

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS*

Rafael da Silva Marques

Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 4ª Região

INTRODUÇÃO

Inicialmente começa-se dizendo o que é direito subjetivo. Para tanto, utiliza-se o que diz Karl Engisch. Para ele o direito subjetivo é o poder ou a legitimação conferida pelo direito. O direito subjetivo é mais do que simples permissão. É, na verdade, uma esfera de poder, de modo a ser-lhe possível, dentro dela, acautelar os seus próprios interesses. É, portanto, o direito subjetivo um poder que é concedido ao indivíduo pela ordem jurídica, um meio para a satisfação de interesses humanos.¹

Já quanto aos direitos fundamentais, interessante trazer-se a discussão a visão de Mauricio Godinho Delgado. Ele aduz que *“direitos fundamentais são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade”*. Para o autor estes direitos não traziam qualquer efeito inovador dentro da história, pois que já existiram, no passado, experimentos sócio-políticos de grande participação das elites na vida econômica, política e social da sociedade, como é o caso de Atenas.²

Somente adquiriu real relevância o conceito de direitos fundamentais no momento em que incorporou à sua matriz os vastos segmentos sócio-econômicos destituídos de riqueza e que, pela primeira vez na história, *“passaram a ser sujeitos de importantes prerrogativas e vantagens jurídicas no plano da vida em sociedade”*.³

Já Gomes Canotilho assevera que as normas de direitos fundamentais são todos os *“preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais (cfr. CRP, arts. 24º e ss)”*. Para ele, a importância das normas de direitos fundamentais vem do fato de elas, direta ou indiretamente, *“assegurarem um status jurídico-material aos cidadãos”*⁴, isso para o exercício, acrescenta-se, de sua total cidadania e liberdade.

Embora sejam utilizadas como sinônimas, há como distinguir as expressões direitos fundamentais e direitos do homem. Os direitos do homem são aqueles válidos para

* Não será objeto deste estudo a questão do Estado Social e a estabilização do Estado Liberal.

¹ ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado, Lisboa, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 9. ed., 2004, p. 41/43.

² GODINHO DELGADO, Mauricio, “Direitos fundamentais na relação de trabalho”. Em *LTr. Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, Ano 70, junho/2006, p. 657.

³ GODINHO DELGADO, Mauricio, “Direitos fundamentais na relação de trabalho”, cit., p. 657.

⁴ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, Lisboa, Almedina, 7. ed., 2003, p. 1170.

todos os povos em todos os tempos em uma dimensão jusnaturalista-universalista; direitos fundamentais são os direitos do homem, garantidos jurídico-institucionalmente e limitados em tempo e espaço. Os primeiros teriam origem na própria condição humana, por isso invioláveis e os fundamentais seriam os vigentes conforme a ordem jurídica.

Os direitos fundamentais podem ser os formalmente constitucionais, constantes do corpo da constituição e assim especificados, os materialmente constitucionais que, embora não estejam formalmente na Constituição, considerando a matéria de que tratam, assim são considerados. Há, ainda, os direitos fundamentais dispersos pelo corpo da Carta, chamados também de “*direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo*”.⁵

Modernamente apresenta a doutrina a classificação dos direitos fundamentais em de primeira, segunda e terceira dimensões, baseando-se em uma ordem histórica e cronológica e que passaram a ser reconhecidos constitucionalmente. Celso Lafer⁶ acrescenta os direitos de quarta dimensão, dizendo que estes e os de terceira dimensão transcendem a esfera individual, recaindo a grupos primários e grandes formações sociais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão buscam proteger os indivíduos frente ao Estado. Sua origem vem do pensamento liberal e individualista burguês, caracterizado como um direito de defesa, que determina a não-intervenção do Estado. São eles o direito à vida, liberdade, propriedade, igualdade formal, liberdade de expressão coletiva, direitos de participação política entre outros. Paulo Bonavides os denomina como direitos civis e políticos.⁷

Os direitos de segunda dimensão exigem do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social, ao contrário dos direitos de primeira dimensão, que se caracterizam pela conduta negativa do ente público.⁸

Estes direitos são os econômicos, sociais e culturais, que fazem com que os cidadãos tenham direito a prestações sociais por parte do ente estatal, como educação, saúde, trabalho, Previdência Social, entre outros, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Englobam, ainda, o direito à greve, sindicalização, salário mínimo, as chamadas “*liberdades sociais*”.⁹ Sua função, portanto, é prestacional.

