

# **Direitos fundamentais**

**Paola Cantarini**

Especialista em Direito Constitucional e Direitos Humanos. Mestre em Direito Comercial pela PUCSP, doutoranda em direito pela PUCSP, em filosofia do direito. Professora universitária UniFMU. UNIP.

# ***Fundamental rights***

**Paola Cantarini**

## **RESUMO**

O presente artigo parte da análise do conceito de direitos fundamentais e sua ligação com os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, passando-se à análise da questão da colisão entre direitos fundamentais e do mínimo existencial ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

São, outrossim, abordadas as principais classificações dos direitos fundamentais quanto às gerações ou dimensões.

Por derradeiro, visou-se traçar alguns aspectos favoráveis e desfavoráveis quanto a renúncia e a transação no direito do trabalho, e a questão da flexibilização do direito do trabalho (das condições de trabalho), concluindo-se pela possibilidade de flexibilização dos direitos fundamentais sociais (direitos trabalhistas) apenas nos casos expressos previstos pela própria Constituição Federal, devendo ser assegurados a todos uma existência digna e saudável, segundo os padrões da Organização Mundial da Saúde.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Direitos fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial.

## ***ABSTRACT***

This article is part of the analysis of the concept of fundamental rights and its link with the principles of proportionality and human dignity, passing to the analysis of the issue of conflict between fundamental rights and the existential minimum or essential content of fundamental rights.

They are, moreover, addressed the main classifications of fundamental rights as the generations or dimensions.

For the last, aimed to draw some favorable and unfavorable aspects about the resignation and the transaction in labor law, and the issue of flexibility of labor law (working conditions), concluding the possibility of relaxation of fundamental social rights (rights labor) only in cases expressly provided by the Federal Constitution, should be ensured to all a dignified and healthy by the standards of the World Health Organization.

## SUMÁRIO

Introdução.

1. Conceito e finalidade dos direitos fundamentais.

2. Classificação dos direitos fundamentais segundo Willis Santiago Guerra Filho.

3. Classificação dos direitos fundamentais segundo Alexandre de Moraes.

4. Classificação dos direitos fundamentais segundo Paulo Bonavides – a quinta geração dos direitos fundamentais.

4.1. A sexta geração dos direitos fundamentais – direito à água potável.

5. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais.

6. Conflitos entre direitos fundamentais – o núcleo mínimo existencial intangível.

7. A questão dos direitos fundamentais sociais e a flexibilização do direito do trabalho.

Considerações finais - A nova hermenêutica constitucional (o neo-constitucionalismo ou pós-positivismo) - a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e axial do Estado Democrático de Direito.

## Introdução

### 1. Conceito e finalidade dos direitos fundamentais

Segundo parte da doutrina, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, contudo, apesar de tal conceito abranger os direitos fundamentais do ponto de vista histórico (empírico), não seria este o mais completo e preciso, já que nem todos os direitos humanos são direitos fundamentais e nem todos os direitos fundamentais são direitos humanos.

Os direitos fundamentais não se confundem com os direitos humanos, a não ser quanto sua análise histórica (empírica), nem com os direitos da personalidade já que os direitos fundamentais se manifestam de forma indireta, reflexa, nem com os direitos subjetivos públicos, pois nem todo direito subjetivo público é direito fundamental.

Willis Santiago Guerra Filho ao tratar das dimensões dos direitos fundamentais, partindo da dimensão analítica traz a distinção entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, entendendo os primeiros como manifestações positivas do Direito e os segundos como pautas ético-políticas em uma dimensão suprapositiva, além do caráter internacional apenas dos direitos humanos, diferenciando direitos fundamentais, direitos de personalidade e direitos subjetivos, *in verbis*:

*(...) de um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos*

*humanos, enquanto pautas ético-políticas, direitos morais, situados em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de Direito interno.*

*A recente reforma constitucional do Poder judiciário, ocorrida em nosso País, por força da Emenda Constitucional de número 45 de 08.12.2004, de certa maneira, consagra esta distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, ao acrescentar um quinto parágrafo ao art. 10 da Constituição da República, (...) Nota-se aí, a característica dos direitos humanos, de terem uma vocação universalista, internacional, ao contrário dos direitos fundamentais assentados em uma ordem jurídica interna“..*

Segundo Robert Alexy, os “direitos fundamentais independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização” , sendo conceituados, a partir de três perspectivas:

*(...) da perspectiva do titular de um direito fundamental as normas de direitos fundamentais apresentam-se, dentre outras, como normas que outorgam permissões (...); esses poucos exemplos já demonstram o quão abrangente e multifacetado é aquilo que se pode reunir no conceito de direito fundamental completo. As normas e posições mencionadas podem ser divididas a partir de três perspectivas: 1) de acordo com as posições de que se trate no sistema de posições jurídicas fundamentais; 2) segundo seu grau de generalidade; e 3) segundo se trate de posições com caráter de*

*regra ou de princípio, ou, respectivamente, de posições definitivas ou prima facie(...). há quatro coisas que podem ser chamadas de direito fundamental completo: 1) um feixe de posições definitivas; 2) um feixe de posições definitivas, incluindo as relações que existem entre elas; 3) um feixe de posições definitivas e prima facie, incluindo as relações que existem entre elas. (...). um direito fundamental completo é, por essa razão, um feixe de posições definitivas e prima facie, relacionadas entre si por meio das três formas apresentadas e que são atribuídas a uma disposição de direito fundamental.*

*(...)de acordo com a interpretação liberal clássica direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado (...).*

*(...) segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito e, que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.*

São os direitos fundamentais o conteúdo essencial de uma Constituição, havendo uma nítida interdependência entre os mesmos, tendo por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, e por finalidade primeira o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade.



