste

ordenamento foi, pelo menos inicialmente, bem diversa da solução encontrada pelo Tribunal Germânico.

Em um primeiro momento, José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 371-374) reconheceu que os direitos sociais, econômicos e culturais são direitos subjetivos públicos, os quais pressupõem, em regra, uma prestação do Estado. Esta prestação, explica o autor, deriva originariamente da Constituição e não da lei. O que ocorre é a necessidade de concretização destes direitos constitucionalmente reconhecidos através da lei ou de atos administrativos.

Neste tocante, continua o citado autor (1994, p. 374), é que se fala em direitos derivados a prestações, entendendo-se esta derivação como originariamente proveniente da Constituição. É justamente quanto a este aspecto particular que José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 374) desenvolveu o entendimento de que estas derivações a prestações justificam o direito de se reclamar judicialmente a manutenção do nível de realização do direito prestacional, proibindo-se um retrocesso social neste sentido.

Assim, de acordo com tal entendimento, têm-se que os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos derivados originariamente da Constituição, conservando o seu caráter de fundamentalidade assim como os demais direitos fundamentais.

Estes direitos exigem, para sua concretização, a edição de leis ou atos normativos, os quais após alcançarem na esfera legislativa certo nível de realização, não podem mais serem abolidos, uma vez que representam a concretude do comando constitucional, podendo, inclusive, ser reclamada a manutenção do seu nível de realização na esfera judicial.

Este, inclusive, foi o entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional de Portugal ao proferir o acórdão nº 39, de 1984. Nesta oportunidade, o Tribunal Português declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado grande parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta lei o legislador estava ferindo diretamente o direito fundamental à saúde (SARLET, 2004, p. 59).

Entretanto, quadra ressaltar que a doutrina portuguesa não tardou a ser influenciada pela experiência germânica. O próprio José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 326-327) muda parcialmente o seu entendimento, sustentando que o princípio em tela deve ser levado em

conta apenas para os direitos adquiridos e expectativas de direito, baseados na observância do princípio da confiança. Além disso, revela que a proteção garantida pela proibição do retrocesso social atinge apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

Importante observação feita por José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 326-327), também já em uma clara revisão parcial de seu posicionamento acerca do assunto, é que, segundo o autor o princípio da irreversibilidade das conquistas sociais é impotente contra as crises e recessões econômicas.

O acórdão 509 de 2002³³, do Tribunal Constitucional Português, revela a nova inspiração, calcada na proteção aos direitos adquiridos e no princípio da confiança, bem como no entendimento de que o princípio da proibição do retrocesso social atinge apenas o núcleo essencial dos direitos sociais a prestações (DERBLI, 2008, 348).

Nota-se, portanto, que em se tratando da proibição do retrocesso social, a doutrina e jurisprudência portuguesas perdem um pouco da sua originalidade inicial, deixando-se influenciar, pelo menos em parte, pela construção germânica acerca do assunto (DERBLI, 2008, p. 349).

No Brasil, o entendimento acerca da proibição do retrocesso social não se encontra tão solidificado, bem como a doutrina neste tocante não é tão farta. Um dos pioneiros a tratar do assunto foi José Afonso da Silva (2007, p. 82-83), o qual classificou as normas constitucionais, quanto a sua eficácia, em: normas de eficácia plena, normas de eficácia

³³ Sobre o acórdão 509/02, esclarece Felipe Derbli (2008, p. 348): “No caso, cuidava-se da fiscalização preventiva e *in abstracto* da constitucionalidade do art. 4º, nº 1, do Decreto da Assembleia da República nº 18/IX, que criava o rendimento social de inserção, consistente na prestação pecuniária assistencial e transitória às pessoas com idade igual ou superior a 25 (vinte e cinco) anos, desde que atendidos os demais requisitos legais. Residiria a inconstitucionalidade do diploma, invocada pelo Presidente da República, na circunstância de que revogaria a Lei nº 19-A/96, que criava o *rendimento mínimo garantido* para os indivíduos com idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos, sem o estabelecimento de outras medidas de segurança social compensatória para os que tivessem entre 18 e 25 anos de idade, muito embora assegurasse a migração para o novo regime de benefícios daqueles que já percebessem o *rendimento mínimo garantido*. (...)”

Veja, portanto, que mesmo tendo garantido o direito adquirido dos jovens entre 18 e 25 anos de idade que já gozavam do benefício do *rendimento mínimo garantido*, o Tribunal Constitucional Português entendeu pela inconstitucionalidade do diploma em questão, tendo em vista que haveria uma supressão irrazoável do direito destes jovens às prestações sociais em tela, sem a criação de medidas alternativas de inclusão. Concluiu, portanto, o Tribunal Português, pela proibição do retrocesso social neste sentido, uma vez que atacado o núcleo essencial do direito social já realizado no plano infraconstitucional.

contida e normas de eficácia limitada.³⁴ Ressaltou ainda a existência de normas programáticas, destinadas a cumprir certos programas no futuro.

Quanto às normas constitucionais programáticas, sustenta José Afonso da Silva (2007, p. 158) que não são capazes de constringer o legislador a seguir determinada via, porém, por outro lado, impedem que o legislador siga um caminho incompatível com àquele traçado constitucionalmente. Além disso, uma vez dada execução a tal natureza de norma, não poderá o legislador voltar atrás.

É justamente neste tocante que se revela a aproximação do jurista citado com o a teoria do não retrocesso social. Apesar de tratar do assunto de maneira insuficiente, é o início do debate no cenário nacional da impossibilidade do legislador ordinário em voltar atrás com o conteúdo da Constituição já concretizado no plano infraconstitucional.

Esta impossibilidade de retorno ao *status quo* é tratada pelo autor na sistemática da eficácia das normas constitucionais. Reconhecendo a existência de normas constitucionais programáticas, as quais não seriam capazes de impor ao legislador o caminho exato a ser seguido, estas ao menos imporiam uma via a não ser seguida.

Desta maneira, na medida em que tais normas fossem alcançando concretização no plano infraconstitucional, não restaria mais ao legislador uma liberdade tal que o possibilitasse a voltar atrás com o nível constitucional já realizado no plano ordinário.

Outros doutrinadores também trataram do tema sem, no entanto, aprofundar-se no assunto. É o caso de Luis Roberto Barroso (2002, p. 158) para quem a vedação do retrocesso é um princípio implícito, decorrente do sistema jurídico constitucional, segundo o qual se entende

³⁴ O citado autor (2007, p. 82-83), definindo o que seriam as normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada, esclarece respectivamente: “Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isto bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.”

que, caso uma lei ao regulamentar um mandamento constitucional instituir determinado direito, este incorpora-se ao patrimônio jurídico não podendo mais ser suprimido.

Neste caso, assim como José Afonso da Silva, Luis Roberto Barroso também entende que certas normas constitucionais apenas podem ser concretizadas no plano infraconstitucional. Logo, depois de alcançada a realização do comando constitucional, através da criação, no plano ordinário, de um direito derivado do comando constitucional, este não mais poderia ser suprimido. O citado autor inovou, no entanto, ao reconhecer, na vedação do retrocesso, um princípio constitucional implícito, decorrente da sistemática apontada pela Constituição de 1988.

Também tratando da temática em questão, Ana Paula de Barcellos (2002, p. 68-69) ao explicitar a eficácia jurídica dos princípios constitucionais, reconhece nestes uma eficácia vedativa do retrocesso, partindo do pressuposto que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais são concretizados por normas infraconstitucionais, de modo que estas normas revelem uma progressiva ampliação dos direitos em questão.

Nesta perspectiva, pontua a citada autora (2002, p. 69):

Partindo desses pressupostos, o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.

Portanto, tem-se que, diferentemente dos autores anteriormente citados, Ana Paula de Barcellos reconhece na proibição do retrocesso social uma das variadas formas de eficácia dos princípios constitucionais que tratam de direitos fundamentais, desvinculando-o da idéia exclusiva de normas programáticas, para ampliá-lo à dimensão dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que, para a citada autora, não se trata a vedação do retrocesso de um efeito das normas constitucionais ditas programáticas, tampouco de um princípio implícito em si, mas sim de uma das expressões da eficácia dos princípios constitucionais. Neste caso, a proibição do retrocesso social situa-se, destarte, no plano da eficácia dos princípios constitucionais.

Autores como Ingo Wolfgang Sarlet (2007, 436-465), grande expoente acerca da vedação do retrocesso social no cenário nacional, bem como Felipe Derbli (2008) tratam da temática de maneira mais aprofundada, revelando o conceito do não retrocesso social e delimitando de maneira mais clara o seu âmbito de aplicação.

É possível dizer que na doutrina brasileira apenas atualmente a discussão em torno da proibição do retrocesso social ganha contornos mais profundos, atingindo um grau de amadurecimento invocado por autores contemporâneos. Esta discussão no cenário jurídico brasileiro é imperativa, principalmente levando-se em consideração que o grau de proteção social atingido pelo Brasil é muito menor do que aquele atingido nos países europeus mencionados.

Além disso, não é demais lembrar que, mesmo após vinte anos da edição da Carta Magna de 1988, vários de seus preceitos continuam sem regulamentação, ou seja, sem o grau de realização desejado, sendo extremamente relevante encontrar meios de garantir as conquistas sociais já implementadas.

Visto isso, importa, neste momento, trabalhar o conceito da proibição do retrocesso social, para que em momento posterior seja delineada a sistematização da matéria no ordenamento jurídico pátrio.

Em termos breves, Cristina Queiroz (2006, p. 67) explicita que “o princípio³⁵ da proibição do retrocesso social (...) determina que uma vez consagradas legalmente as prestações sociais (...) o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações”. Logo, para a autora trata-se de um princípio diretamente ligado às prestações sociais, não é, neste caso, um princípio destinado a todos os direitos fundamentais, tampouco a todos os direitos sociais, mas apenas aqueles direitos sociais que demandam, por parte do Estado, uma prestação positiva.

Analisando as tendências do Direito Constitucional Brasileiro, em palestra proferida na Faculdade de Direito de Vitória – FDV, em 14 de agosto de 2008, Ingo Wolfgang Sarlet

³⁵ Será analisado em tópico posterior, de maneira mais detalhada, se a proibição do retrocesso social se trata realmente de um princípio implícito ou apenas de um conteúdo axiológico contido no bojo da Constituição, diretamente decorrente do Estado Social Democrático de Direito.

reconhece que há duas concepções da vedação do retrocesso: uma reducionista, a qual trata a proibição do retrocesso social como um princípio autônomo, destinado à proteção exclusiva dos direitos sociais. A outra concepção - defendida pelo citado autor - encara a proibição do retrocesso não como uma categoria autônoma de princípio, mas integrado a outros princípios, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade, destinada à proteção de todos os direitos fundamentais, embora esta recaia em maior medida sobre os direitos sociais (informação verbal).

Esta é, inclusive, a concepção adotada no presente estudo, tendo em vista que, quando tratada a questão da fundamentalidade dos direitos sociais reconheceu-se certa inadequação na dicotomia entre os direitos de defesa, de um lado, e os direitos sociais, econômicos e culturais, de outro. Concluiu-se que o problema da efetividade não é reservado apenas aos direitos sociais, mas aos direitos fundamentais como um todo, em razão da grande interdependência entre estes direitos.

Também esclarece o citado autor que a proibição do retrocesso social corresponde a uma dimensão restrita da segurança jurídica.³⁶ Logo, Ingo Wolfgang Sarlet reconhece no princípio da segurança jurídica uma dimensão ampla e uma dimensão restrita. No sentido amplo, a segurança jurídica revela que toda garantia a direitos no sistema constitucional merece proteção. Assim, várias garantias constitucionais asseguram esta pretendida segurança jurídica, tais como: as cláusulas pétreas, a proteção aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

³⁶ Importante ressaltar que para Felipe Derbli (2008, p. 364) o princípio do não retrocesso social não advém do princípio da segurança jurídica: “(...) conquanto uma situação jurídica concreta possa merecer a proteção de ambos os princípios, proibição de retrocesso social e também segurança jurídica não se confundem, vez que os seus objetos de normatização são inteiramente distintos.” E continua o citado autor (2008, p. 364): “É bem de ver que o princípio da segurança jurídica não trata propriamente da idéia de proibição de retrocesso social, ao menos da forma que já se indicou em linhas gerais até aqui e se pretende demonstrar, ainda que sinteticamente, neste estudo. (...) a formulação do princípio da proibição de retrocesso social não exige da lei que efetue a *reformatio in pejus* da disciplina legal de um direito social que tenha efeitos própria ou impropriamente retroativos, de forma a modificar situações jurídicas pretéritas, a impor novos efeitos a situações jurídicas constituídas no passado ou interferir em expectativas de direitos. Ao revés, seu campo de incidência é basicamente formado de fatos ou situações jurídicas inteiramente novas ou, pelo menos, indiferente ao tempo em que se constituíram as situações sobre as quais venha a incidir.”