Os direitos de terceira dimensão são também conhecidos como direitos de fraternidade e de solidariedade. Não se referem a uma pessoa individualmente como os acima expostos, destinando-se à proteção de grupos de pessoas assim como os direitos de titularidade coletiva ou difusa.

⁵ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 393/405.

⁶ LAFER, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Em discurso de posse do Ministro Celso Melo como Presidente do Supremo Tribunal Federal.

⁷ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563.

⁸ REIS, Jorge Renato dos, “A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado”, Em *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*, Tomo 4, Organizadores Rogério Gesta Leal e Jorge Renato dos Reis, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 996.

⁹ REIS, Jorge Renato dos, *ibidem*.

Inserem-se entre estes direitos, o da autodeterminação dos povos, à qualidade de vida, em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, exigindo esforços e responsabilidades em escala universal para sua concretização.¹⁰

Os direitos de quarta dimensão são aqueles relacionados à democracia, ao direito à informação e ao direito ao pluralismo. Aceitar e garantir todas as formas de manifestação social e tolerar a diferença, garantindo com que ela possa, plenamente, apresentar-se como tal, é uma das funções dos direitos fundamentais de quarta dimensão.

É importante destacar que há quem defenda que não há razão de haver a divisão dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações. É que não existem diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos fundamentais, o que determina a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre os direitos sociais e de liberdades e garantias, aplicando-se de forma imediata todas as normas constitucionais, a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais.¹¹

A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

José Afonso da Silva conceitua os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem, sendo eles prestações positivas proporcionadas direta ou indiretamente pelo Estado, constantes de normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais necessitados e que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais. Ligam-se, portanto, ao direito de igualdade. *“Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”*.¹²

Gomes Canotilho, quando fala da constituição social, assevera que ela servirá para designar o conjunto de direitos e princípios de natureza social, formalmente constantes da Constituição. A Constituição social não se reduz a um conceito extraconstitucional, é, sim, um amplo conceito que envolve os princípios fundamentais daquilo que se chama de direito social.¹³

Os direitos sociais apelam para uma democracia econômica e social em um duplo sentido. Em primeiro lugar são direitos de todos e de todas as pessoas residentes no país (Canotilho refere-se a Portugal), sendo eles, segurança social, saúde, habitação, ambiente e qualidade de vida; em segundo lugar pressupõem um tratamento preferencial para as pessoas que, em virtude de condições econômicas, físicas ou sociais, não podem desfrutar destes direitos. Canotilho coloca um terceiro sentido, o da democracia econômica e social, no campo dos direitos sociais: *“a tendencial igualdade dos cidadãos no que respeita às prestações sociais”*.¹⁴

¹⁰ REIS, Jorge Renato dos, “A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado”. cit., p. 997/998.

¹¹ SCHÄFER, Jairo Gilberto, “A indivisibilidade dos direitos fundamentais e a efetividade dos direitos sociais”. Em *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, Sandra Regina Martini Vial (coordenadora), Mônia Clurissa Hennig Leal, Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal, Porto Alegre: Evangraf, 2005, p. 123.

¹² SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 17. ed., 2000, p. 289/290.

¹³ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 347/348.

¹⁴ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 348.

Os direitos sociais estão elencados no artigo 6º da Constituição brasileira de 1988¹⁵, na Parte I, Título III, Capítulo II da Constituição portuguesa de 1976¹⁶ e no Título I, Capítulo III da Constituição espanhola de 1978¹⁷.