De acordo com a Constituição Federal de 1988 a classificação adotada ao tratar dos direitos e garantias fundamentais em seu título II, foi a subdivisão dos mesmos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Willis Santiago Guerra Filho considera também como direitos fundamentais, além dos direitos fundamentais em sentido estrito, os direitos fundamentais em sentido amplo, as garantias fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua os direitos fundamentais como ordem de valores objetivada na e pela Constituição Federal:

*(...) os direitos fundamentais (e os sociais não fogem à regra) expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição.*

*(...) assim, com base no nosso direito constitucional positivo, e integrando à perspectiva material e formal já referida, entendemos que direitos fundamentais podem, ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material) integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidades dos poderes constituídos (fundamentalidade formal) bem como as que pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo ou não, assento na Constituição formal (...).*

## **2. Classificação dos direitos fundamentais segundo Willis Santiago Guerra Filho**

Willis Santiago Guerra Filho ao invés de usar a expressão gerações de direitos fundamentais usa a expressão dimensões, assim como Paulo Bonavides, vez que os direitos da geração posterior pressupõem o cumprimento dos direitos das gerações anteriores, além do fato das gerações anteriores não desaparecerem com o surgimento das novas, expondo com propriedade:

*(...) ao invés de “gerações” é melhor se falar em “dimensões”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, (...)(...) A primeira dimensão (geração) é aquela em que aparecem as chamadas liberdade públicas, “direitos de liberdade”, que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omite-se de interferir em uma sua esfera juridicamente intangível. Com a segunda dimensão (geração) surgem direitos sociais a prestações pelo Estado para suprir carências da coletividade. Já na terceira dimensão (geração) concebem-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento.*

### **3. Classificação dos direitos fundamentais segundo Alexandre de Moraes**

Alexandre de Moraes apresenta classificação moderna dos direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser institucionalmente reconhecidos.

#### **1. direitos fundamentais de primeira geração:**

*(...) são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades políticas), surgidos institucionalmente com base na Magna Charta de 1215; são os direitos civis e políticos, que compreendem as liberdades clássicas negativas ou formais - surgem com a ideia de Estado de Direito, submisso a uma ordem constitucional. O escopo é a proteção do indivíduo perante o Estado. São direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como por exemplo, vida, dignidade, honra, liberdade (art. 5º).*

#### **2. direitos fundamentais de segunda geração:**

*(...) são os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no início do século XX (trabalho, seguro social, subsistência, amparo à doença, à velhice, etc.); se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas; a evolução da proteção da dignidade humana consagrou a fase dos direitos fundamentais de segunda geração. O objetivo é conferir condições mínimas ao exercício de uma vida digna, devendo o Estado fazer-se presente, mediante prestações concretas que afastem qualquer afronta à dignidade da vida. São as*

*liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social (art. 6º).*

3. direitos fundamentais de terceira geração:

*(...) são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade – direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.*

4. Direitos fundamentais de quarta geração:

*(...) diante dos avanços tecnológicos e das descobertas científicas sobre transformações no código genético de plantas, animais e microorganismos, por meio de engenharia genética (...).*

#### **4. Classificação dos direitos fundamentais segundo Paulo Bonavides – a quinta geração dos direitos fundamentais**

1. Direitos fundamentais da primeira geração – DIREITOS INDIVIDUAIS – direitos da liberdade - direitos civis e políticos – em um processo dinâmico e ascendente, com concretizações parciais e progressivas, com um espaço sempre aberto a novos avanços; tem por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado; são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (status negativo da classificação de Jellinek);

2. Direitos fundamentais da segunda geração – DIREITOS SOCIAIS - direitos sociais, culturais e econômicos, direitos coletivos ou de coletividades (prestações materiais);

3. Direitos fundamentais da terceira geração – DIREITOS DOS POVOS – Surgem da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento. Assenta-se sobre a fraternidade; são os direitos referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade;

4. Direitos fundamentais de quarta geração – DIREITOS UNIVERSAIS - direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo;

5. Direitos fundamentais de quinta geração – O direito à paz, devendo ser trasladado da terceira para a quinta geração de direitos fundamentais.

#### **4.1. A sexta geração dos direitos fundamentais – direito à água potável**

Tal direito é destacado por Zulmar Fachin, ressaltando inclusive que um quinto da população atual não tem acesso à água potável e que tal direito já está positivado nas Constituições Federais da Bolívia e do Equador, além de previsão expressa no Relatório de Desenvolvimento Humano publicado pela ONU.

### **5. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais**

O princípio da proporcionalidade possui ligação indispensável com os direitos fundamentais, quando houver uma colisão destes no caso concreto, sendo considerado tal princípio por Rizzatto Nunes como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana a ser utilizado nos casos concretos, possibilitando a realização da Justiça.

Wilson Steinmetz ao tratar do princípio da proporcionalidade traz a regra da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Willis Santiago Guerra Filho, da mesma forma, ao tratar do princípio da proporcionalidade, traz o entendimento do respeito ao núcleo essencial que estaria compreendido no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, segundo Willis Santiago Guerra Filho a busca de uma solução de compromisso exige que o mínimo a que um princípio deve ser respeitado, o núcleo ou conteúdo essencial ou conteúdo intangível dos direitos fundamentais que jamais poderia ser violado, ou ceder sob forma alguma, que corresponde ao princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana possui dupla função: de

limitar direitos fundamentais e de coibir restrições excessivas, por meio da configuração do mínimo existencial.

Além disso, mesmo em havendo desvantagens para o interesse de pessoas, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível.

## **6. Conflitos entre direitos fundamentais – o núcleo mínimo existencial intangível (núcleo ou conteúdo essencial ou conteúdo intangível)**

Destacam-se como teorias acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, as teorias que relacionam a garantia do conteúdo essencial a uma situação subjetiva ou a uma situação objetiva de regulação constitucional, e as teorias em sentido absoluto e em sentido relativo.