Em que pesem os argumentos citados acima, no presente estudo concorda-se com o posicionamento indicado por Ingo Wolfgang Sarlet. De fato, a segurança jurídica pode ser entendida em sentido amplo e em sentido restrito. Em sentido amplo abarca todas as situações que estejam vinculadas a não prejudicialidade situações já constituídas, sejam através de medidas retroativas, sejam através de medidas com efeitos maléficis prospectivos. Já no sentido restrito, a segurança jurídica coincide com o princípio do não retrocesso social. Não há como dissociar o princípio sob enfoque da segurança jurídica, aquele resulta justamente da maximização da eficácia deste último.

Já no sentido restrito, a segurança jurídica tutela situações não abarcadas pelas previsões expressamente garantidas no ordenamento jurídico, ou seja, tutela direitos fundamentais contra medidas que, apesar de não possuírem um caráter retroativo, projetarão seus efeitos maléficis para o futuro. É justamente neste sentido que se fala em uma proibição do retrocesso social.

Portanto, segundo entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, tem-se que a proibição do retrocesso social não é uma categoria autônoma do Direito, relaciona-se diretamente com certos princípios constitucionais, como, por exemplo, os princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade e da confiança. Além disso, não é uma garantia destinada à proteção apenas dos direitos sociais, mas sim dos direitos fundamentais como um todo. Por fim, trata-se de uma dimensão restrita da segurança jurídica.

Visto isso, revela-se necessária a seguinte análise: trata a proibição do retrocesso social de princípio implícito da Constituição Federal de 1988? Caso afirmativo, qual é a sua sistematização na Carta Magna? Este o assunto a ser enfrentado no tópico a seguir.

4.1. O PRINCÍPIO IMPLÍCITO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No presente momento deste estudo, quadra ressaltar a característica de princípio implícito da vedação do retrocesso social. Logo, diante da afirmação de que a proibição de retrocesso é um princípio, e mais do que isso, que se trata de princípio implícito decorrente dos preceitos contidos na atual Constituição Federal é preciso perquirir, mesmo que de forma breve, o que vem a ser um princípio constitucional, bem como de revelar quais os preceitos constitucionais dão ensejo à norma em questão.

Segundo Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2003, p. 17) uma das acepções possíveis para o termo princípio é a idéia de causa, origem, começo, matriz. De acordo com este sentido, portanto, pode-se dizer que um princípio constitucional é uma das causas fundantes do Estado Social e Democrático de Direito, ou seja, é um pressuposto essencial para a concretização deste modelo estatal.

Também pode-se afirmar que os princípios são normas³⁷. A pergunta a fazer, então, é: o que é uma norma? Enfrentando o questionamento formulado, Humberto Ávila (2003, p. 22) explicita:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Uma primeira conclusão que se tira do excerto acima é que o conjunto textual escrito em si, ou sozinho, não corresponde à norma. Para se chegar à norma é preciso além desse conjunto de texto, da interpretação do operador do Direito na construção do sentido da norma. Sendo assim, o texto escrito passa a ser o ponto de partida sobre o qual o intérprete irá, através de seu esforço hermenêutico, construir a norma.

Não se quer com isso afirmar que o intérprete é livre para dar qualquer significação ao texto base para a construção da norma. Muito pelo contrário, o ordenamento jurídico, através do seu conjunto de dispositivos determina fins a serem seguidos. Deste modo, o intérprete irá construir a norma somando-se os dois fatores: seguindo os limites previamente estabelecidos pelo texto escrito e dando significação à norma através de uma interpretação sensível às necessidades da época (ÁVILA, 2003, p. 26).

Outra importante conclusão a que se chega das palavras citadas por Humberto Ávila (2003, p. 22) é que nem sempre a um dispositivo corresponderá uma norma, da mesma forma que, nem sempre a uma norma corresponderá um dispositivo específico que lhe dê suporte.

³⁷ Para Robert Alexy (2002, p. 83) tanto as regras quanto os princípios são espécies de normas jurídicas. Neste sentido, para o autor citado não há a menor dúvida de que os princípios são espécies de normas jurídicas, vejamos: “(...) Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.” “Aquí as regras e os princípios serão resumidos pelo conceito de normas. Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deónticas básicas do mandato, a permissão e a proibição. Os princípios, igualmente como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, apesar de serem razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas” (tradução livre).

Nesta perspectiva tem-se que, em alguns casos, há normas sem que haja dispositivos específicos que lhe dêem suporte. Do mesmo modo, há dispositivos sem que corresponda uma norma (como é o caso, por exemplo, da citação no preâmbulo da Constituição da proteção de Deus). Ainda, é possível verificar casos em que um único dispositivo dá ensejo a mais de uma norma, bem como é possível também apreender casos em que vários dispositivos dão ensejo a construção de uma única norma (ÁVILA, 2003, p. 22).

Feitas estas considerações, pode-se afirmar que o princípio do não retrocesso social é uma das principais causas do Estado Social e Democrático de Direito, tendo em vista que a razão estruturante deste modelo estatal é a garantia a todos os indivíduos de condições que lhe proporcionem uma vida digna. Se assim o é, não faz sentido dar liberdade absoluta e irrestrita ao legislador ordinário para voltar atrás em matérias relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Ademais disso, trata-se de um princípio implícito. Apenas é possível a existência de princípios implícitos justamente porque, como colocado por Humberto Ávila (2003, p. 22), não existe necessária correspondência entre dispositivos e normas. O princípio do não retrocesso social decorre da análise em conjunto de uma série de dispositivos constitucionais, verificando-se, portanto, o caso em que vários dispositivos dão ensejo a apenas uma norma.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 450) o princípio do não retrocesso social decorre da interpretação sistemática de alguns princípios constitucionais, dentre eles o princípio do Estado democrático e social de Direito. Segundo o autor, tal princípio exige um mínimo de segurança jurídica, bem como um conjunto de medidas que impeçam a incidência de atos retrocessivos.

De fato, como esposado linhas acima, o princípio do não retrocesso social está umbilicalmente ligado ao Estado social e democrático de Direito. Não é possível falar em Estado de Direito se não há um mínimo de segurança jurídica que possibilite a continuidade das relações sociais, bem como não há se falar em Estado Social, caso o legislador infraconstitucional possa, incondicionalmente, voltar atrás no que tange a matérias de interesse fundamental dos indivíduos.

Outro princípio citado pelo autor gaúcho (2007, p. 451) é o referente à dignidade da pessoa humana, o qual para ser efetivamente implementado depende da satisfação, por parte do Estado, de condições mínimas de existência condigna.

O mínimo existencial representa o conjunto de necessidades básicas que o indivíduo apresenta para viver com saúde e autonomia. Este mínimo é, portanto, imprescindível para a subsistência com dignidade, devendo ser garantido pelo Estado, quando a pessoa não o possa prover autonomamente (LEIVAS, 2008, p. 300).

Neste aspecto, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é realmente um dos principais fundamentos para os direitos fundamentais. E a vedação do retrocesso social não poderia deixar de estar estreitamente vinculado a ele. Quando se criam mecanismos para impedir que o legislador ordinário suprima um direito fundamental concretizado no plano infraconstitucional, o que se quer, em última análise, é proteger a dignidade da pessoa humana.

Outro princípio apontado por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 451) é o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no art. 5º, § 1º, da CF/88, o qual abrange também uma maximização da proteção desses direitos. Desta forma, a otimização da segurança jurídica exige uma proteção contra medidas retrocessivas.

Por fim, o último princípio constitucional apontado pelo autor sob exame (2007, p. 451) é o princípio da proteção da confiança, o qual está intimamente conectado com a segurança jurídica. Este princípio impõe ao poder público “o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas”.³⁸

Logo, conforme apontado pelo autor em análise, uma interpretação sistematizada desses princípios constitucionais conduzem ao princípio do não retrocesso social. Para que se tenha segurança jurídica, Estado social e democrático de Direito é preciso que se garanta o nível

³⁸ Além dos princípios verificados, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 451) também aponta, como corolários do princípio do não retrocesso social, “as manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, caput, da nossa Lei fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito.”

socialmente já alcançado. Do contrário, a Constituição se tornaria letra morta, pois restaria ao arbítrio do legislador ordinário esvaziar seu conteúdo, quando entendesse conveniente.

Do mesmo modo, para se falar em dignidade da pessoa humana, máxima eficácia da segurança jurídica e princípio da confiança é necessário proteger os indivíduos de medidas retrocessivas, que permitam ao Estado voltar atrás no que diz respeito às políticas sociais alcançadas, sem que haja para tanto uma justificativa plausível (proporcionalidade e razoabilidade).

Nesse sentido, é inegável que a interpretação sistemática dos princípios constitucionais em apreço dá vida à norma-princípio denominada de proibição do retrocesso social. Com efeito, conforme apontado por Humberto Ávila (2003, p. 26), as normas são construídas pelo intérprete do Direito, o qual através de suas conexões axiológicas dá vida aos dispositivos constitucionais, de acordo com os usos e necessidades de determinada época.

É extremamente relevante, diante do contexto social em que o Direito está submergido, o reconhecimento da vedação do retrocesso social. Nesta sociedade de consumo, permeada pelo discurso neoliberal, o qual, como visto, está preocupado tão somente com os avanços do mercado, a necessidade de segurança jurídica continua latente, ainda mais em um país como o Brasil, no qual os níveis de proteção social ainda deixam muito a desejar.

Além disso, negar reconhecimento ao princípio do não retrocesso social significaria dar poderes ao legislador ordinário de esvaziar o próprio conteúdo constitucional já concretizado, voltando-se a uma situação de omissão legislativa. Neste tocante, Ingo Wolfgang Sarlet (2000, p. 69) salienta que:

Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (...) anterior. (...).

Sem sombra de dúvidas, portanto, a impossibilidade do legislador ordinário gozar de liberdade plena de conformação a tal ponto, que possa até mesmo voltar atrás no que tange à concretização da Lei Suprema. Se uma norma infraconstitucional está regulamentando, ou seja, dando vida a um ou vários dispositivos da Constituição brasileira, realizar a sua desregulamentação significa voltar a uma situação de omissão inconstitucional, o que não pode ser tolerado, ao menos de maneira irrestrita.

Corroborando tal entendimento, Felipe Derbli (2008, p. 369) revela que a partir do momento em que uma norma constitucional, definidora de um direito social, atinge determinada densidade normativa, por obra do legislador ordinário, esta concretização pode passar a integrar o próprio conteúdo da norma constitucional, desde que haja, neste particular, consenso profundo sobre a nova interpretação dada à norma.

Deste modo, cuida o autor de uma situação de mutação constitucional, ou seja, através da concretização infraconstitucional, o conteúdo da norma integrante da Lei Suprema é ampliado, de modo que não seja mais possível vislumbrar o dispositivo constitucional sem esta nova interpretação que lhe foi incorporada. Nestes casos, o retrocesso da norma constitucional deve ser vedado, já que o que se está protegendo não é simplesmente uma norma infraconstitucional, mas o próprio conteúdo da Constituição em si.

Este é justamente o caso da norma insculpida no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988. O dispositivo em apreço foi concretizado, transitoriamente pelo art. 10, I, do ADCT. Neste caso, ficou assentado que o empregado merece proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, tendo direito a uma indenização de 40% sobre o FGTS.

O percentual de 40% sobre o FGTS foi incorporado ao sentido da norma constitucional permanente, através de um consenso profundo da sociedade. Neste sentido, não pode o legislador ordinário editar lei complementar, diminuindo este patamar de proteção já alcançado pelo trabalhador brasileiro.