No caso do Brasil, inicialmente, os direitos sociais estavam localizados junto à ordem social. Com a Constituição de 1988, isso passou a ser diferente, existindo o capítulo próprio dos direitos sociais (capítulo II do título II) e da ordem social (título VIII). Isso, contudo, não quer dizer que a separação seja radical. O artigo 6º da Constituição brasileira de 1988 diz que são direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. A forma a que se refere este artigo é trazida no título da ordem social que tem como “base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.¹⁸¹⁹

Os direitos econômicos e sociais, de segunda geração, não são de fácil diferenciação, pois há quem entenda que os direitos dos trabalhadores são espécies de direitos econômicos, já que o trabalho é um dos componentes da produção. A Carta, contudo, coloca os direitos dos trabalhadores como direitos sociais e o trabalho como base da ordem social.²⁰

O certo é que, antes de tudo, são eles direitos fundamentais do homem e consistem em prestações positivas²¹ proporcionadas direta ou indiretamente pelo Estado, constantes em normas constitucionais, que possibilitem melhoria na condição de vida e maior conforto e dignidade aos mais necessitados, tendendo a haver igualdade entre os desiguais.²²

Alexy aduz que os direitos de defesa do cidadão frente ao Estado são direitos negativos (omissivos) por parte do mesmo Estado. Sua contrapartida são, segundo ele, os direitos a ações positivas do Estado, chamados direitos sociais, como por exemplo os direitos à assistência social, trabalho, educação, entre outros.²³

Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que o cidadão tem direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes, podendo ele Estado dispor destes recursos. Contudo, não há como se aceitar que estes direitos estejam sujeitos tão somente

¹⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁶ Direitos e deveres sociais.

¹⁷ DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA.

¹⁸ Artigo 193 da Constituição brasileira de 1988.

¹⁹ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 288.

²⁰ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 289.

²¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Lisboa: Almedina, 2005, p. 182, para quem os direitos sociais são “direitos a prestações (como direitos a prestações de facto positivo)”, em contrapartida a direitos de defesa, também conhecidos no constitucionalismo português como “direitos, liberdades e garantias”. Aqui, no mesmo sentido, WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 4. ed., 2004, p. 205.

²² SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 289.

²³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 419/420.

à possibilidade de recursos disponíveis, sendo que o que pretende a norma fundamental é a implementação gradual destes direitos, observada a reserva do possível. Não é o que ocorre com os direitos e garantias individuais (liberdades e garantias) onde não há a necessidade de atuação por parte do Estado (abstenção) ou quando a atuação diga respeito a atividades tradicionais como, por exemplo, a segurança e a justiça.²⁴

Certo é que o bem-estar social é uma das finalidades do Estado, não podendo, ao contrário da justiça e segurança, ser monopólio dele, *“sob pena de asfixia da liberdade social, admitindo-se, por isso, graus diversos de intervenção que devem ser objecto de decisão política dos órgãos democraticamente eleitos, sujeita ao escrutínio popular”*.²⁵

Lembra Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos fundamentais sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação pelas desigualdades sociais, *“o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada”*. Ademais, estes direitos buscam uma igualdade real para todos, atingível somente quando se elimina as desigualdades, e não por meio de uma igualdade desprovida de liberdade, podendo firmar-se neste contexto que, em certa medida, *“a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais”*.²⁶ Note-se que os direitos fundamentais sociais e os direitos de liberdade não estão em posição antagônica, pois que ambos são direitos fundamentais e se baseiam no fundamento da dignidade da pessoa humana que se concretiza proporcionalmente ao aumento da liberdade e da diminuição dos privilégios para todos.²⁷

Como se vê, não há democracia sem a concretização dos direitos sociais e sem a busca incessante de uma igualdade material, com redução significativa das desigualdades sociais e regionais, escola pública organizada e satisfatória, acesso amplo à cultura e aos direitos de proteção ao trabalho.