As teorias subjetivas acerca do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas. A teoria relativa estatui que será conteúdo essencial o que restar após o devido sopesamento realizado; segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo inviolável em hipótese alguma.

Robert Alexy entende que a garantia do conteúdo essencial:

*(..) não cria em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade,*

*fornece ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima.*

Ingo Wolfgang Sarlet possui uma posição relativa acerca da dignidade da pessoa humana, entendendo que sendo este ao mesmo tempo um princípio e regra que não poderia ter o caráter absoluto, apesar de considerar tal princípio em posição de destaque no topo da hierarquia das normas, sendo ainda um princípio aberto, em constante construção.

Admite o autor haver algumas condições nas quais o princípio da dignidade assume precedência em face dos demais princípios, bem como ressalta a existência de doutrina germânica que considera o princípio da dignidade da pessoa humana um pouco mais elevado do que os demais princípios, questionando a coerência lógica do pensamento de Robert Alexy neste ponto.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet no mínimo em dignidade humana estaria englobado o direito à alimentação, à saúde e à educação, entendendo por mínimo existencial (condições mínimas para uma existência digna), o que garanta não apenas a sobrevivência física da pessoa, mas que possibilite a sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com qualidade. Este mínimo essencial então englobaria os próprios direitos sociais específicos, como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, dentre outros.

Apesar de tais posições, acaba por concluir o autor ser, contudo, impossível de se estabelecer a priori, de forma taxativa um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas, o que leva à conclusão que a solução do conteúdo acerca do mínimo existencial deverá ser buscada em cada caso concreto.



## **6. A questão dos direitos fundamentais sociais e a flexibilização do direito do trabalho**

Diferem Willis Santiago Guerra Filho e André Araújo Molina, de um lado e de outro Ingo Wolfgang Sarlet quanto ao conceito do núcleo essencial intangível, já que os primeiros indicam a saúde e a segurança dos trabalhadores, e o último, a alimentação, a saúde, a educação, os direitos sociais, permitindo as limitações apenas com fundamento na Constituição Federal.

Com base neste segundo entendimento, fora das limitações previstas na Constituição Federal, não haveria que se falar em proporcionalidade de renúncias, transações ou leis infraconstitucionais que diminuíssem ou extinguissem tais direitos.

Outrossim, também diferem em outro aspecto: Willis Santiago Guerra Filho entende que o núcleo essencial dos direitos fundamentais seria a dignidade da pessoa humana, o mínimo vital, enquanto que Ingo Wolfgang Sarlet afirma concordar com a tese majoritária, em sentido contrário, a qual não identifica a dignidade humana com o núcleo essencial dos direitos humanos, pelo menos não necessariamente, entendendo que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, apesar de todos possuírem um núcleo essencial (cláusula pétrea); entende ainda que tal garantia restaria esvaziada em se aceitando uma identidade absoluta com o conteúdo em dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet explica seu entendimento de que os direitos fundamentais não possuem, o mesmo conteúdo em dignidade, já que dela constituem exigências e concretizações em maior ou menor grau de intensidade, além de entender existirem direitos fundamentais sem um conteúdo aferível em dignidade.

Neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet dispõe:

*(...). É justamente neste contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos ( e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições.”*

*“A tese de acordo com a qual a dignidade da pessoa humana não se identifica ( não se confunde), pelo menos não necessariamente, com o núcleo essencial dos direitos fundamentais tem prevalecido e é também por nós acolhida, seja pelo fato de estarmos convencidos de que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, mas todos possuem um núcleo essencial ( já que é vedada a sua abolição – cláusula pétrea), seja pela circunstância de que – na esteira do que sustenta a doutrina majoritária – tal garantia restaria esvaziada em se aceitando uma identidade absoluta com o conteúdo em dignidade. Neste contexto, cumpre lembrar que, muito embora não tenhamos, na Constituição de 1988, uma garantia expressa da proteção do núcleo essencial contra restrições legislativas, doutrina e jurisprudência têm reconhecido tal garantia, que, de resto, decorre da vedação expressa da abolição efetiva e tendencial dos direitos fundamentais pelo poder de reforma constitucional (art. 60, p. 4º. CF88).*

Ingo Wolfgang Sarlet, também possui divergência com o posicionamento de Wilson Steinmetz quando este traça alguns critérios *prima facie*, levando-se em consideração no caso de conflito de direitos fundamentais em uma relação horizontal (entre particulares) a existência ou não da autonomia de vontade, entendendo aquele que não se poderia estabelecer critérios de precedência *prima facie*, e que a solução necessariamente deverá ser buscada em cada caso concreto.

Wilson Steinmetz traz a seguinte proposta de primazias *prima facie*, NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS, as quais estabelecem uma certa ordem ou hierarquia fraca entre os direitos fundamentais, não sendo precedências definitivas, contudo, mas em casos de colisão exigindo a satisfação de um ônus de argumentação para que prevaleça o outro direito em confronto às primazias *prima facie*:

*(..)(1): em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual (de conteúdo pessoal) ante o princípio da autonomia privada.*

*(2): em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual (de conteúdo pessoal) ante o princípio da autonomia privada.*

*(3): em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência prima facie do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.*

*(4): em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual (de conteúdo patrimonial) ante o princípio da autonomia privada.*

Conclui o autor que:

*Portanto, somente em (3) há uma precedência prima facie em favor do princípio da autonomia privada (..) Por fim, enfatize-se que se trata de precedências (gerais) prima facie e não de precedências definitivas. Contudo, e isto também precisa ser enfatizado, o afastamento ou a inversão dessas precedências prima facie nos casos concretos de colisão exige a satisfação de um ônus de argumentação.*

Já Virgílio Afonso da Silva entende que, embora a nossa Constituição Federal possua elementos de uma teoria social-estatal, que seria possível em algumas hipóteses que os direitos fundamentais fossem, observadas algumas condições que expõe, objeto de disposição pela livre vontade de seus titulares, mas que haverá de ser observada em cada caso concreto a existência de real autonomia das partes e a existência ou não de superioridade de uma delas.