Este, aliás, é um passo mínimo que se atinge em direção à proteção do obreiro. A proposta do presente trabalho, além de demonstrar a completa inviabilização de retrocesso neste aspecto, em razão da existência do princípio implícito da proibição do retrocesso social no

ordenamento jurídico pátrio, pretende, ainda, demonstrar que uma verdadeira proteção do empregado no cenário brasileiro exige uma proposta de lei complementar emancipatória.

Portanto, levando-se em consideração o objetivo deste estudo, o próximo tópico cuida dos limites a serem enfrentado pela futura lei complementar, regulamentadora do art. 7º, I, da CF/88, levando-se em consideração não apenas o princípio da proibição do retrocesso social, mas também esta visão emancipatória de proteção do emprego.

4.2. UMA PROPOSTA EMANCIPATÓRIA PARA A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA NO BRASIL

Para se alcançar a proposta do presente estudo, é necessário entender a dimensão do direito ao trabalho, a sua importância para o indivíduo e a sua fundamentalidade. Compreendida a extrema relevância do direito em apreço, será possível entender com maior clareza porque um retrocesso neste sentido mostra-se tão seriamente prejudicial aos quadros sociais brasileiros.

Nesta perspectiva, procura-se, neste capítulo, demonstrar com cuidado o espectro de fundamentalidade dos direitos trabalhistas, em especial o contido no art. 7º, I, da CF/88, de garantia da continuidade da relação empregatícia, revelando a incidência do princípio do não retrocesso social neste sentido.

Conseqüentemente, serão discutidos os limites que deverão ser travados à futura lei complementar prevista no dispositivo constitucional em apreço, de modo a impedir um retrocesso social e jurídico neste campo, bem como será apresentada uma proposta emancipatória de proteção ao emprego para os quadros jurídicos nacionais.

Antes de se adentrar realmente no mérito deste capítulo é importante esclarecer o que se entende por emancipação, no presente estudo, tendo em vista que apenas com a compreensão do que seja uma proposta emancipatória é que será possível apreender, de maneira mais clara, o objetivo deste trabalho.

Neste tocante, Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 17) esclarece que:

Assim que o Estado liberal assumiu o monopólio da criação e da adjudicação do direito – e este ficou, assim, reduzido ao direito estatal -, a tensão entre a regulação social e a emancipação social passou a ser objecto mais da regulação jurídica. Nos termos da distinção entre emancipação social legal e ilegal – desde então, uma categoria política e jurídica essencial -, só seriam permitidos os objectivos e práticas emancipatórios sancionados pelo Estado e, por conseguinte, conforme aos interesses dos grupos sociais que lhes estivessem, por assim dizer, por trás. Esta dialética regulada transformou-se gradualmente numa não dialética regulada, em que a emancipação social deixou de ser o outro da regulação social para passar a ser o seu duplo. (...).

De acordo com o citado autor, portanto, as propostas emancipatórias deixaram de traduzir-se em uma nova alternativa ao modelo estatal, econômico e social então vigentes, uma vez que todas as alternativas à realidade existente passaram a ser controladas pelo Estado. Este controle acabou se transformando em um controle jurídico, na forma de leis e decisões judiciais, as quais para serem legítimas deveriam estar de acordo com os interesses estatais, que representam os interesses de uma minoria restrita.

Foi deste modo que a tensão entre a regulação social e a emancipação social acabou desaparecendo. O objetivo deste trabalho é, portanto, tratar da emancipação social não como uma questão controlada pelo Estado, representante de interesses elitistas. O objetivo é resgatar a idéia de emancipação como uma proposta dialética à regulação social, com o escopo de diminuir a exclusão social e fomentar a inclusão, ou seja, realmente fazer da emancipação um caminho para a transformação social.

Agora, como é possível uma transformação social? No mundo atual parece descartada a hipótese da revolução para se alcançar uma nova ordem. Logo, o caminho para a transformação social pode ser alcançado pelo Direito. Porém, o Direito apenas será emancipatório se for trabalhado livre das amarras da ideologia estatal então posta, encontrando caminhos alternativos que fomentem a inclusão social (SANTOS, 2007, p. 21).

Neste sentido, quando se fala em proposta emancipatória neste estudo, está se falando em uma proposta descomprometida com os ideais do Estado vigente, mas comprometida com o resgate da dignidade humana de diversas pessoas que foram excluídas da idéia moderna do contrato social.

Feitas tais considerações, o debate inicia-se sob a ótica dos direitos sociais, retomando tema anteriormente tratado. Hodiernamente, muito se discute sobre a fundamentalidade material dos direitos sociais, compreendido aqui, um grande esforço em se demonstrar a imprescindibilidade de tais direitos para uma vida digna. Por outro lado, também muito se argumenta sobre a ausência de fundamentalidade material de tais direitos, seja em razão destes estarem supostamente vinculados às possibilidades financeiras do Estado, seja por estarem supostamente restritos à atuação do legislador ordinário (GOMES, 2008, p. 927).

O certo é que em se tratando de tema relativo aos direitos sociais, muito se discute sobre o direito à saúde, o direito à moradia, o direito à seguridade social, o direito à educação, mas pouco se discute sobre o direito ao trabalho. O direito ao trabalho, nos dizeres de Fábio Rodrigues Gomes (2008, p. 928-929) é um direito fundamental como um todo, ou seja, é direito à livre escolha da profissão, o direito a postos de trabalho, a um salário justo, a condições dignas de trabalho, um subsídio pelo desemprego etc.

Esclarece o citado autor (2008, p. 929), que a definição do direito ao trabalho como um direito que pretende abranger um todo não esvazia seu conteúdo, caindo em uma expressão vaga e escassa de significado, pelo contrário, esta visão do direito ao trabalho permite que qualquer posição jurídica derivada deste direito ganhe a sua nota de fundamentalidade material, sendo passível de proteção contra as maiorias eventuais.

Nesse sentido, conforme aduz Gabriela Neves Delgado (2006, p. 71) “o direito ao trabalho digno, como elemento de concretização das liberdades básicas dos homens, deve gozar de aplicabilidade imediata, já que alçado à condição de direito fundamental”.

O direito ao trabalho é, pois, sem sombra de dúvidas, um direito fundamental do ser humano. Entretanto, é preciso entender como se dá a aplicabilidade de tal direito e, para tanto, deve-se perguntar: “o indivíduo tem o direito subjetivo constitucional de exigir que o Estado proteja sua posição jurídica? Ou possui o Estado dever de protegê-los, mas sem que lhe seja conferido um direito subjetivo correspondente (GOMES, 2008, p. 930)?

Para responder a tais questões se faz indispensável retomar o debate acerca da estrutura dos direitos sociais. Entendendo seu conceito, fundamentos e modo de estruturação, será possível

chegar a conclusões importantes acerca da norma insculpida no art. 7º, I, da CF/88, bem como a uma proposta emancipatória da proteção efetiva ao posto de trabalho.

Sendo assim, indaga-se: o fundamento dos direitos sociais é diferente do fundamento lastreado para os clássicos direitos de defesa? Parece que não. Neste tocante, esclarece Carlos Bernal Polido (2008, p. 142):

(...) Todos os direitos fundamentais – tanto os direitos sociais como os direitos de defesa da tradição liberal, os direitos democráticos, o direito à igualdade e os direitos de organização e procedimento – são uma institucionalização dos direitos humanos no plano constitucional. Por sua vez, são antes de tudo conceitos morais, configurados no âmbito da filosofia política como posições que protegem as propriedades básicas do sujeito que lhe permitem interagir com dignidade e liberdade em uma sociedade bem organizada.

Portanto, todos os direitos fundamentais, compreendidos aqui tanto os direitos sociais quanto os direitos de defesa, são direitos humanos institucionalizados pelo Direito Constitucional positivo e inerente a cada Estado soberano. Por seu turno, os direitos humanos configuram necessidades morais, em determinada época e cultura, que garantem à pessoa viver c/ dignidade e autonomia.

Disso resulta claramente a interdependência entre tais direitos. Independentemente das diferenças estruturais que compõe estes direitos, o certo é que o problema de efetividade dos direitos sociais é o problema de efetividade dos direitos de defesa, e vice-versa. Um não coexiste sem o outro, ou ao menos é possível dizer, que a finalidade básica de garantir autonomia ao indivíduo não será alcançada, se não garantido todos os direitos fundamentais reconhecidos.

Sendo assim, esta interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais, conforme apontado por Rodolfo Arango (2004, p. 30), dissolve a diferenciação destes em direitos de primeira, segunda e terceira geração em matéria de sua promoção e proteção. Todos os direitos fundamentais merecem igual tratamento e igual esforço para sua efetivação, na medida em que o objetivo principal a ser alcançado é uma ordem socialmente justa.

Porém, é inegável que existam certas diferenças estruturais entre tais direitos e parece claro que é justamente por este motivo, que durante algum tempo houve um esforço doutrinário em

se negar o caráter de fundamental aos direitos sociais. Um exemplo disso foi a formulação da teoria consistente nas disposições dos direitos sociais como normas programáticas.

Sobre a teoria dos direitos sociais como normas programáticas, explica Carlos Bernal Polido (2008, p. 152):

A primeira concepção nega o caráter vinculante das disposições de direitos sociais e lhes outorga apenas a natureza de disposições programáticas. (...) O que se pode considerar novidade é que a defesa deste ponto de vista se faça compatível com uma profunda fidelidade às doutrinas socialistas. (...) Assim, por exemplo, segundo Schmitt, somente em um Estado socialista pode-se reconhecer aos indivíduos verdadeiros direitos sociais, em lugar de direitos de liberdade negativa. Por esta razão, a seu juízo, as disposições da Constituição de Weimar que estabeleciam estes direitos – direito ao salário-desemprego, à ajuda a famílias numerosas, à maternidade, à arte, à ciência e à classe média – não podiam ser consideradas como fontes de deveres para o legislador, senão somente como programas que este poderia desenvolver de acordo com seu arbítrio. (...).

Do excerto explanado acima duas conclusões importantes podem ser observadas. A primeira delas não é novidade alguma, refere-se à falta de caráter vinculante ao legislador dos direitos sociais, estruturados como normas programáticas, ou seja, como meros programas a serem cumpridos pelo Poder Público, de acordo com os seus critérios de conveniência e oportunidade e, inclusive, sem qualquer possibilidade de controle do judiciário quanto à exigibilidade destes direitos.

Neste aspecto particular, José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 51) alerta que os direitos sociais consagrados numa Constituição não podem ser considerados como simples “aleluia jurídico”, como pretendeu Schmitt. Independente das dificuldades práticas que tais direitos possam porventura enfrentar, o certo é que estes não podem ser deixados aos livres critérios (arbítrio) das maiorias parlamentares.

Corroborando tal entendimento, esclareça-se que os direitos fundamentais, independente de serem direitos a prestações ou não, são de tal modo importantes, que a sua garantia ou não, ou seja, a sua efetivação ou não, não pode ser deixada ao livre arbítrio das maiorias parlamentares.

Este é o entendimento que deve ser seguido. Os direitos fundamentais, todos eles, são dotados de uma relevância extrema ao indivíduo para que desenvolva sua vida com autonomia. Portanto, o problema de sua promoção e efetivação não pode ser relegada ao arbítrio do

legislador ordinário, de modo que isto representaria uma verdadeira inversão de valores: enquanto o legislador constitucional originário estabelece uma norma, ficaria à livre disponibilidade do legislador ordinário dar ou não concretude à norma constitucional.

Sendo assim, não se pode pretender estruturar os direitos sociais como meros programas a serem seguidos pelo Poder Público, sem qualquer caráter vinculante ao legislador. Mas, como dito anteriormente, esta conclusão não é mais novidade, tendo sido amplamente debatida na doutrina atual. O que talvez possa configurar uma informação nova ou, ao menos, não tão discutida, é a contextualização histórica do momento em que surgem as teses de direitos programáticos.

Como afirmado por Carlos Bernal Polido (2008, p. 152), os defensores da tese de direitos programáticos foram ferrenhos opositores das doutrinas socialistas. Logo, os direitos sociais, principalmente aqueles que remetem a uma prestação a ser cumprida pelo Estado só poderia se configurar num dever exigível em um Estado Socialista. O Estado Liberal deveria prestar assistência aos desamparados sim, mas este não era um direito subjetivo público do indivíduo.