Neste instante, necessárias algumas considerações sobre os direitos sociais na Espanha e, após, no âmbito das relações laborais.

DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

Os direitos fundamentais, na Constituição espanhola de 1978, fazem-se presentes no Título I da Carta, artigos 10 a 55. Integram tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais. O sistema de garantias, contudo, privilegia os direitos relacionados e umbilicalmente ligados à liberdade em detrimento daqueles que mantêm relação com a igualdade.²⁸

²⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 190/191.

²⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 192.

²⁶ WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 214.

²⁷ WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 215.

²⁸ COSTA, Marli M. M. da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008, p. 197.

Os direitos sociais estão elencados no artigo 6º da Constituição brasileira de 1988¹⁵, na Parte I, Título III, Capítulo II da Constituição portuguesa de 1976¹⁶ e no Título I, Capítulo III da Constituição espanhola de 1978¹⁷.

No caso do Brasil, inicialmente, os direitos sociais estavam localizados junto à ordem social. Com a Constituição de 1988, isso passou a ser diferente, existindo o capítulo próprio dos direitos sociais (capítulo II do título II) e da ordem social (título VIII). Isso, contudo, não quer dizer que a separação seja radical. O artigo 6º da Constituição brasileira de 1988 diz que são direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. A forma a que se refere este artigo é trazida no título da ordem social que tem como “base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.¹⁸¹⁹

Os direitos econômicos e sociais, de segunda geração, não são de fácil diferenciação, pois há quem entenda que os direitos dos trabalhadores são espécies de direitos econômicos, já que o trabalho é um dos componentes da produção. A Carta, contudo, coloca os direitos dos trabalhadores como direitos sociais e o trabalho como base da ordem social.²⁰

O certo é que, antes de tudo, são eles direitos fundamentais do homem e consistem em prestações positivas²¹ proporcionadas direta ou indiretamente pelo Estado, constantes em normas constitucionais, que possibilitem melhoria na condição de vida e maior conforto e dignidade aos mais necessitados, tendendo a haver igualdade entre os desiguais.²²

Alexy aduz que os direitos de defesa do cidadão frente ao Estado são direitos negativos (omissivos) por parte do mesmo Estado. Sua contrapartida são, segundo ele, os direitos a ações positivas do Estado, chamados direitos sociais, como por exemplo os direitos à assistência social, trabalho, educação, entre outros.²³

Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que o cidadão tem direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes, podendo ele Estado dispor destes recursos. Contudo, não há como se aceitar que estes direitos estejam sujeitos tão somente

¹⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁶ Direitos e deveres sociais.

¹⁷ DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA.

¹⁸ Artigo 193 da Constituição brasileira de 1988.

¹⁹ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 288.

²⁰ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 289.

²¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Lisboa: Almedina, 2005, p. 182, para quem os direitos sociais são “direitos a prestações (como direitos a prestações de facto positivo)”, em contrapartida a direitos de defesa, também conhecidos no constitucionalismo português como “direitos, liberdades e garantias”. Aqui, no mesmo sentido, WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 4. ed., 2004, p. 205.

²² SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 289.

²³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 419/420.

à possibilidade de recursos disponíveis, sendo que o que pretende a norma fundamental é a implementação gradual destes direitos, observada a reserva do possível. Não é o que ocorre com os direitos e garantias individuais (liberdades e garantias) onde não há a necessidade de atuação por parte do Estado (abstenção) ou quando a atuação diga respeito a atividades tradicionais como, por exemplo, a segurança e a justiça.²⁴

Certo é que o bem-estar social é uma das finalidades do Estado, não podendo, ao contrário da justiça e segurança, ser monopólio dele, “*sob pena de asfixia da liberdade social, admitindo-se, por isso, graus diversos de intervenção que devem ser objecto de decisão política dos órgãos democraticamente eleitos, sujeita ao escrutínio popular*”.²⁵