Por conseguinte entende que havendo superioridade de uma das partes restringindo a autonomia de vontade da outra, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena.

Neste aspecto o autor aponta sua discordância com Daniel Sarmiento que traz uma regra absoluta, e não verificável apenas em cada caso concreto, parecendo acompanhar a doutrina de Wilson Steinmetz, entendendo que quanto maior for a desigualdade fática entre as partes na relação entre particulares, mais intensa será a

proteção ao direito fundamental em jogo, e menor será a proteção que deverá ser dada à autonomia privada.

*(...) em uma colisão entre direitos fundamentais que tenham a estrutura de princípios, vale a chamada lei de colisão que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide...ocorre que esse raciocínio não se aplica na relação entre particulares, ..nesses casos, a análise não segue o mesmo padrão. (..) segundo Sarmiento (Daniel Sarmiento), quanto maior for a desigualdade fática entre as partes na relação entre particulares, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor será a proteção que deverá ser dada à autonomia privada (Direitos fundamentais e relações privadas, p. 303)..não se está diante de um sopesamento...o que importa, é, tão-somente o grau de desigualdade entre as partes envolvidas. Não se pode, portanto, falar em sopesamento. (..) Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito. Por desigualdade fática Sarmiento entende a existência de uma desigualdade material. (relações assimétricas não igualitárias. Dito de outra maneira, o grau de autonomia real das partes pode ser um critério válido e útil para resolver os possíveis conflitos.(..) Há, contudo, uma diferença sutil, mas fundamental, entre ambas as idéias. Sarmiento fundamenta sua assimetria por um critério estanque: sempre que houver desigualdade material,*

*haverá uma assimetria na relação entre particulares que deverá diminuir o valor da autonomia privada. Há aqui, assim entendo, uma equiparação – um pouco maniqueísta – entre uma desigualdade fática com uma desigualdade material. (...)MAIS DO QUE ISSO, e aqui surge o ponto mais importante, para Bilbao Ubillos o critério mais importante é o grau de autonomia real das partes envolvidas. Esse grau de autonomia não guarda, necessariamente uma relação com o grau de igualdade material entre essas partes. Dito de outra forma, é perfeitamente possível que em uma relação entre particulares haja um enorme grau de autonomia na escolha dos termos e condições da relação, ainda que haja uma considerável desigualdade material e de poder entre as partes. Além disso, se a resolução de colisões de princípios se resolve sempre tendo em mente o caso concreto, o que significa que toda relação de prevalência entre eles só pode ser condicionada ao próprio caso concreto, não é possível pressupor desigualdades materiais como fundamento, incondicionado, de assimetrias nas relações entre particulares, e daí concluir, também incondicionalmente, que em toda relação em que houver desigualdade material entre as partes a autonomia privada deverá ter seu peso relativizado. Como conclusão, há que ser ressaltar que o grau real de autonomia privada verificável em concreto, deve sim, ser levado em consideração na decisão do caso..sempre que houver de fato, fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia privada, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena.*

Amauri Mascaro do Nascimento dispõe sobre a necessidade do contrato de trabalho ser justo, entendendo que ainda atualmente a relação de emprego é uma relação de desequilíbrio, entre desiguais.

Assim, segundo tal autor, com o qual concordamos neste ponto, nem todas as condições de trabalho são absolutas, irremovíveis e indisponíveis, algumas podem ser relativizadas, mas não o núcleo que por sua natureza constituiu um núcleo duro, que deverá ser protegido ao máximo, permitindo-se a modificação de alguns institutos, visando à manutenção dos empregos em tempos de crise, permitindo-se a flexibilização das condições de trabalho em alguns casos.

O Direito do Trabalho Contemporâneo deverá conciliar a tutela do trabalhador, ainda sua função primeira, com o desenvolvimento econômico e tecnológico, ganhando cada vez mais relevo a teoria da função integradora do Direito do Trabalho, entendendo que este deverá conciliar e coordenar os interesses entre capital e trabalho, entre segurança e flexibilização.

São características do Direito do Trabalho Contemporâneo a ampliação do âmbito das negociações coletivas, com uma maior valorização da autonomia de vontade das partes. O conceito de norma pública absoluta seria substituído em parte pelo conceito da norma de ordem pública social, mas flexível, em alguns casos, e em outros mantendo o conceito de norma de ordem pública absoluta, sendo nesta última hipótese vedada a flexibilização, mesmo que com apoio em negociação coletiva.

Segundo Amauri Mascaro do Nascimento as convenções coletivas apesar do reconhecimento de sua maior importância pelo Direito do Trabalho Contemporâneo teria limites e somente estaria autorizada a flexibilizar as condições de trabalho somente quando a lei autorize de forma expressa a flexibilização, aceitando a renúncia a direitos por meio de negociação coletiva.

Ainda no tocante a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, mesmo que por meio de convenção coletiva, ressalta-se a posição contrária do desembargador Marcelo Papaléo de Souza do TRT-SP entendendo que de nada adiantaria a legislação protetora se fosse permitida a renúncia dos direitos trabalhistas.

Por sua vez, Sérgio Pinto Martins entende que em casos de crise seria admissível certa flexibilização das condições de trabalho em atenção ao princípio da continuidade das empresas, por negociação coletiva, mas não seria possível tal flexibilização quando diante de normas de ordem pública, que não podem ser alteradas pela vontade das partes, como no caso da norma mínima contida na Constituição e nas leis. Ou seja, entende que a flexibilização não poderá ser realizada sobre direitos mínimos assegurados ao trabalhador pela Constituição Federal, salvo nos casos em que a própria Constituição abre exceções, como nos casos dos incisos IV, XIII e XIV do art. 7º., mediante negociação coletiva.