O dever do Estado Liberal, comprometido supostamente com o progresso, consubstanciava-se em garantir os direitos de defesa, os quais seriam dotados de fundamentalidade e teriam preferência sobre os demais. Este fato explica porque até mesmo atualmente há uma séria resistência aos direitos sociais. Ficaram estes marcados como parte da ideologia socialista, desenhada pelo capitalismo como inimiga da prosperidade, revelando a sobreposição marcante dos direitos de defesa sobre os direitos sociais, econômicos e culturais.

Pode-se constatar, deste modo, que o problema dos direitos sociais durante um bom tempo foi um problema de ideologias. Foram incrustados na mente dos indivíduos que reconhecer exigibilidade a tais direitos representaria reconhecer o Estado Socialista, o qual era tido como verdadeira ameaça ao progresso mundial.

Conforme ressaltado por José Luis Quadros de Magalhães, em palestra proferida na Faculdade de Direito de Vitória – FDV, em 22 de agosto de 2008, a ideologia, na maioria das vezes, é o discurso de encobrimento do real, encobrimento dos reais interesses daqueles que estão no poder. O sistema tenta cooptar a nossa percepção do real, de modo a oferecer solução

para os nossos medos, ou seja, apontam um caminho único como possível (informação verbal).

Este foi um passo dado pela modernidade, conforme relatado no primeiro capítulo deste trabalho. Combater o socialismo foi uma das fortes ideologias do liberalismo e do modo de produção capitalista. Neste contexto, os direitos sociais, tidos inequivocamente, como produto do “mal” (socialismo) ficaram relegados a um plano inferior aos clássicos direitos de defesa, sendo entendível porque a doutrina se ocupou, por tanto tempo, em tentar explicar a falta de fundamentalidade de tais direitos.

Porém, este estudo não tem a menor pretensão de esgotar a matéria. O único objetivo é demonstrar que apesar de possuírem estruturas diferenciadas, em termos de proteção e promoção dos direitos fundamentais, a dicotomia entre os direitos de defesa e os direitos sociais se dissolve por completo.

Para elucidar a temática, portanto, traz-se à tona uma teoria que tenta resolver a questão da falsa inexigibilidade dos direitos sociais. A teoria em questão configura os direitos sociais como direitos definitivos, conforme apontado por Carlos Bernal Pulido (2008, p. 163-164):

Uma (...) teoria que tenta explicar o caráter normativo dos direitos sociais afirma que as disposições constitucionais que os estabelecem dão lugar a posições jurídicas definitivas. (...) Quando se afirma que as disposições de direitos sociais estabelecem posições jurídicas definitivas se quer expressar que ditas posições não são suscetíveis de restrição, que não cedem diante de nenhuma outra razão que se invoque contra ela. (...).

Esta teoria procura demonstrar que, apesar dos direitos sociais terem como destinatários o legislador e a administração, reconhecendo-se uma liberdade de conformação ao legislador ordinário, esta liberdade deve respeitar um mínimo existencial, exigido pelos direitos sociais. Este mínimo existencial deve ser obrigatoriamente concretizado, porque dele deflui a autonomia do indivíduo, concretizando-se na obrigação da atividade legislativa neste particular, dando satisfação a este mínimo, bem como na proibição de retrocesso deste núcleo essencial já concretizado pelo legislador (PULIDO, 2008, p. 166).

Logo, em conclusão tem-se que, por esta teoria, os direitos sociais, assim como os demais direitos fundamentais, são compostos de um núcleo essencial indispensável para autonomia

da pessoa humana com dignidade. Este núcleo essencial configura um direito subjetivo público do indivíduo, surgindo daí o dever do legislador em concretizá-lo. Esta concretização do núcleo essencial dos direitos sociais não pode sofrer um retrocesso do próprio legislador que o concretizou.³⁹

Visto isto, reafirmada a fundamentalidade dos direitos sociais, bem como a impossibilidade destes, como direitos fundamentais, de serem deixados ao livre arbítrio das maiorias parlamentares, deve ser retomado o tema atinente ao direito social fundamental ao trabalho. Como visto, este direito deve ser entendido como um todo, porém, não é objetivo do presente trabalho analisar todos os direitos daí decorrente, mas em especial, àquele referente ao momento de cessação do contrato de trabalho.

A relevância da proteção à garantia no emprego se mostra avultosa, na medida em que se constata que, nesta situação, não se encontra afetado, apenas, o direito fundamental do livre exercício do direito ao trabalho, ofício ou profissão, mas também uma gama de direitos fundamentais que envolvem, inclusive, a subsistência da família deste trabalhador dispensado. Neste aspecto, salienta Fábio Rodrigues Gomes (2008, 934):

Ao ser repentinamente destituído do *status* de trabalhador subordinado, o indivíduo tem afetado não apenas o direito fundamental que estamos a tratar (o de livre exercício do seu trabalho, ofício ou profissão), mas também a sua colocação social e, principalmente, a consecução dos meios necessários à sua sobrevivência e de sua família. E, por essa razão, o encerramento do pacto laboral (por iniciativa unilateral do empregador) foi brindado com um dispositivo específico em nossa Constituição. (...).

³⁹ Importante assinalar que Carlos Bernal Pulido (2008, p. 166) critica a tese dos direitos sociais como direitos definitivos, na medida em que considera errônea a concepção da existência de um núcleo essencial dos direitos sociais, porque retiraria a exigência destes direitos como um todo, bem como não haveria como delinear qual seria este núcleo essencial. Além disso, aponta que não se mostra adequado a impossibilidade de restrição, pelo legislador, deste núcleo essencial. Nesse sentido, para o autor citado (2008, 168), a teoria que melhor explicita a estrutura dos direitos sociais é a tese dos direitos “*prima facie*”: “Estas objeções à tese das posições jurídicas definitivas levam a concluir que as disposições de direitos sociais devem ser concretizadas com vantagem como posições jurídicas *prima facie*. De acordo com esta concepção (...) os enunciados dos direitos fundamentais sociais dão lugar a normas e posições *prima facie*, que admitem restrições legislativas, sempre e quando sejam proporcionadas. Estas restrições podem estar justificadas em razão das limitações econômicas, e ainda em razão das exigências que se desprendem de outros direitos fundamentais, sociais, democráticos ou de liberdade, ou de outros bens constitucionais. Desta perspectiva, o princípio da proporcionalidade atua como critério definidor da vinculação que emana dos enunciados dos direitos sociais. (...)”.

Em que pesem os argumentos apresentados, a posição adotada no presente estudo é da existência de um núcleo essencial dos direitos sociais, os quais estariam fora da margem de negociação do legislador. Isto significa dizer que este núcleo essencial garante um mínimo existencial aos indivíduos para que vivam com dignidade, sendo assim, não são passíveis de ser restringíveis, pois nada pode ser proporcionalmente mais importante do que a dignidade da pessoa humana. Fora deste núcleo essencial, poderá haver restrições sopesadas pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, desde que os benefícios trazidos com esta restrição sejam maiores que os eventuais prejuízos.

Note-se, portanto, que o encerramento da relação de trabalho afeta diretamente o meio de subsistência do trabalhador dispensado, resultando daí a real justificativa para a discussão acerca da temática. É notável que, no mundo atual, grande parte dos indivíduos só possuem a sua força de trabalho para sobreviver, sendo destituídos de outros meios de riqueza ou produção.

Neste sentido, o trabalho humano encontra-se diretamente relacionado com o mínimo existencial, na medida em que se mostra como único meio do ser humano garantir o seu sustento e de sua família, ou seja, garantir, em última análise, uma vida digna para si e para aqueles que dependem de seu labor.

Dito isto, um questionamento deve ser feito: o que vem a ser este mínimo existencial? Paulo Gilberto Cogo Leivas (2008, p. 300) dispõe que o direito ao mínimo existencial, em linhas gerais, é o direito de satisfação das necessidades básicas do indivíduo. Deste modo, para que uma pessoa viva dignamente não pode encontrar-se em um estado tal de necessidade que lhe impeça a autonomia.⁴⁰

Seguindo esta linha de raciocínio, pode-se dizer que para viver de acordo com o mínimo existencial o ser humano deve ser provido de todas as condições necessárias que lhe garantam uma vida saudável, tanto fisicamente quanto culturalmente, de modo que se encontre inserido na sociedade sem ocupar uma posição de exclusão em relação aos outros.⁴¹

Deste modo, se o ser humano é desprovido de qualquer riqueza material que lhe garanta este mínimo, resta apenas o seu labor como meio de garantia a uma vida digna, em que se encontre

⁴⁰ Sobre o assunto, Ricardo Lobo Torres (2008, p. 313-314) esclarece que: “Os mínimos sociais, expressão escolhida pela Lei n. 8.742/93, ou mínimo social (...), ou mínimo existencial, de larga tradição no direito brasileiro e no alemão (...), ou direitos constitucionais mínimos, como dizem a doutrina e a jurisprudência americanas, integram o conceito de direitos fundamentais. Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (=imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.” E continua o citado autor (2008, p. 314) quanto à extensão do mínimo existencial: “Se o mínimo existencial não tem conteúdo específico, segue-se que abrange qualquer direito em seu núcleo essencial. (...)”.

⁴¹ Tentando explicar de maneira mais elucidativa o que seria o direito a este mínimo existencial, Paulo Gilberto Cogo Leivas (2008, p. 301) cita a definição formulada por Corinna Treisch: “O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de uma vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.”

resguardado, ao menos, um mínimo existencial. Indiscutível, portanto, o caráter fundamental do direito ao trabalho, podendo este ser considerado, atualmente, como um dos mais importantes direitos fundamentais da pessoa.

Note-se que, se o trabalho humano assume o papel de garantidor deste mínimo existencial que se está a tratar, ele também é responsável pela conservação da dignidade da pessoa humana, de modo que esta encontra-se intimamente ligada à possibilidade de uma vida autônoma. O valor essencial do ser humano é um dos poucos consensos encontrados nos dias de hoje, mostrando-se imprescindível a sua conservação (BARCELLOS, 2002, p. 103).⁴²

Destarte, o fim da relação empregatícia por iniciativa unilateral do empregador está a afetar o mínimo existencial do indivíduo, na medida em que o labor se mostra como o meio necessário à garantia de uma vida digna e autônoma. O legislador constituinte de 1988 corroborou este entendimento quando reconheceu o direito do trabalhador à proteção da sua relação de emprego, protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, em seu art. 7º, I.

Se esta é uma verdade, então pergunta-se: Por que o legislador infraconstitucional, após vinte anos de existência da Carta Magna em vigor, não regulamentou o dispositivo em estudo, através de lei complementar então exigida? Poderia se dizer que esta é uma inércia sem nenhum motivo aparente?

Em primeiro lugar deve-se afirmar que o direito social insculpido no art. 7º, I, da CF/88 é um direito social incomum, pois não demanda por parte do Estado uma prestação material em si, exige apenas uma proteção contra a intervenção desmedida do empregador na continuidade da relação de trabalho desempenhada por seu empregado, sendo chamado por alguns, inclusive, de direito social negativo (GOMES, 2008, p. 934).

⁴² Sobre o que vem a ser a dignidade humana, Ana Paula de Barcellos (2002, p. 110-111) explicita que: “(...) de forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles. (...)”

Além de explicitar que a dignidade humana é implementada apenas se efetivados os direitos fundamentais do ser humano, a autora citada (2002, p. 114) revela que a noção do mínimo existencial está diretamente relacionado com a dignidade da pessoa, na medida em que “A noção de mínimo existencial (...) nada mais é que um conjunto formado por uma seleção desses direitos, tendo em vista principalmente sua essencialidade dentre outros critérios. (...)”

Quando a autora menciona a expressão “esses direitos” está a referir-se aos direitos sociais, espécie do gênero direitos fundamentais. Logo, se a dignidade humana é a efetivação e garantia dos direitos fundamentais, e o mínimo existencial é a promoção da essencialidade dos direitos sociais, ambos os conceitos encontram-se intimamente ligados, de modo que não existirá dignidade humana, se não garantido o mínimo existencial.