Lembra Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos fundamentais sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação pelas desigualdades sociais, “*o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada*”. Ademais, estes direitos buscam uma igualdade real para todos, atingível somente quando se elimina as desigualdades, e não por meio de uma igualdade desprovida de liberdade, podendo firmar-se neste contexto que, em certa medida, “*a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais*”.²⁶ Note-se que os direitos fundamentais sociais e os direitos de liberdade não estão em posição antagônica, pois que ambos são direitos fundamentais e se baseiam no fundamento da dignidade da pessoa humana que se concretiza proporcionalmente ao aumento da liberdade e da diminuição dos privilégios para todos.²⁷

Como se vê, não há democracia sem a concretização dos direitos sociais e sem a busca incessante de uma igualdade material, com redução significativa das desigualdades sociais e regionais, escola pública organizada e satisfatória, acesso amplo à cultura e aos direitos de proteção ao trabalho.

Neste instante, necessárias algumas considerações sobre os direitos sociais na Espanha e, após, no âmbito das relações laborais.

DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

Os direitos fundamentais, na Constituição espanhola de 1978, fazem-se presentes no Título I da Carta, artigos 10 a 55. Integram tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais. O sistema de garantias, contudo, privilegia os direitos relacionados e umbilicalmente ligados à liberdade em detrimento daqueles que mantêm relação com a igualdade.²⁸

²⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 190/191.

²⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 192.

²⁶ WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 214.

²⁷ WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 215.

²⁸ COSTA, Marli M. M. da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008, p. 197.

Marli Marlene da Costa e Nuria Bellosó Martín justificam que esta quebra de unidade parece uma consequência da diferença entre o “*que se considera liberdade individual, enquanto esfera de interesse privado, cujo desfrute se acredita garantido por meio da mera autolimitação estatal, e o que se entende como direito social, enquanto esfera do interesse coletivo, que requer, para o seu exercício e tutela, a criação dos correspondentes serviços por parte dos poderes públicos*”.²⁹

Contudo, o que deve ser ressaltado é que a questão não está fechada dentro da doutrina espanhola. Há polêmica sobre o tema de os direitos sociais serem ou não fundamentais. Para as autoras os direitos do Capítulo III da Constituição espanhola de 1978 têm todos os requisitos para serem considerados fundamentais. São eles direitos humanos positivados na Constituição e que gozam de garantias jurídicas, ainda que diversas daqueles relacionados com a liberdade.³⁰

As autoras prosseguem e asseveram que:

“Os argumentos que podem esgrimir-se a favor da tese dos direitos sociais como fundamentais na Constituição, podem se deduzir de sua própria inserção no Título I que trata “Dos Direitos e Deveres Fundamentais”. É a própria Constituição que define todos os direitos e deveres contidos no Título I como fundamentais e alude a isso, literalmente, quando enuncia o Capítulo IV do citado Título como “garantias das liberdades e Direitos Fundamentais”, apresentando ali os diversos instrumentos de proteção dos direitos mostrados nos distintos capítulos e seções do Título”.³¹

Note-se que uma interpretação restritiva acabaria desembocando no resultado de manter unicamente parte dos direitos e liberdades do Título I entre os fundamentais, ficando os demais na condição de acessórios. É por esta razão que as autoras aduzem que a diferença entre os meios de tutela não implica negar a condição de direitos fundamentais a todo aquele rol de direitos do Título I da Constituição espanhola de 1978, mas implica no reconhecimento realista por parte do constituinte dos “*diferentes pressupostos econômico-sociais e técnico-jurídicos que concorrem na respectiva implantação das liberdades individuais*”.³²

De outro lado, ousa-se, neste item, a dizer que os direitos fundamentais sociais estão relacionados ao direito ao desenvolvimento.