Não seria possível a flexibilização de normas de higiene e segurança do trabalho, pois são fundamentais à saúde do empregado.

Contudo, no final conclui o autor (contrariamente às suas próprias alegações anteriores) que poderiam ser realizadas flexibilizações respeitando-se o artigo 618 da CLT, ressaltando que há entendimentos no sentido de ser tal dispositivo legal inconstitucional, pois a Constituição Federal autoriza apenas a flexibilização nos casos do artigo 7º.

Sérgio Pinto Martins, porém, ressalta a ampla possibilidade de flexibilização, nos termos do artigo 618 da CLT, contudo não sendo possível nas áreas ligadas à saúde do trabalhador, como normas sobre exames médicos, insalubridade e periculosidade, embora também destaque a ausência de poder de negociação dos sindicatos e que não há estudos científicos a confirmar que a diminuição dos encargos sociais iria contribuir para a diminuição do desemprego e da informalidade.



Cita o autor alguns exemplos de direitos dos trabalhadores ligados ao direito à saúde, e outras que seriam indisponíveis:

*(..) Podem ser consideradas normas relativas à saúde do trabalhador: a concessão dos intervalos contidos no art. 71 da CLT,...o intervalo do artigo 72 da CLT, do art. 253 da CLT, e do art. 298 da CLT, as normas relativas a exame médico, EPI, primeiros socorros, as de segurança e medicina do trabalho, (CIPA, insalubridade e periculosidade), seguridades social, salário maternidade, FGTS, organização sindical, greve.*

Amauri Mascaro do Nascimento faz ainda uma ressalva, afirmando que a doutrina dominante é a da transacionalidade e da conciliabilidade, permitindo a jurisprudência brasileira a supressão das horas extras unilateralmente pelo empregador, desde que pague uma indenização substitutiva, afirmando que tal critério de indenização substitutiva de direito alienado venha ganhando adeptos em outras matérias além das horas extras.

Contudo, tal autor entende que deve ser feita uma distinção entre duas áreas de condições de trabalho, embora afirme inexistir uma linha divisória que a rigor as separe: entre os direitos absolutos, denominados de direitos primários, e os relativos, denominados de direitos derivados. Os direitos primários seriam os direitos básicos, que se referem às condições de trabalho que por sua natureza seriam indisponíveis.

Destaca-se a classificação do mesmo autor quanto aos direitos primários trabalhistas, e, portanto, absolutos, intangíveis:

*(...) são aqueles que dão o tratamento especificado favorável à defesa de bens jurídicos de valor maior; por exemplo, a dignidade do ser humano que trabalha, a proteção da sua vida, saúde, integridade*

*física, a obrigatoriedade do descanso no trabalho...a defesa moral..., preservando o mínimo necessário para a boa concepção dos objetivos do direito do trabalho, meio ambiente do trabalho e as suas características para que permitam o desenvolvimento da atividade de quem trabalha de modo saudável e não hostil a sua pessoa. Assim, estão no centro dos direitos primários aqueles que realmente são os mais expressivos, como os enumerados, e outros que venham a ser acrescentados de igual importância para o ser humano que trabalha.*

Quanto aos direitos do trabalho derivados, acrescenta o autor, os seguintes exemplos:

*(...) funções do empregado, reduções justificadas de salário, horários de trabalho que não se confunde com jornadas de trabalho, componentes do salário, valor do salário, respeitados os imperativos das leis e das convenções coletivas, formas de estipulação de salários, participação nos lucros e resultados, concessão de utilidades salariais, tipos de jornadas de trabalho sem violação aos direitos primários, horários de início, de intervalos e de final da jornada com os mesmos cuidados, sistemas de prorrogação de horários, sistema de compensação de horários, sistemas de sobreaviso, época da concessão das férias sem violação do princípio da anualidade, licenças remuneradas ou não, treinamentos, viagens de qualificação profissional a outros países, concessões familiares além do salário-família, que é obrigatório, promoções, o modo como o trabalho profissional deve ser prestado no interesse dos objetivos da empresa e assim por diante.*

Augusto Machado de Oliveira possui o entendimento de que piso vital mínimo inviolável e, portanto, absoluto seria a exigência de uma vida com qualidade, correspondendo aos direitos consagrados no artigo 6º. da Constituição Federal.

Alexandre de Moraes traz importante decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece como cláusula pétrea o direito constitucional da licença-maternidade..

O Tribunal Superior do Trabalho possui ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL de n. 31 da SDC, não admitindo negociações coletivas *in pejus* ao trabalhador: *“não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes.”*

O Direito do trabalho não pode e não deve ser interpretado consoante as regras previstas para o direito civil, por exemplo, já que não há igualdade entre as partes contratantes, sendo um prolongamento da própria personalidade do indivíduo.

Deve ser buscada uma visão um pouco mais ampla do mínimo existencial a uma sobrevivência digna, permanecendo a regra da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, ante a ausência de equilíbrio na relação e autonomia de vontade livre dos empregados, bem como o respeito aos direitos sociais consagrados pelo texto constitucional, não se permitindo flexibilizações a não ser nos casos expressos previstos na própria Constituição Federal, que demonstra mediante a regra do artigo 7º, VI, XIII e XIV que já prevaleceu a questão de ser possível ou não a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, permitindo a mesma apenas nos casos específicos indicados, por meio de acordo ou convenção coletiva.

Neste ponto adota-se uma posição um pouco mais benéfica quanto à ampliação ao máximo (dentro do fático e do juridicamente possível) do conceito de mínimo existencial, inviolável e, portanto,

absoluto, que deve corresponder às conquistas sociais, aos direitos fundamentais sociais consagrados pela Constituição Federal, como valores fundamentais à uma existência digna saudável, por fazerem estas partes exatamente do mínimo ou núcleo inviolável, aplicando-se o princípio que veda o retrocesso quanto às conquistas sociais.