Mas se o direito em comento não exige uma prestação material do Estado, principal argumento em desfavor dos direitos sociais, persiste a pergunta antes formulada. Aparentemente, não há motivo algum para a inércia legislativa. Porém, se analisada a situação de maneira mais cuidadosa entende-se que uma proteção ao empregado neste sentido vai diretamente contra aos ideais do neoliberalismo.

O neoliberalismo prega a ideologia de que o mercado seria o grande princípio regulador do desenvolvimento social. Nesse sentido, qualquer intervenção do Estado que não seja mínima é considerada prejudicial ao progresso econômico e, conseqüentemente, social (DORNELES, 2002, p. 118).

Sendo assim, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa acaba, inevitavelmente, sendo apontada como uma intervenção desnecessária e prejudicial do Estado na economia. Argumenta-se, inadequadamente, que esta intervenção ao invés de proteger o trabalhador iria prejudicá-lo, uma vez que, na medida em que se colocam entraves desnecessários ao desejado desenvolvimento econômico, a área social é diretamente afetada, agravando-se ainda mais os índices de desemprego.

Além disso, há um esforço generalizado em se demonstrar que, neste momento de pós-capitalismo, o trabalho perdeu o seu status de garantidor da cidadania, tendo em vista que a classe proletária se reduz cada vez mais, devendo-se procurar outros modos de preservar a dinâmica social. Sobre o assunto, enfatiza Leandro do Amaral D. de Dorneles (2002, p. 121):

Em contrapartida ao fenômeno de hegemonização dos interesses do Capital, impulsionado principalmente pela condução dos processos de globalização e de reformulação do Estado sob a ótica neoliberal, o outro ator com desempenho decisivo na estruturação capitalista organizada – o Trabalho – passa atualmente por um processo de desprestígio e debilitamento. Essa situação é visível, por exemplo, a partir da proliferação das teses de crise da sociedade do trabalho. Como idéia principal estaria, em suma, a perda da centralidade da categoria trabalho na dinâmica social atual, o que retiraria as reivindicações de classe da posição nuclear do grande debate social instituinte de direitos.

Portanto, a partir do momento em que todos os esforços deliberativos concentram-se em fortalecer a regulação social apenas a partir do mercado econômico, bem como em fortalecer

a idéia de que o trabalho deixa de atuar como importante garantia de transformação social torna-se visível a justificativa para a não regulamentação do art. 7º, I, da CF/88.⁴³

Em um primeiro momento, o discurso volta-se para o fortalecimento do mercado econômico, apresentando-se este como único caminho possível para o desenvolvimento social, mostrando-se, erroneamente, a imprescindibilidade de uma não intervenção estatal, ou uma intervenção mínima.

Em um segundo momento, procura-se desvalorizar o principal papel do labor humano, intentando-se demonstrar que o mesmo não pode mais atuar como agente de transformação social, tampouco como garantidor da dignidade humana, pois ante a nova realidade, encontra-se em estado de crise profunda e irreversível, fragilizando sobremaneira as reivindicações trabalhistas.

Deste modo, a não edição da lei complementar prevista no art. 7º, I, da CF/88 é, hoje, uma realidade. Por outro lado, a possível edição da norma em apreço, de modo a debilitar ainda mais a proteção do emprego, já extremamente fragilizada, é uma ameaça concreta que deve ser tomada a sério, em razão do fortalecimento do discurso neoliberal.

Neste momento, mostra-se importante reafirmar a interpretação que vem sendo dada ao dispositivo em análise, com vistas a demonstrar a impossibilidade de um retrocesso social neste sentido para, posteriormente, defender a proposta de uma proteção emancipatória, capaz de devolver o papel de cidadania desenvolvido pelo trabalho humano, quando levado a sério de maneira adequada.

Segundo Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 322):

(...) o entendimento que domina a doutrina e a jurisprudência pátrias é de que, por força do art. 10, I, do ADCT, até que advenha a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, o empregador não está obrigado a fundamentar a despedida em qualquer

⁴³ Ressalte-se que a falta de lei complementar não impede a aplicação imediata do art. 7º, I, da CF/88. Este, inclusive, é o entendimento do Enunciado n. 2 da Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, vejamos: “2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA. I- ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.”

motivação, sujeitando-se exclusivamente ao pagamento da indenização tarifada de 40% sobre os depósitos do FGTS. (...).

Assim, o entendimento generalizado na doutrina e jurisprudência atuais caminha no sentido de que, até que sobrevenha a lei complementar regulamentadora, garantida a indenização de 40% sobre o FGTS, prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, pode empregador dispensar o empregado sem expor as suas justificativas.

Esta interpretação, conforme já apontado no capítulo oportuno, é completamente ineficaz, uma vez que não protege o empregado contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Muito pelo contrário, esta interpretação fomenta ainda mais a rotatividade de mão-de-obra, uma vez que, na maioria dos casos, é muito mais vantajoso economicamente ao empregador dispensar o obreiro, mediante o pagamento da indenização, do que manter seu posto de trabalho, uma vez que a indenização a ser paga ao empregado representa uma quantia irrisória para empresa, além do empregador estar livre de demonstrar qualquer justificativa pela dispensa.

Sobre este aspecto em particular, traz-se à baila mais uma vez as palavras de Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 324):

Daí resulta que, a par da consagração da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República (art. 1º), que tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º), que veda toda forma de discriminação (art. 3º, IV), que assegura o direito ao trabalho como direito fundamental (art. 6º), que considera a não taxatividade dos direitos dos trabalhadores, de modo a assegurar, por sua ampliação, a melhoria de sua condição social (art. 7º, *caput*), que estatui o direito fundamental da relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa mediante indenização compensatória dentre outros direitos previstos em lei complementar, que atribui aplicação imediata às normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), que funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano, na redução das desigualdades regionais e sociais e na busca do pleno emprego (art. 170), vem sendo reiterada leitura isolacionista e literalista do art. 7º, I, esterilizando suas potencialidades significativas coerentes com o sistema. (...).

Por este motivo, como também já apresentado anteriormente, a interpretação dada ao art. 7º, I, da CF/88 no presente estudo segue orientação de Jorge Luiz Souto Maior (2004, p. 1324-1325), para quem a despedida arbitrária foi proibida constitucionalmente. Neste sentido, a indenização assegurada pelo dispositivo em análise é garantida para a dispensa sem justa causa, mas desde que fundada em algum motivo técnico, econômico ou financeiro.

Por seu turno, caso a dispensa seja arbitrária, não basta o pagamento da indenização, prevista no art. 10, I, do ADCT, sendo nulo o ato da dispensa. Nesta hipótese, deve ser garantida a reintegração no emprego e, não sendo esta possível, deve ser garantida outra espécie de indenização que não aquela designada nas disposições constitucionais transitórias.

Esta interpretação parece muito mais adequada com os demais preceitos constitucionais, na medida em que não toma em consideração o dispositivo isoladamente. Pelo contrário, por esta visão é possível fazer com que a norma insculpida no art. 7º, I, da CF/88 entre em harmonia com as outras normas formadoras do sistema interno da Lei Fundamental, além de ser mais apropriada do ponto de vista da dignidade humana.

Importante salientar que esta interpretação pode ser aplicada independente da edição de lei complementar regulamentando a matéria. Esta, aliás, é a orientação do Enunciado n. 2, I, da Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, o qual prevê a aplicabilidade imediata do art. 7º, I, da CF/88, por tratar-se do direito fundamental ao trabalho.

Esta orientação chama a atenção para o fato de que diante da inércia do legislador, não pode ser relegado direito fundamental do trabalhador, devendo, portanto, o Poder Judiciário, quando provocado, aplicar o dispositivo constitucional imediatamente. Tal dispositivo, repita-se, deve ser aplicado seguindo interpretação condizente com os demais preceitos constitucionais, devendo ser extirpada a leitura isolacionista e literal do art. 7º, I, da CF/88.

Não se pode olvidar, porém, que a interpretação dominante atual leva em conta apenas o direito da indenização no percentual de 40% sobre o FGTS, prevista na parte transitória da Constituição Federal⁴⁴. Além disso, o próprio constituinte deixou margem para o legislador ordinário regulamentar a matéria.

⁴⁴ As normas insculpidas na parte transitória da Constituição Federal são normas que nasceram para não durar, como o próprio nome sugere, são normas temporárias, as quais devem durar até que se cumpra o comando constitucional permanente. Neste sentido, esclarece Raul Machado Horta (2002, p. 294): “A técnica de redação das Disposições Transitórias é diversa da técnica redacional da parte permanente. Não há divisão da matéria em Títulos, Capítulos ou Seções, de modo a agrupar em cada um os assuntos diferenciados. Os temas são tratados indistintamente, sem a preocupação de ordenação, unidade e sistematização. É o terreno do depósito residual, da miscelânea e da mistura normativa. O traço que aproxima as normas heterogêneas é a temporariedade e a transitoriedade. São normas que vão desaparecer. Esse desaparecimento que as torna mais efêmeras ou de menor duração no tempo advirá do prazo fixado para cumprimento de atos ou de determinações do constituinte ou, ainda, pela sucumbência no tempo do direito, da garantia ou da situação assegurada aos respectivos titulares e que findarão com eles. (...)”.

Levando em consideração este fato, o grande problema a ser enfrentado corresponde justamente aos limites impostos a futura lei complementar que tratará do assunto. É certo que a não regulamentação da matéria se deve a um forte apelo do discurso neoliberal, como do mesmo modo a edição do futuro diploma legal sofre sérios riscos de piorar ainda mais a situação já fragilizada do trabalhador brasileiro, também em razão deste mesmo discurso neoliberal.

Ocorre que, o legislador infraconstitucional não tem absoluta margem de atuação neste sentido, de maneira que a interpretação que vem sendo dada à norma do art. 7º, I, da CF, acabou concretizando o direito do empregado à multa de 40% sobre o FGTS, de modo que esta indenização já faz parte do núcleo essencial deste importante direito fundamental social consagrado constitucionalmente.

Diante disto, o legislador ordinário fica impedido de causar um retrocesso social neste particular, uma vez que não é possível restringir núcleo essencial da norma, perfazendo-se esta em um comando definitivo. Atacar o denominado aspecto essencial da norma fundamental significa atingir diretamente a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o que não é possível, conforme já analisado.

Diante disto, a lei complementar futura que irá tratar da proteção do emprego não poderá piorar a situação já existente. O que significa dizer que não poderá prever como único meio de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa indenização inferior ao patamar já estabelecido e concretizado pela prática trabalhista nestes últimos vinte anos.

Além disso, o não retrocesso social não é o único limite encontrado pelo legislador ordinário quando da edição da futura lei complementar em apreço. Também outros direitos fundamentais insculpidos na Constituição funcionam como verdadeiro limite à liberdade de atuação do legislador infraconstitucional, tais como a conjugação da livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, bem como a busca do pleno emprego.

Portanto, o ideal não é se prender a indenização de 40% sobre o FGTS, mas sim a uma efetiva proteção à continuidade da relação de emprego, de acordo com os ditames constitucionais. O art. 7º, I, da CF/88 é categórico ao afirmar que a lei preverá, dentre outros direitos, a indenização. Na verdade, a proteção prevista no dispositivo em estudo, se analisada a

Constituição de maneira sistemática e em consonância com os preceitos fundamentais, possibilita, por si só, a proibição da dispensa arbitrária, bem como a proteção não só do emprego, mas do emprego digno. Não obstante, a previsão da norma futura possibilita a atuação do legislador ordinário, a qual não pode se dissociar dos comandos constitucionais.

Assim, para que o objetivo constitucional não seja desvirtuado é imprescindível que a futura lei complementar em análise seja expressa em proibir a dispensa arbitrária, entendendo-se, neste caso, nulo o ato da dispensa, configurando-se o direito a reintegração no emprego nesta hipótese. Claro que, a norma deve prever a possibilidade de indenização, caso a reintegração mostre-se inviável, o que deverá ser analisado ante o caso concreto.

Também é imprescindível que a indenização supra esboçada seja superior a indenização prevista no caso da dispensa sem justa causa, fundada em motivo técnico, econômico ou financeiro, uma vez que esta última não deverá ser proibida, nem configurar nulo o ato da dispensa.

Por seu turno, no caso da dispensa sem justa causa, deverá ser previsto o direito a uma indenização justa, maior do que a atual indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS, a qual não atende ao propósito de garantir a subsistência do empregado e sua família por tempo razoável para que possa encontrar novo emprego.