Sobre o direito ao desenvolvimento, Peces-Barba assevera que ele se apresenta no âmbito da Comunidade internacional, numa dialética entre países ricos e pobres. Mais adiante, ensina que este direito se decompõe no direito que assegura a cada homem uma vida digna com casa, seguridade social, saúde, educação, entre outros.

²⁹ COSTA, Marli M. M. Da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 198.

³⁰ COSTA, Marli M. M. Da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 199.

³¹ COSTA, Marli M. M. Da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 199.

³² COSTA, Marli M. M. Da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 199.

É, para o autor, um direito coletivo dos povos e nações e contém aqueles direitos individuais de que depende uma vida digna. *“La dignidad como raíz de la moralidad, y la independencia o la autonomía como su meta, serían compatibles con la pretensión moral del derecho al desarrollo, como derecho de los grupos, de los pueblos y de las naciones, solo como expresión de las pretensiones de los individuos que los componen”*.³³

Para melhor justificar seu posicionamento, Peces-Barba mostra que, no âmbito interno, o artigo 2º da Constituição espanhola reconhece e garante a solidariedade entre regiões e que o artigo 138.1 do mesmo diploma jurídico desenvolve o tema ao garantir a realização efetiva do princípio da solidariedade, buscando o estabelecimento de um equilíbrio econômico adequado e justo entre as diversas partes do território espanhol. Acrescenta, ainda, que no artigo 40, a Constituição sinaliza que os poderes públicos promoverão condições favoráveis para o progresso econômico e social e para uma distribuição de renda regional e pessoal mais igual, sendo este o espírito que o autor chama de princípio do desenvolvimento.³⁴

Acrescente-se aos fundamentos supra o que ensina Teresa Vicente Giménez para quem:

“El avance histórico de los derechos humanos descansa hoy en el reconocimiento, la efectividad y la exigibilidad de los derechos sociales, del mismo modo que ocurrió en otro momento histórico con los derechos civiles y, más tarde con los derechos políticos, que consiguieron una base jurídica suficiente para realizar los derechos humanos, enunciados entonces como punto de partida. En la actualidad, el proceso de de realización histórica de los derechos sociales requiere de la adopción de medidas en el plano interno y en el plano internacional, porque la mejora de las condiciones de vida de la humanidad, de las gentes y de los pueblos, exige una acción conjunta y solidaria”.³⁵

Daí, reforçado pelo que está dito por Marli Marlene da Costa e Nuria Belloso Martín, há como se entender que os direitos sociais têm caráter fundamental. E isso se justifica pelo fato de alçarem o ser humano a uma condição digna de vida e existência, com a redução das desigualdades existentes, a fim de promover o bem-estar de todos, para o progresso conjunto da coletividade.

De outra face, é interessante que se diga que a interpretação dos direitos fundamentais vincula-se a uma teoria dos direitos fundamentais e esta a uma teoria da Constituição e ambas a uma concepção de Estado, da Constituição e da cidadania, tendo por base uma ideologia sem a qual os conceitos antes traçados ficam sem qualquer sentido. Daí surge a massa teórica que faz a legitimidade da Constituição e

³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Colección Cursos, Madrid; Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1ª reimpresión; 1999, p. 188/189.

³⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., p. 190/191.

³⁵ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia; Publicaciones Universidad de Valencia, 2006, p. 102.

dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores de ordem democrática do Estado de Direito, onde *“jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição”*.³⁶

Assim, fugindo de uma hermenêutica tradicional, a concretização dos direitos fundamentais deve dar-se levando em conta o conteúdo da norma fundamental, seu alcance e interesse da sociedade e de quem busca a proteção, tendo em mente o intérprete tratar-se de norma com natureza de princípio, e que deve ser sempre ampliada em benefício da coletividade que, ao final, é quem ela protege.