Assim, por exemplo, o salário mínimo já foi estipulado visando englobar e assegurar diversos direitos por meio do mesmo, consoante artigo 6º *caput* cc artigo 7º. IV da Constituição Federal, devendo tais direitos ser considerados dentro do mínimo existencial, núcleo intangível e absoluto, dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, a ser verificado em cada caso concreto, mas sempre com respeito a tal mínimo, vedando-se o retrocesso que prejudique este mínimo de conquistas sociais, mesmo porque não se admite redução do salário abaixo do salário mínimo, mesmo por convenção ou acordo coletivos (apesar de existir enunciado do TST prevendo a flexibilização do mínimo ao prever o mínimo proporcional – metade do valor correspondendo à metade da jornada de trabalho normal).

Destarte, o salário mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básicas e às da família do trabalhador: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, a fim de ser possível o real e efetivo respeito aos direitos sociais indicados pelo texto constitucional de educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância e assistência aos desamparados.

De fato a relação de emprego não é até os dias atuais uma relação entre iguais, na maior parte dos casos.

A presente conclusão é no sentido de ser absoluto e intangível o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, segundo alguns correspondendo à própria dignidade da pessoa humana, e segundo outros englobando também todos os direitos fundamentais sociais previstos no texto constitucional a fim de garantir-se uma vida digna e saudável.

Portanto, os direitos sociais, os princípios fundamentais do direito do trabalho e toda a legislação trabalhista devem apontar para a interpretação constitucional com base no princípio da proporcionalidade, mas sem se esquecer também do mínimo existencial essencial e inviolável, entendido da forma mais ampla possível, vetando-se todo o retrocesso que tente anular ou restringir o mesmo.

Elias Díaz traz uma reflexão quanto à ausência de liberdade, de autodeterminação e de livre manifestação de vontade do empregado:

*(..) que liberdade crítica pode ter quem carece de meios econômicos e culturais necessários para poder realmente decidir com fundado conhecimento e verdadeira liberdade, assim como para expressar sem coações tal decisão..., como se poderá nestas condições falar em uma participação real na produção da decisão política (...).*

No mesmo sentido:

*(...) destituído de consciência e, portanto, como ser não-livre o homem tem os olhos vendados, mãos e pés atados, não tem capacidade de escolha, é um autômato. (...) como contraponto à liberdade a ideologia que é um mascaramento da realidade social que permite a legitimação da exploração e da dominação. Por intermédio dela, tomamos o falso pelo verdadeiro, o injusto pelo justo (...).*

Neste aspecto, mesmo considerando a conclusão de Willis Santiago Guerra Filho e de André Araújo Molina, admitindo apenas a renúncia e transação em casos pontuais e de forma justificada, tal prova da rigidez da manifestação de vontade, sem coação, erro ou outros vícios do consentimento, de forma livre e consciente, é

extremamente difícil de ser realizada pelo empregado, até mesmo pela hipossuficiência técnica deste, ou seja, quanto à produção da prova.

Não entendemos ser possível a transação e a renúncia aos direitos dos trabalhadores, de plano (ou mesmo em casos pontuais e justificados), por não considerar como regra a existência de livre manifestação de vontade, para a grande parte dos trabalhadores, já que sua manifestação de vontade, sendo a parte mais fraca, hipotética, concreta e faticamente, em muitos casos estará viciada, pela coerção patronal, por erro, dolo e diante da sua premente necessidade de emprego para sobreviver, sendo flagrante o nível de desemprego, a alta carga de concentração de riquezas no Brasil, além de grande parte da população sequer saber ler e escrever.

Neste caso, poderia ser considerada em um primeiro momento a proibição de renúncia e transação, presumindo-se de forma relativa a inexistência de livre manifestação de vontade do empregado, em um primeiro momento, em todos os casos na relação de emprego, mas invertendo-se o ônus da prova contra o empregador que teria que fazer a prova da manifestação de vontade escoreita do empregado.

A Constituição Federal incluiu o princípio da garantia da propriedade privada entre os princípios da ordem econômica, subordinando o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e da função social.

Neste sentido, José Afonso da Silva:

*A CF88 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da Justiça Social, para o fim de assegurar essa existência digna. Pré-ordena alguns Princípios da ordem econômica – a defesa do consumidor, do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego, que possibilita a compreensão de que o capitalismo concebido há que se humanizar*

*(se é que isso é possível) (...). (..) é preciso em prestígio da História de sangue e suor da classe trabalhadora e do aprimoramento ético da Humanidade resgatar o verdadeiro papel que o Direito do trabalho cumpre na constelação dos Direitos Humanos e combater o pensamento único imposto pelo neoliberalismo em detrimento da democracia.*

Outrossim, não entendemos em se tratando de direitos sociais fundamentais, que já compreendem o núcleo vital básico, dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, como seria possível uma lei infraconstitucional prever e comportar uma restrição proporcional, justificada aos direitos fundamentais sociais. Entendemos que já seria de pronto tida como inconstitucional, na medida em que ataca o núcleo vital de direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos (mesmo diante de uma justificativa com carga elevada, ou seja, que de fato beneficiasse o trabalhador, apesar de suprimir de outro lado algum direito social fundamental).

Adota-se aqui um entendimento um pouco mais ampliado, não se admitindo no Direito do Trabalho a restrição proporcional aos direitos trabalhistas por negociação coletiva, mesmo que observada a mencionada garantia de ser justificada e proporcional, uma vez que a própria Constituição Federal neste sentido possui regra expressa, pré-valorando a questão, e neste caso não caberia, portanto, a interpretação com base no princípio da proporcionalidade para se flexibilizar as condições de trabalho além das ressalvas já permitidas de forma expressa no texto constitucional (art. 7º. IV, XIII e XIV).