A fixação do montante desta indenização deve levar em conta dois pressupostos: o esforço despendido pelo obreiro no intuito de fazer prosperar a atividade do empregador, bem como os direitos fundamentais que estão sendo feridos por ocasião da ruptura da continuidade da relação empregatícia.

Além disso, a futura lei complementar em análise também deverá prever a exigência de que o empregador exponha seus motivos no momento da dispensa, de modo que apenas será aceitável o término unilateral da relação de trabalho, caso este se funde em um motivo socialmente justificado.

Pode-se dizer que estas são as principais diretrizes a serem seguidas pela lei complementar prevista no art. 7º, I, da CF/88 para que seja alcançada uma verdadeira proteção à

continuidade da relação empregatícia. Porém, os esforços não cessam por aqui. É sabido que o trabalho humano tem o papel fundamental de garantir ao indivíduo a sua dignidade humana.

A pergunta que se faz é: o trabalho tem cumprido o seu papel de garantidor da dignidade da pessoa humana? Parece que não. Mas o direito fundamental ao trabalho, não é o direito a qualquer trabalho, mas sim ao trabalho digno. A própria Constituição Federal diz isso, quando afirma em seu art. 7º, IV, *verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Logo, o trabalho deve ser responsável por garantir o mínimo existencial ao ser humano, além de representar o principal vetor de garantia de sua cidadania. É preciso que os esforços do Poder Público e da sociedade civil organizada se voltem para este sentido, o sentido de resgatar o verdadeiro papel do labor humano, o qual foi mascarado pelo neoliberalismo.

No mesmo sentido do texto posiciona-se Gabriela Neves Delgado (2009, p. 209) ao afirmar que a Carta Magna de 1988, quando garante o direito fundamental ao trabalho, implicitamente compreende neste direito fundamental o direito ao trabalho digno, e não o direito a qualquer trabalho.

Para melhor compreensão do que seja o trabalho digno, importante citar as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 51):

(...) Ainda nesta perspectiva, já se apontou – com razão, no nosso sentir, para o fato de que o desempenho das funções sociais em geral encontra-se vinculado a uma recíproca sujeição, de tal sorte que a dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoísta disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (pelo menos em muitas situações, convém acrescer) o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro.

Deste modo, o ser humano não pode ser utilizado como se fosse mera mercadoria, a qual pode ser descartada a qualquer momento. O movimento operário passa a perder força quando o

mercado faz o sujeito acreditar que diante de um universo de novidades, ele é vulnerável e descartável, pois dificilmente conseguirá atingir o conceito de bom para se manter no mercado de trabalho.

Porém, nem sempre foi assim. Conforme analisado no primeiro capítulo deste estudo, observa-se que durante a fase do capitalismo industrial o movimento operário pôde se articular de maneira organizada e conquistar muitos direitos. Aliás, o reconhecimento dos direitos humanos como direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos internos muito se deve ao movimento operário.

Conforme observa Eric J. Hobsbawm (2005, p. 418) a principal relação entre o fenômeno dos movimentos operários e o reconhecimento dos direitos humanos como fundamentais reside no fato de que tais movimentos são compostos de pessoas subprivilegiadas, as quais não têm os mesmos direitos ou têm menos direitos que outras pessoas ou grupos de sua época. Isto faz com que esta classe disponha de uma maior percepção sobre as suas necessidades, e uma maior preocupação em garantir os direitos que lhes são rechaçados.

Sob esta perspectiva, nota-se que a maior parte dos movimentos operários ocorridos na Europa deram força especial a luta pelos direitos legais e liberdades civis, ou seja, os direitos do cidadão, pois a maioria das pessoas formadoras da classe operária não dispunham destes direitos. Assim, o movimento operário, nesta primeira fase, ocupou-se de garantir seus direitos políticos, tais como os direitos referentes à liberdade de associação e de greve (HOBSBAWM, 2005, p. 427-428).

Por seu turno, logo se percebeu que estes eram direitos instrumentais, não fins em si mesmos. Ou seja, estes direitos eram importantes sob a insígnia de se constituírem como meios para garantir outros direitos que a classe trabalhadora também não dispunha, os denominados direitos sociais. Nesse sentido, a sociedade industrial cria a necessidade de novos direitos, tais como: os direitos à proteção contra riscos no trabalho, à moradia digna, à educação, à saúde, à previdência social etc. (HOBSBAWM, 2005, p. 430).

E é justamente nesta fase que a organização do movimento operário se intensifica, através do fortalecimento dos sindicatos e dos ideais socialistas. Neste momento, o capitalismo percebe a força deste movimento, reconhecendo-lhe os direitos sociais pretendidos, cedendo as suas

pressões, porque percebeu que estava diante de uma força organizada, fixada em um ideal de justiça e igualdade.

A fragilização do movimento operário ocorre em razão de vários fatores. O principal deles, pode-se apontar, deve-se à globalização da economia e do capital, em detrimento do nacionalismo do movimento sindical. O movimento sindical não foi capaz de acompanhar as transformações sociais, na medida em que se aprisionou nas barreiras do nacionalismo exacerbado.

Este fato aliado a uma grande automação do mercado, com a transformação dos postos de trabalho, bem como com o avanço do ideal neoliberalista acaba fragilizando sobremaneira o movimento operário. A grande oferta de mão-de-obra e a nem tão satisfatória disponibilidade dos postos de trabalho, tornou o empregado uma mercadoria descartável, incutindo no inconsciente dos indivíduos a idéia de que o trabalho em si não é mais capaz de ser um meio garantidor da conquista de direitos.

Independentemente disto, é inegável que durante algum tempo da história recente o movimento operário atuou como verdadeiro fator de progresso. Nesse sentir, explicita Eric J. Hobsbawm (2005, p. 438):

Tanto na sociedade capitalista quanto na sociedade socialista e no que é chamado de “Terceiro Mundo”, as pessoas lutam pelas sociedades boas, justas e humanas que nunca se realizaram, mas também lutam pela manutenção, ou pelo retorno dos direitos e liberdades que foram obtidos, pelo menos parcialmente, durante os 150 anos em que, em comparação, o mundo progrediu, não importa se de forma instável, no sentido de maior civilidade bem como de prosperidade: a época da esperança e da confiança no progresso. O que nos reserva o futuro, não sabemos. Mas podemos dizer que uma das principais forças que impulsionaram o progresso da civilidade nos 150 anos entre a revolução norte-americana e Primeira Grande Guerra, período em que ela sem dúvida progrediu, foi a que encontrou sua expressão organizada nos movimentos operários e socialistas do mundo ocidental.

Esta força que o movimento operário detém de impulsionar a sociedade para o progresso, para as conquistas e garantias de direitos, ao contrário do que vem se afirmando, não acabou. Mas para que este movimento resgate o seu valor, para que possa desempenhar um papel de garantidor da dignidade da pessoa humana aos menos favorecidos, é necessário que se adéque as novas e profundas transformações sociais ocorridas no mundo do trabalho, da economia, da cultura, da família.

Um primeiro passo neste sentido é a internacionalização do movimento operário, com o fortalecimento das organizações sindicais a nível internacional. Assim, os sindicatos não devem estar concentrados apenas na garantia de melhores condições de trabalho para os trabalhadores de determinado país, devem concentrar seus esforços em garantir boas condições laborais no espaço internacional, inclusive.

Um segundo passo para o renascimento do movimento operário é o resgate do valor dado ao trabalho, como garantidor da idéia de cidadania, o que vem sendo negado pelo discurso neoliberal (SANTOS, 2005, p. 54). É preciso ter em mente que o trabalhador não é uma máquina geradora de riquezas, é um ser humano dotado de dignidade, e se assim o é, deve ser evitada a sua mera instrumentalização.

Neste ponto específico, a adequada regulamentação do art. 7º, I, da CF/88 é um importante passo neste sentido no cenário brasileiro. Isto porque, se é garantido ao trabalhador uma real proteção ao seu posto de trabalho, consegue-se amenizar o sentimento de temor generalizado da perda do emprego, fortalecendo o espírito organizatório da classe trabalhadora na luta pela garantia de novos direitos e melhoria das condições de trabalho.

Outro passo que deve ser dado pelo novo movimento operário é o reconhecimento das mudanças sofridas na lógica dos postos de trabalhos oferecidos atualmente no mercado. É evidente que o mundo do trabalho passou por profundas transformações, não podendo esta situação ser ignorada.

Levando em conta tais afirmações, Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 86) esclarece que deve ser reconhecido o “*poliformismo* do trabalho”, ou seja, a flexibilização dos métodos e processos laborais não pode significar a precarização da relação trabalhista. Assim, sugere o autor (2007, p. 86) que o reconhecimento dos diferentes tipos de trabalho, dada a nova realidade social, devem continuar sendo fator de inclusão mínima, devendo ser respeitados salários justos, independente do tipo de trabalho realizado e, independente da sua duração.

Por fim, o movimento operário necessita, neste novo período histórico conhecido como pós-capitalismo, agir em conjunto com outros movimentos sociais engajados na luta contra a exclusão social. Assim, o movimento operário deve unir forças com outras classes excluídas,

como o movimento das mulheres, dos consumidores, dos homossexuais, o movimento em prol dos direitos relativos ao meio-ambiente etc.

Seguindo estes passos, é muito provável que o movimento operário reassuma o seu papel de impulsionar a sociedade para um maior progresso social. Este progresso social aqui mencionado, não é o progresso pretendido pela agenda neoliberal, preocupada primordialmente com os avanços da economia, do mercado e do consumo. É, pois, o progresso social do ser humano, na medida em que luta pelo fim da exclusão social e pela ascensão da dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos.

A adequada regulamentação do art. 7º, I, da CF/88, conforme apontado neste trabalho, não é a única medida a ser tomada para este resgate do movimento operário. Mas é, inegavelmente, um passo muito relevante a ser dado, na medida em que devolve ao trabalhador a crença na sua importância, esvaziando o temor generalizado da perda irremediável do posto de emprego.

5. CONCLUSÃO

O direito ao trabalho, como visto, é um dos mais importantes direitos fundamentais do ser humano, na medida em que desempenha o importante papel de conferir um mínimo de condições materiais e sociais que garantam ao indivíduo a sua existência com dignidade. Por tal motivo, pode-se dizer que o labor é um dos principais fatores de preservação do status de cidadania da pessoa.

Não obstante, o valor do trabalho tem sido mascarado pelo discurso neoliberal, de modo a retirar a sua força mobilizadora dos indivíduos na busca de seus direitos primordiais. Fragilizando o valor do trabalho, o discurso neoliberal consegue atingir um importante objetivo para o fortalecimento do mercado, em detrimento de um enfraquecimento dos quadros sociais: retirar força e importância das reivindicações trabalhistas.

Este quadro precisa ser mudado, e para tanto é necessária uma proposta emancipatória de reformulação dos movimentos sindicais, bem como uma leitura adequada do dispositivo insculpido no art. 7º, I, da CF/88, assim como o reconhecimento, no cenário nacional do princípio do não retrocesso social.

Para se chegar aos pontos mencionados, este estudo percorreu um caminho que vai desde a compreensão do fortalecimento do trabalho na fase do capitalismo industrial na modernidade sólida ou pesada, até o seu desmantelamento na fase do capitalismo pós-industrial, na modernidade líquida ou fluída. Neste momento, portanto, passa-se a uma breve conclusão de cada ponto desenvolvido no presente trabalho.

O primeiro capítulo deste estudo revela os principais aspectos da modernidade no que tange a seu importante papel histórico na formação do trabalho assalariado, revelando, em um primeiro momento, a união do capital com o trabalho e o seu apogeu como garantidor de direitos ao indivíduo e, posteriormente, a sua drástica fragilização, com a independência do capital em relação ao labor humano, e o conseqüente desprestígio de seu valor. Logo em seguida, tenta demonstrar-se como o movimento operário pode retomar o seu *status* de garantidor de direitos, explicitando a fundamentalidade dos direitos trabalhistas, como espécie dos direitos sociais.

Por meio da análise mais detida do primeiro capítulo deste estudo, percebe-se que na fase denominada de modernidade sólida, o trabalho era o principal instrumento de conquista da cidadania, o trabalhador era valorizado, tinha segurança sobre seu posto de trabalho e acreditava que organizado com os demais da mesma classe seria capaz de conquistar direitos para deter melhores condições de vida, para si e para sua família.