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES LABORAIS

Os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais se diferenciam dos direitos sociais em geral. Os primeiros são uma categoria específica destes e se diferem dos demais que dizem respeito a toda a coletividade, já que são restritos aos trabalhadores (empregados), tendo como destinatários os empregadores. Note-se que os direitos sociais prestacionais encontram-se vinculados às tarefas exercidas pelo Estado Social, que busca a melhor forma de distribuir e redistribuir a renda.³⁷

Os direitos dos trabalhadores, conforme a Constituição brasileira de 1988, são de duas ordens fundamentalmente: direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho, artigo 7º da Constituição de 1988, como por exemplo *“gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos um terço a mais do que o salário normal (inciso XVII)”*; e direitos coletivos dos trabalhadores, artigos 8º a 11º, exercidos coletivamente ou no interesse de uma coletividade, tais como o direito à associação sindical, greve, entre outros.³⁸

Vieira Andrade coloca os direitos dos trabalhadores como de mesma categoria aos direitos, liberdades e garantias, embora estejam sujeitos a um regime constitucional diverso (direitos sociais). São negativos, portanto direitos à abstenção. Ressalta o autor, mais adiante, que vários direitos sociais, e inclui-se aqui especialmente os dos trabalhadores, acabam por apresentar uma determinação intensa de conteúdo, hipótese em que seu regime substancial (embora não o orgânico) aproxima-se por força do princípio da constitucionalidade, do regime de aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias. Conclui ele que há direitos sociais, portanto, e neste se encaixam bem os dos trabalhadores, que têm natureza de direitos negativos, liberdades e garantias.³⁹

Note-se que as considerações acima fazem com que se possa concluir que é dispensável qualquer norma que regulamente os direitos sociais dos trabalhadores, como por exemplo a do inciso XXI do artigo 7º da Constituição brasileira⁴⁰, entre outras.

³⁶ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 581.

³⁷ WOLFGANG SARLET, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 214/222.

³⁸ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 291.

³⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 385/386.

⁴⁰ Art. 7º (...); XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

E não haveria de ser diferente, pois se assim não fosse, chegar-se-ia ao absurdo de concluir-se que os direitos de primeira dimensão teriam que, também, para ser efetivamente exercidos, fomentados por lei ou políticas públicas. Uma coisa é o direito a prestações. Outra são os direitos sociais negativos como os dos trabalhadores, que prescindem de qualquer norma ou política pública para se fazerem valer, frente ao tomador do trabalho ou empregador.⁴¹

Interessante, ainda, destacar que o problema dos direitos sociais, onde se inclui os dos trabalhadores, não é apenas colocá-los nas Constituições, mas sim evitar que virem meros enunciados teóricos, sem reflexos na vida prática dos titulares, apenas promessas de incerto cumprimento, consoante lembra Calamandrei.⁴²

Não menos importante para os direitos dos trabalhadores é o fato de as normas de direitos fundamentais em sentido material, aquelas que, apesar de estarem fora do catálogo dos direitos e garantias fundamentais, em virtude de seu grau de importância e conteúdo, podem ser equiparadas, formalmente aos direitos fundamentais.⁴³ Isso faz com que os artigos 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁴ tenham, também, materialmente, natureza de direitos fundamentais. É que consideram, respectivamente, como nulos de pleno direito os atos que visem a fraudar, impedir ou desvirtuar a aplicação dos preceitos constantes da Consolidação e que são lícitas apenas as alterações nos contratos individuais de emprego por mútuo consentimento e desde que não acarretem prejuízo ao trabalhador. São, portanto, normas materialmente constitucionais, relacionadas ao que dispõe o artigo 7º, cabeça, da CF/88 e ao princípio da proteção.

Ainda, merece referência o que diz Luño sobre os direitos dos trabalhadores no âmbito da Constituição espanhola. Para ele:

“La Constitución española de 1978 reconoce una serie de derechos sociales, de marcada significación laboral, cada uno de los cuales corresponde a una fase característica del movimiento sindicalista

(...)

e) Se consagra el derecho y el deber al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades personales y familiares del trabajador (art. 35.1). En consonancia con tal reconocimiento, los poderes públicos se comprometen a fomentar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1).