Por conseguinte, apenas seria possível a flexibilização nos casos permitidos e previstos de forma expressa pela Constituição Federal, (incisos do art. 7º.), sem jamais afetar o núcleo básico dos direitos sociais, relativos à saúde, educação, segurança, integridade física e moral, segurança e medicina do trabalho, insalubridade e

periculosidade, mesmo que tais flexibilizações estejam autorizadas por meio de convenção ou acordo coletivos.

Entendemos também que nas relações entre particulares em situação de desigualdade sempre deverá ser dada preferência *prima facie* a favor dos direitos fundamentais quando em confronto com a autonomia privada.

Destacamos, o entendimento no sentido de ser válida a renúncia e transação aos direitos dos trabalhadores, Willis Santiago Guerra Filho e de André Araújo Molina, embora tão somente em casos pontuais e de forma fundamentada, assim dispondo:

*(...) podem existir situações em que foi o próprio constituinte quem já fez a ponderação (rectius: pré-ponderação) e positivou o resultado como regra de exceção, como já visto. Existindo em determinados casos concretos conflito entre a valorização social do trabalho (e, por conseqüência, a irrenunciabilidade de direitos) e de outro lado os valores da livre iniciativa, ambos de alçada constitucional e sem hierarquia *prima facie* que possa resolver o imbróglio, o constituinte já preponderou e deu a solução: excepcionalmente a livre iniciativa deve prevalecer, naquelas hipóteses estritas do inciso VI do artigo 7º da CF, por exemplo (...). As restrições aos direitos fundamentais podem estar presentes no texto da Constituição (inciso VI do artigo 7º) ou em uma lei infraconstitucional (banco de horas, etc), nesse último caso a espécie normativa deve comportar uma restrição proporcional, justificada, senão será tida como inconstitucional, na medida em que ataca o núcleo vital de direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos. Em sede de Direito do Trabalho também admitimos a restrição*



*proporcional aos direitos trabalhistas feita por negociação coletiva, com as garantias acima.*

## **7. Conclusão. A nova hermenêutica constitucional (o neo-constitucionalismo ou pós-positivismo) – dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e axial do Estado Democrático de Direito**

Com a superação do jusnaturalismo e do positivismo jurídico houve necessidade de um novo valor capaz de dar sentido ao ordenamento jurídico, sendo este a dignidade da pessoa humana, verdadeiro marco axiológico e vetor de todo o ordenamento jurídico.

Surge, visando tal enfoque, o movimento para alguns denominado de neo-constitucionalista, ou pós-positivista ou pós-positivismo.

O pós-positivismo visa analisar a Constituição Federal como formada por normas de caráter aberto e amplo, com relação às normas de direitos fundamentais com seu duplo caráter (regra e princípios), não sendo mais suficientes os antigos critérios da hermenêutica tradicional, (gramatical, semântica, lógica, sistemática, histórica, teleológica e axiológica), sendo necessário um modelo aberto de interpretação.

Assim, considerando a Constituição Federal como uma “obra aberta”, todas as pessoas poderiam ser consideradas e deveriam se assumir “como partícipes de uma comunidade de destino”, sendo o sentido da Constituição Federal permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários, mas de forma a reconhecer sempre o valor axial da dignidade da pessoa humana, com uma

interpretação atenta ao sentimento e à sensibilidade, evitando-se afrontas à dignidade da pessoa humana.

Neste aspecto há uma relação de tal abordagem poética do direito, de forma a não desprezar os sentimentos e a sensibilidade dos julgadores e demais operadores do direito, segundo Willis Santiago Guerra Filho, com o livro “O juiz e a emoção” de Lídia Reis de Almeida Prado, que propõe uma nova forma de julgar, com relevo para a emoção e não apenas para a razão; justificando que os juízes não deveriam então se distanciar da sua parte “anima”, relevando a importância da emoção no ato de julgar, devendo ser superado o dogma da neutralidade do juiz e do aspecto bipolar do seu arquétipo.

Tal questão está afeta a psicologia judiciária e de certa forma à uma corrente da filosofia jurídica, o realismo jurídico.

Assim esclarece Lídia Reis de Almeida Prado:

*(...) ao julgar um ser humano o juiz precisa (cada vez mais) ser mais humano. (...) Os juízes que se julgam semideuses: desconhecem a humanidade, antídoto contra o risco de se empenhar no jogo perigoso de alcançar a justiça absoluta, quando sua decisão, no máximo, poderá aproximar-se de um ideal humanamente possível. (...) é no relacionamento afetivo que o magistrado encontra uma grande oportunidade de melhorar o seu envolvimento com o arquétipo da sombra (...) o importante é que haja amor e o julgador seja atingido através de prismas diferentes daqueles colocados nas relações com as pessoas que o cercam no seu ambiente de trabalho. Desse modo, de volta à própria vida, poderá realizar um bom Direito (...) o modo feminino de julgar é muito mais adequado, pois se funda geralmente mais na Justiça do caso do que nas regras gerais.(...) tanto importante quanto os*

*aspectos próprios da justiça feminina (o sentimento do juiz em face do caso concreto), são as qualidades da justiça masculina (a ordem social trazida pela norma a qual constitui um traço exclusivo do Direito). Somente com a convivência harmônica dessas duas dimensões (...) parece ser exequível uma prestação jurisdicional fundada na virtude da prudência, e assim, equilibrada e harmônica.*

No mesmo sentido José Renato Nalini (Vice-presidente do TACRIMSP): “ *o tempo é de invasões e migrações interdisciplinares como pretende Edgar Morin*”.

Amauri Mascaro do Nascimento faz alusão ao movimento do realismo jurídico, concluindo que é possível o juiz decidir com base na emoção, mas o limite seria o princípio constitucional da motivação de forma racional, com base no sistema normativo e nos princípios jurídicos.