Esta situação fática, de valorização do trabalho humano apenas foi possível em razão, principalmente, de dois aspectos: a capacidade de organização dos trabalhadores por meio dos sindicatos, os quais além de lutarem pela melhoria das condições laborais, foram grandes defensores do socialismo, ameaçando, assim, a hegemonia capitalista; bem como a dependência do capitalismo sobre o trabalho humano para a produção de riqueza.

Entretanto, este quadro começa a mudar após o fim da Segunda Guerra Mundial. Os paradigmas da modernidade sólida entram em crise, e o mundo experimenta profundas alterações. A tecnologia é desenvolvida de forma nunca antes vista em nenhum momento da história, e o consumo é acionado cada vez mais por meio de uma tecnologia de ponta que não para de colocar novos produtos no mercado.

A grande automação nas empresas é responsável pelo sumiço de milhares de postos de trabalho. O labor humano desenvolvido nas indústrias e nas grandes fábricas é substituído por máquinas cada vez mais avançadas, menores e leves. O trabalho assume nova feição, tornando-se, a curto prazo, dependente de pessoas cada vez mais capacitadas.

Nesta fase, o valor dado ao trabalho diminui drasticamente. Os sindicatos entram em crise porque não mais são capazes de lutar por direitos para seus trabalhadores. Como o emprego passa a ter uma duração de curto prazo, isto dificulta a organização sindical. Além disso, o capitalismo é intensificado pelas relações internacionais, com a profunda globalização dos mercados econômicos, enquanto os sindicatos, inadequadamente, continuam organizando-se apenas em nível nacional.

Nota-se, que o capital acaba adquirindo verdadeira independência em relação ao trabalho humano, enquanto este continua extremamente dependente daquele. O quadro de exclusão social é agravado drasticamente, porque um número expressivo de pessoas não possui nenhuma utilidade para o novo sistema de produção.

Aliado a este quadro, some-se o surgimento do discurso neoliberalista, extremamente conservador e preocupado com o mercado. Este discurso propõe uma intensificação das medidas voltadas para impulsionar o mercado econômico, o qual é apontado como único meio de se alcançar a tão almejada ordem e prosperidade prometidas pela modernidade. Para tanto, prevê como uma de suas medidas principais a supressão de uma série de direitos trabalhistas, rotuladas como flexibilização das normas do trabalho.

É claro que, de acordo com as premissas apontadas neste estudo, percebe-se que o discurso neoliberal, com a supressão de inúmeros direitos trabalhistas, não é o melhor caminho para resolver o problema da exclusão social. Acredita-se, que um dos meios para se alcançar padrões desejáveis de inclusão no campo social é através do resgate do valor do trabalho humano, como garantidor da cidadania e da dignidade.

Para que isto ocorra, no entanto, é necessário uma reformulação do movimento operário, para que este funcione, de fato, como um movimento de emancipação social. A primeira premissa que deve se ter em mente para esta reformulação é que, apesar da grande fragmentação em pequenos grupos experimentada pela sociedade atual, de acordo com as preocupações similares que cada grupo se ocupa, há o interesse geral e irrecusável de impedir o processo cada vez mais agudo de exclusão social e de recuperar do valor dignidade como valor supremo, em detrimento do valor mercado.

Nesta perspectiva, é necessário que os sindicatos deixem de funcionar como mais uma entidade a favor do neoliberalismo. É preciso que os sindicatos se fortaleçam e lutem realmente pelos interesses dos trabalhadores. Este fortalecimento apenas será possível através de uma internacionalização dos sindicatos, uma vez que se o capitalismo funcional de forma global, assim deverão funcionar os sindicatos.

Também devem ser levados em conta as mudanças operadas no cenário trabalhista. Não se pode ignorar que a grande maioria dos postos de trabalho, hoje, não se enquadra no modelo clássico de emprego da fábrica fordista, de outros tempos.

Deste modo, o reconhecimento dos diferentes tipos de trabalho, dada a nova realidade social, devem continuar sendo fator de inclusão mínima, devendo ser respeitados salários justos, independente do tipo de trabalho realizado e, independente de sua duração.

Além disso, para que o movimento operário funcione como movimento de emancipação social, recuperando o real valor do trabalho humano, é necessário entender que, no mundo atual, o problema da exclusão não se dá dentro da luta de classes visualizada por Marx, entre burguesia e classe operária. Pelo contrário, a exclusão social é sentida em diversos grupos sociais, não se caracterizando por uma exclusão de classes, mas sim de pequenas minorias que não têm voz ante ao discurso hegemônico.

Neste sentido, o internacionalismo operário, para ganhar voz no cenário mundial hodierno, precisa fazer aliança com outros grupos engajados na luta emancipatória, ocorrida em outros campos sociais, como é o caso dos movimentos em prol dos direitos dos índios, dos negros, das mulheres, do meio-ambiente, dos consumidores etc. O que importa é que o movimento operário não funcione de maneira isolada, uma vez que os problemas sociais hoje enfrentados vão muito mais além que a luta entre duas classes.

Se estas são as premissas fáticas para o resgate do verdadeiro valor do trabalho humano, também conclui-se, neste trabalho, que é preciso uma auto-consciência de mudanças no campo dogmático jurídico. Ficou demonstrado, ainda no primeiro capítulo, que, no campo jurídico, os direitos sociais enfrentam verdadeira resistência para sua efetivação.

Defende-se, neste estudo, a fundamentalidade dos direitos sociais e a interdependência dos direitos fundamentais como um todo. Apesar de existirem diferenças estruturais entre os clássicos direitos de defesa e os direitos sociais, econômicos e culturais, no campo de promoção e efetivação destes direitos a dicotomia deve ser abandonada.

O fato dos direitos sociais demandarem prestações do Estado e regulamentação do legislador infraconstitucional, grande parte das vezes, para serem implementados, não pode funcionar como uma barreira intransponível para concretização destes direitos. Mesmo porque, em última análise, tanto os direitos de defesa quanto os direitos econômicos sociais e culturais dependem de prestações estatais positivas e regulamentação ordinária.

Sendo assim, os direitos trabalhistas, como espécie dos direitos sociais, devem ser promovidos pelo Estado com a mesma seriedade que os clássicos direitos de defesa. Não há razão para que o excesso de formalidades impeça a implementação do art. 7º, I, da CF/88, de

modo a garantir uma real proteção do empregado ao seu posto de trabalho, contra a dispensa unilateral do empregador.

Este assunto é tratado mais detidamente no segundo capítulo deste trabalho. O segundo capítulo trata justamente da proteção do empregado contra a dispensa arbitrária, fazendo uma análise histórica do contexto nacional de proteção ao emprego, seguida da verificação da rápida passagem da Convenção nº 158 da OIT pelo ordenamento jurídico pátrio e, por fim, pela análise do art. 7º, I, da CF/88.

No Brasil, a proteção à continuidade da relação de emprego sempre mostrou-se um tanto fragilizada, apesar da existência, em certos momentos, de atos legislativos preocupados em garantir a estabilidade do empregado no posto de trabalho. No ordenamento jurídico pátrio observa-se um momento de ausência legislativa de proteção trabalhista, seguida de um período de garantismo legislativo e, conseqüente, etapa de desregulamentação da proteção ao emprego, a qual se dá até os dias atuais.

Com efeito, a efetiva proteção à continuidade do posto de trabalho não foi alcançada no cenário nacional. Pela análise dos trabalhos constituintes, constata-se que, em um primeiro momento, devido à influência dos sindicatos dos trabalhadores, chegaram a ser aprovadas disposições assegurando a estabilidade no emprego.

Porém, já nos trabalhos de conclusão da Constituição de 1988, todas as propostas tendentes a regular de maneira mais concreta a proteção do obreiro contra a dispensa unilateral do empregador foram rejeitadas, devido a intensa pressão realizada pelo segmento empresarial, apoiado por parte significativa da imprensa nacional.

Através desta análise, fica nítido, portanto, que a opção da Constituinte de 1988 era pela estabilidade no emprego, tendo em vista a dignidade da pessoa humana. Muito se discutiu, neste período, acerca das injustiças sociais nesta seara, chegando a conclusão de que as facilidades na dispensa do empregado agravariam ainda mais a situação do desemprego e a rotatividade de mão-de-obra.

Mesmo assim, entretanto, o discurso neoliberal, encetado pelo *lobby* empresarial influenciou fortemente os reais interesses da constituinte, resultando no art. 7º, I, da CF/88, uma brecha

para obstaculização da concretização deste dispositivo. A proteção do empregado contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa poderia ser tratada por completo na Carta Magna, mas abriu-se espaço para a regulamentação infraconstitucional, o que vem sendo tomado, até hoje, como uma verdadeira barreira intransponível para a efetivação da proteção ao emprego.

Para entender o dispositivo em análise, é preciso compreender o alcance de suas expressões. Conclui-se, neste estudo, que a dispensa arbitrária, entendida como aquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não se prende à perspectiva individual, ou seja, aqui há uma ausência de motivação de índole subjetiva (atos faltosos do empregado), bem como uma ausência de motivação de índole objetiva (motivos técnico, econômico ou financeiro).

A dispensa sem justa causa, por sua vez, entendida como aquela que não se funda em uma conduta do empregado legalmente prevista como ensejadora da dispensa por justa causa, prende-se à perspectiva individual, ou seja, será sem justa causa a dispensa em que houver ausência de motivação subjetiva. Logo, a idéia desta modalidade de dispensa encontra-se englobada pela noção de dispensa arbitrária, mostrando-se, esta última, como uma noção mais ampla que a primeira.

Outra conclusão importante a que se chega pela leitura do art. 7º, I, da CF/88 é que a estabilidade decenal, prevista na CLT, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. O mesmo art. 7º, em seu inciso III, previu o fundo de garantia por tempo de serviço. Por seu turno, o ADCT, em seu art. 10, estipulou que, até que seja editada a lei complementar prevista no art. 7º, I, da CF/88, será assegurado ao obreiro, por ocasião da dispensa a qual não tenha dado causa, indenização de 40% sobre a conta do FGTS.

Feitas estas importantes considerações, é possível chegar a uma conclusão a respeito da adequada interpretação que deve ser dada à norma insculpida no art. 7º, I, da CF/88. Conforme ficou assente no presente trabalho, verifica-se que a interpretação dominante quanto ao dispositivo em comento caminha, inadequadamente, no sentido de permitir-se ao empregador a dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde que arque com a indenização tarifada prevista no art. 10, do ADCT.

Este entendimento, entretanto, se bem analisados os trabalhos constituintes de 1988, bem como outros preceitos componentes da Carta Magna, mostra-se muito dissonante com os princípios constitucionais. Esta é uma interpretação literal do dispositivo analisado e limitativa dos direitos fundamentais, bem como da ordem social.

A prática tem demonstrado que esta interpretação do art. 7º, I, da CF/88 tem fomentado a grande rotatividade de mão-de-obra e a intensa instabilidade das relações empregatícias, prejudicando diretamente o valor do trabalho, como garantidor da dignidade da pessoa humana.

Vislumbra-se que as barreiras econômicas fixadas por uma interpretação um tanto quanto formalista do dispositivo sob análise não têm sido suficientes para impedir o descarte do trabalhador. E se assim o é, fácil perceber que o intento constitucional de proteção do empregado contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa não tem sido alcançado.

Neste sentido, fica fácil concluir que a falta de proteção à garantia no emprego não tem se mostrado a melhor saída para a preservação de maiores taxas de postos de trabalho, a solução encontrada está visivelmente comprometida com o sucesso do mercado, esquecendo-se do aspecto social. O que se observa, portanto, é uma estratégia patronal que permite uma maior exploração do trabalhador, um maior ganho lucrativo, sem a devida contraprestação pelo serviço prestado.

Esta situação não deve ser fomentada pela dogmática jurídica. É preciso interpretar a norma constitucional de forma que seja alcançada a maior efetividade possível aos valores ali encartados. Deste modo, parece mais adequado interpretar o art. 7º, I, da CF/88, de modo a entender que a indenização prevista na citada norma constitucional é garantida para a dispensa sem justa causa, mas desde que fundada em motivo técnico, econômico ou financeiro.