⁴¹ Sobre isso recomenda-se a leitura de Karl Engisch, que aduz que as normas jurídicas são imperativos, divididos em imperativos hipotéticos, bons conselhos de como proceder e categóricos, ou seja, que diz o que se deve fazer e a forma de proceder em determinado caso, uma conduta necessária por si mesma, sem referência a outro fim possível. ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 48/49.

⁴² SCHÄFER, Jairo Gilberto, *Classificação dos direitos fundamentais. Do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 51.

⁴³ SCHÄFER, Jairo Gilberto, *Classificação dos direitos fundamentais (...)*, cit., p. 36.

⁴⁴ Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade de cláusula infringente desta garantia.

f) Se garantiza el mantenimiento de un régimen público de seguridad social (art. 41); la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de la jornada laboral, y otros”.⁴⁵

Por fim, pelo versado até aqui, não há como concordar com Bulos⁴⁶, para quem os direitos contidos no artigo 7º da Constituição são taxativos, pois que a norma constitucional, na cabeça do artigo preceitua “*além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”, não se podendo restringir a apenas trinta e quatro incisos e um parágrafo único os direitos fundamentais dos trabalhadores, sem a possibilidade e qualquer ampliação que vise à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

CONCLUSÃO

Conclui-se este breve trabalho apontando o que segue:

1. os direitos sociais são, em verdade, direitos fundamentais sociais em razão de representarem eles normas de direitos humanos e que têm por objetivo a melhoria da condição social da população e a redução das desigualdades sociais e regionais, tanto no Brasil quanto na Espanha;

2. os direitos dos trabalhadores são direitos fundamentais sociais, de aplicação imediata, isso frente a nova ordem constitucional que consagra os direitos fundamentais e a regra-princípio da dignidade humana como alicerces do Estado Democrático de Direito; e

3. os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, constantes do artigo 7º da Constituição brasileira de 1988, não são “*numerus clausus*”, isso por força do que preceitua a cabeça do artigo referido neste item.

Com estas considerações, espera-se ter contribuído para o debate acerca dos direitos fundamentais em especial dos fundamentais-sociais.

FONTES

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2004.

COSTA, Marli M. M. Da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado, Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 9. ed., 2004.

GODINHO DELGADO, Mauricio, “Direitos fundamentais na relação de trabalho”. *LTr. Legislação do Trabalho*, São Paulo: LTr, Ano 70, junho/2006.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, Lisboa: Almedina, 7. ed., 2003.

LAFER, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Em discurso de posse do Ministro Celso Melo como Presidente do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵ PEREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Temas clave de la Constitución española, Madrid: Ed. Tecnos, 9. ed., 2007, p. 195.

⁴⁶ LAMMÊGO BULOS, Uadi, *Constituição federal anotada*, São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2005, p. 427.

- LAMMÊGO BULOS, Uadi, *Constituição federal anotada*, São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2005.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Colección Cursos, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1ª reimpresión; 1999.
- PEREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Temas clave de la Constitución española, Madrid: Ed. Tecnos, 9. ed., 2007.
- REIS, Jorge Renato dos, "A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado", Em *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*, Tomo 4, Organizadores Rogério Gesta Leal e Jorge Renato dos Reis, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- SCHÄFER, Jairo Gilberto, "A indivisibilidade dos direitos fundamentais e a efetividade dos direitos sociais". Em *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, Sandra Regina Martini Vial (coordenadora), Mônia Clarissa Hennig Leal, Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal, Porto Alegre: Evangraf, 2005.
- SCHÄFER, Jairo Gilberto, *Classificação dos direitos fundamentais. Do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 17. ed., 2000.
- VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia: Publicaciones Universidad de Valencia, 2006.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Lisboa: Almedina, 2005.
- WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 4. ed., 2004.