Sendo assim, caso a dispensa seja arbitrária, não basta o pagamento da indenização tarifada prevista no art. 10, I, do ADCT, sendo nulo o ato da dispensa. Nesta hipótese, deve ser garantida a reintegração no emprego e, não sendo esta possível, deve ser garantida outra espécie de indenização que não aquela designada nas disposições constitucionais transitórias.

Esta interpretação além de atender aos valores insculpidos na Constituição, sendo, inclusive, consonante com o mercado econômico e trabalhista atual, atende aos postulados internacionais que tratam da temática, como é o caso da Convenção nº 158 da OIT, lamentavelmente denunciada do ordenamento jurídico pátrio, por ato exclusivo e inadequado, diga-se de passagem, do Poder Executivo.

Assim, de modo a combater a realidade hoje existente de desprezo à dignidade do trabalhador e de total insegurança no emprego, é preciso que seja dada interpretação adequada ao art. 7º, I, da CF/88, mas não só isso.

Também é necessária uma maior discussão acerca da proibição do retrocesso social no cenário nacional, ante a possibilidade, nada absurda, de edição de lei complementar para piorar o quadro já instalado de total fragilidade da relação empregatícia, bem como a implantação de uma proposta emancipatória quanto à proteção da garantia no emprego no Brasil. Estes temas foram tratados no terceiro e último capítulo deste estudo, sendo possível chegar a algumas conclusões.

Sobre a vedação do não retrocesso social conclui-se, neste trabalho, tal instituto deve ser entendido como um princípio implícito da Constituição Federal de 1988. Não se trata, pois, de categoria autônoma de princípio, mas integrado a outros princípios, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade, destinada à proteção de todos os direitos fundamentais, e não apenas aos direitos sociais, embora se perceba um acentuamento da matéria em relação a estes últimos.

Esta conclusão de que o princípio do não retrocesso social se dirige a todos os direitos fundamentais é muito importante, na medida em que se concluiu, também neste estudo, certa inadequação à dicotomia entre os direitos de defesa, de um lado, e os direitos sociais, econômicos e culturais, de outro, em matéria de efetivação dos direitos fundamentais.

Ficou assentado, que o problema da efetividade dos direitos fundamentais não é reservado apenas aos direitos sociais, mas aos direitos fundamentais como um todo, em razão da grande interdependência existente entre eles. Assim, pode-se afirmar com tranqüilidade que o problema de efetividade dos direitos sociais é o problema de efetividade dos direitos de defesa, uma vez

que não se atinge a dignidade humana pela implementação de apenas uma destas categorias de direito.

Ainda quanto à proibição de retrocesso social, também ficou constatado no presente estudo que esta corresponde a uma dimensão restrita da segurança jurídica. Deste modo, a segurança jurídica em seu sentido restrito tutela situações não abarcadas pelas previsões expressamente garantidas no ordenamento jurídico, tais como o respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito.

Quanto a tratar-se de um princípio implícito decorrente da interpretação sistemática da Constituição Federal, tem-se que a proibição do retrocesso social deriva da interpretação conjunta dos seguintes princípios constitucionais: o princípio do Estado social e democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais.

É inegável que a interpretação sistemática dos princípios constitucionais apontados dá vida à norma-princípio denominada de proibição do retrocesso social. Não se pode dar ao legislador infraconstitucional o poder de esvaziar por completo comandos constitucionais, retornando-se a uma situação de omissão inconstitucional.

Por tal motivo, pode-se constatar, também, que a partir do momento em que uma norma constitucional, definidora de um direito fundamental, atinge determinada maturidade normativa, por obra do legislador ordinário, esta concretização passa a integrar o núcleo essencial da norma constitucional, havendo, portanto, uma situação de mutação constitucional.

Isto quer dizer que, a partir do momento em que há consenso profundo sobre tal concretização, o conteúdo da norma integrante da Lei Suprema é ampliado, de modo que não é mais possível realizar a interpretação do dispositivo constitucional sem a nova interpretação que lhe foi incorporada, através da concretização da norma. Nestes casos, o retrocesso da norma deve ser constitucionalmente vedado, uma vez que se está protegendo não uma simples norma ordinária, mas o próprio núcleo essencial da norma constitucional.

A situação descrita enquadra-se perfeitamente ao que ocorreu com a norma prevista no art. 7º, I, da CF/88. O dispositivo apontado foi concretizado, embora transitoriamente, pelo art. 10, I, do ADCT. Neste caso, ficou assentado que o empregado merece proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, tendo direito, no mínimo, a uma indenização de 40% sobre o FGTS.

O legislador ordinário não pode editar a pretendida lei complementar de modo a piorar a situação existente, diminuindo, pura e simplesmente, o valor apontado da indenização tarifada, pois se isto fosse possível, estaria se aceitando que o mesmo pudesse realizar, através de lei ordinária, uma alteração no núcleo essencial da norma constitucional.

Portanto, é possível apontar, desde já, que o mínimo da indenização sobre os 40% do FGTS funciona como um dos limites à futura lei complementar regulamentadora do art. 7º, I, da CF/88. Porém, o intuito do presente trabalho não foi o de encontrar, apenas, o limite mínimo. Pretendeu-se, também, apresentar uma proposta emancipatória para uma maior efetividade na proteção do emprego.

Para tanto, é preciso entender que o direito à proteção a despedida arbitrária ou sem justa causa, compondo direito fundamental do trabalhador e sendo espécie dos direitos fundamentais sociais, deve ser entendida como uma norma de comando definitivo. Sendo assim, este direito apresenta um núcleo essencial indispensável para a autonomia do indivíduo com dignidade.

Este núcleo essencial configura um direito subjetivo público do indivíduo, surgindo daí o dever do legislador em concretizá-lo. Neste sentido, é dever do legislador concretizar da melhor maneira possível o art. 7º, I, da CF/88, de modo a garantir não apenas o direito fundamental ao trabalho, mas, acima de tudo, o direito ao trabalho digno.

Para garantir uma proteção comprometida com a dignidade da pessoa humana, livre dos embaraços do discurso neoliberal, este estudo propõe que a futura lei complementar prevista no art. 7º, I, da CF/88 siga as seguintes diretrizes: proibir expressamente a dispensa arbitrária, prevendo o direito à reintegração, caso esta não se mostre totalmente incompatível com o caso concreto.

No caso da reintegração aparecer como uma hipótese inadequada, diante das peculiaridades do caso concreto, a futura lei complementar deve prever a alternativa do pagamento de indenização nestes casos, não se confundindo esta indenização com a que é devida no caso da dispensa sem justa causa.

Além disso, a norma deve possibilitar a dispensa sem justa causa, desde que fundada em motivo técnico, econômico ou financeiro, mediante o pagamento de indenização justa ao empregado, que seja capaz de garantir a subsistência deste e sua família por tempo razoável para que possa encontrar novo emprego.

Por derradeiro, a futura lei complementar deve prever a exigência de que o empregador exponha seus motivos no momento da dispensa, de maneira que apenas será aceitável o término unilateral do contrato de trabalho, caso fundado em motivo socialmente justificado.

Estas diretrizes se mostram condizentes tanto com o mercado atual e a nova roupagem assumida pelo contexto trabalhista hodierno, quanto com a dignidade da pessoa do trabalhador, uma vez que impede a pura descartabilidade do mesmo. É preciso minimizar o clima de insegurança no trabalho, o obreiro deve ser valorizado não pelo quantum de riqueza que pode produzir para o mercado, mas pelo simples fato de ser uma pessoa.

É preciso preocupar-se, portanto, não apenas em garantir o direito fundamental ao trabalho, mas em se garantir o direito fundamental ao trabalho digno. É um dos primeiros passos que podem ser dados, a nível nacional, neste sentido é a correta interpretação e regulamentação do art. 7º, I, da CF/88.

É importante que aqueles que se propõem a enveredar no campo da Ciência Jurídica não se conformem simplesmente com o que está posto, sob a insígnia de acabar concordando com injustiças incontestáveis. É preciso pensar no Direito como uma ferramenta eficaz na luta pela inclusão social, aliada, sempre aos outros campos do saber e condizente com a realidade circundante.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales: el Derecho y la Justicia**. Ernesto Garzón Valdés: tradutor. São Paulo: Livraria dos Advogados, 2002. 607 p.

ANTUNES, Ricardo. O neoliberalismo e a precarização estrutural do trabalho na fase de mundialização do capital. In: Silva, Alessandro da (Org.). **Direitos humanos: essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. 38-48 p.

ARANGO, Rodolfo. Constitucionalismo, Estado Social de Direito e realização integral dos direitos. In: Ortiz, Maria Elena Rodriguez (Org.). **Justiça social: uma questão de direito**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. 21-45.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003. 127 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2002. 327 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002. 363 p.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 258 p.

BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático. In: Ortiz, Maria Elena Rodriguez (Org.). **Justiça social: uma questão de direito**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. 13-20 p.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. 456 p.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. 311 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. 232 p.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994. 539 p.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999. 1414 p.

CARVALHO, Weliton Sousa. **Despedida arbitrária no texto constitucional de 1988**. Curitiba: Juruá, 2002. 230 p.

CASTORIADIS, Cornelius. **O mundo fragmentado: as encruzilhadas do labirinto**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006. 294 p.

COELI, Patrícia de Castro e Collier. Ainda a Convenção 158 e sua possível repercussão no ordenamento constitucional de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de Direito Constitucional e Ciências Políticas**, São Paulo, n. 33, p. 206-242, out. – dez. 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 87-135 p.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: Silva, Alessandro (Org.) *et al.* **Direitos humanos: essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. 69-87 p.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006. 256 p.

DOMINGUES, Marcos Abílio. As relações de trabalho no mundo no mundo globalizado. In: BUENO, Roberto (Org.). **Dilemas da Globalização: teoria liberal e ordem jurídica no mundo contemporâneo**. São Paulo: Cultural paulista, 2000. p. 107-147.

DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no Direito Brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 343-382 p.

FABRIZ, Daury César. A crise do direito fundamental ao trabalho no início do século XXI. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 1, p. 15-38, 2006.

GOMES, Fábio Rodrigues. O direito fundamental ao trabalho: uma miragem discursiva ou uma norma efetiva? In: SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 927-957 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2000. 487 p.

HOBBS, Eric J. **A era dos impérios: 1875-1914**. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2003. 546 p.

_____. **Mundos do trabalho: novos estudos sobre a história operária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005. 460 p. (Coleção oficinas da História).

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 725 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito e processo do trabalho: na perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo: Renovar, 2003. 294 p.

LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2003. 353 p.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 639 p.

_____. **Segundo tratado sobre o Governo.** Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. In: Os pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril cultural, 1978. 344 p.

MAIOR, Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr: legislação do trabalho,** São Paulo, n. 11, p. 1323-1331, nov. 2004.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 347 p.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 137-175 p.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra: Coimbra, 2006. 254 p.

_____. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.** Coimbra: Coimbra, 2006. 158 p.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho.** São Paulo: Makron Books, 1995. 348 p.

ROMITA, Arion Sayão Romita. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2005. 439 p.

_____. **Direito do Trabalho: temas em aberto.** São Paulo: LTr, 1998. 877 p.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **Do contrato social: princípios do direito político.** Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2007. 415.

_____. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. 511 p.

_____. **Poderá o Direito ser emancipatório?.** Vitória: Fundação Boiteux, 2007. 112 p.

_____. (Org.). **Trabalhar o mundo: Os caminhos do novo internacionalismo operário**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005. 457 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. 499 p.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. 158 p.

_____. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **Revista de Direito da Associação dos Procurados do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 131-150.

_____. Princípio da proibição de retrocesso nos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1988. In: Ortiz, Maria Elena Rodriguez (Org.). **Justiça social: uma questão de direito**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. 47-82 p.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 319 p.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. A importância da Convenção n. 158 da OIT para a cidadania no trabalho no Brasil. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 97, p. 117-122, maio. 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. 623 p.

_____. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004. 532 p.

TEIXEIRA, Sergio Torres. **Proteção à relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1998. 447 p.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 313-339 p.

VIANA, Marcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, n. 4, p. 438-443, abr. 2008.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1997. 495 p.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2004. 480 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 229 p.