*(...) Lídia Prado cita Antônio de Damásio em O erro de Descartes, ao afirmar que o sentimento, a emoção e a regulação biológica são essenciais para a racionalidade e aduz que é incompleta a razão que existe sem nenhuma ligação com o sentimento o que poderia comprometer a própria racionalidade ao desequilibrar a razão e a emoção.(..) Pode haver, sim a influência da emoção numa decisão judicial. (..) Ao interpretar as normas o juiz tem margem de discricionariedade, mas nunca a ponto de ser libertado da fundamentação...fazer justiça para o juiz é atuar com imparcialidade.*

Paulo Bonavides possui entendimento semelhante entendendo que nossa Constituição Federal adota o modelo de Estado Social, e assim sendo não seriam possíveis alterações que viessem a reduzir o

substrato mínimo de direitos sociais consagrados em seu texto, dispondo:

*(...) Mas uma novidade da maior importância trouxe, de último a nova Constituição: os direitos e garantias individuais recebem ali uma proteção suprema, vedando-se ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que tenda a suprimi-los. (...) ocorre, porém, que o avanço teria muito mais profundidade se abrangesse também o substrato social da Constituição, pelo menos os direitos sociais que, desde a Carta de 1934 compõem a base teórica e positiva de nossa modalidade de Estado Social (...). É óbvio por conseguinte, que uma conquista dessa envergadura faria constitucionalmente irrevogáveis os grandes progressos já obtidos para a construção de uma Sociedade justa, livre e igualitária a que todos aspiram. (...) teria dado um passo muito mais avançado e gigantesco em relação ao futuro, se fizesse intangível, dentro da normatividade constitucional, aqueles direitos fundamentais já consagrados que regem as relações mútuas entre o trabalho e o capital).*

Paulo Bonavides faz forte crítica à globalização e ao capitalismo atual, dispondo que:

*(...) em países periféricos não vinga Estado de Direito sem Estado Social: a necessidade precípua de preservar a soberania e fazer da paz um direito (...). A meu parecer, em termos da legitimidade e democracia, jamais há de prosperar, em países periféricos, Estado de Direito sem Estado Social. (...) Globalização serve de um Capitalismo de opressão degradada e corrompe a natureza humana, ela esmaga*

*a personalidade, conculca as franquias do cidadão, nega a soberania, anula a identidade dos povos. Globalização que criou um falso mundo sem alternativas para a liberdade, porque a liberdade nunca teve alternativa. É neste final de século uma tragédia para os direitos fundamentais....o mundo há de se inclinar para o Estado Social. Única saída à crise e ao desmoronamento do capitalismo. Em verdade o capitalismo do gênero mais comprometido com a especulação que com a produção. Por isso mesmo de todo estéril e lesivo à economia dos países débeis, vítimas do confisco especulativo e feroz que arruína mercados, câmbios e Nações. (...). Hecatombes financeiras desabam sobre os chamados países emergentes, por obra de um cálculo de especuladores que vêm o lucro e não o homem, o capital e não a Nação, o interesse e não o trabalho, o egoísmo e não a fraternidade. É o perfil internacional do desespero e da injustiça que faz escravos ao invés de fazer cidadãos, que suprime a independência dos povos e globaliza a resignação dos fracos.*

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua vida saudável como aquela que compreenderia o mínimo indispensável com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, e que deverá ser respeitada de forma absoluta seja pelo Estado seja pelos particulares, segundo os parâmetros da OMS – Organização Mundial da Saúde.

Assim, legislações infraconstitucionais e medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais devem ser consideradas inconstitucionais por violação do princípio da proibição do retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais,

especialmente, quando importar em comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, uma vida digna saudável, correspondendo a um completo bem-estar físico, mental e social, o que corresponderia à própria aplicação do princípio da proporcionalidade, com respeito aos direitos sociais fundamentais consagrados pela Constituição Federal.

Conclui-se por considerar a nova interpretação constitucional com base no princípio da proporcionalidade e voltada ao princípio e valor máximo que orienta todo o ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual também constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, em especial quanto aos direitos fundamentais sociais, respeitando-se os direitos sociais mínimos consagrados pelo texto constitucional, e permitindo-se a flexibilização apenas nos casos expressos previstos em tal diploma legal.

Deve ser garantido pelo Estado o direito de todos à uma vida digna e saudável, consoante parâmetros da Organização Mundial da Saúde.

## **Bibliografia**

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª. Ed. Malheiros, São Paulo.

ALEXY, Robert. Entrevista realizada no dia 26 de abril de 2002 em Fortaleza, para o “Colóquio sobre Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica em Robert Alexy” na Universidade Federal do Ceará.

BITTAR. EDUARDO C. B. CURSO DE ÉTICA JURÍDICA ÉTICA GERAL E PROFISSIONAL . Saraiva, 8ª. Ed. 2011 - Direitos humanos e

dignidade da pessoa humana - Página 104 e segs. - item 9.3: Ética pós-moderna e o referencial dos direitos humanos)

BONAVIDES. Paulo . Artigo jurídico: Os Direitos Humanos e a democracia. Direitos humanos como educação para a Justiça. LTR, São Paulo. 2009. organização de Reinaldo Pereira e Silva.

BONAVIDES. Paulo . Curso de direito constitucional. 25ª ed. São Paulo, Malheiros.

BONAVIDES. Paulo. Artigo jurídico: Os direitos fundamentais e a globalização – p. 165 e segs. Livro: Dos princípios constitucionais Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição organizador George Salomão Leite. Malheiros. 2003, São Paulo.

CHAUÍ. Marilena . O que é ideologia, Ed. Brasiliense, 1994. São Paulo.

DIÁZ. Elias . Legalidad – legitimidad em el socialimo democrático. Editorial Civitas.

FACHIN Zulmar e SILVA, Deise Marcelino da. Acesso à água potável – direito fundamental de 6ª. Geração. Editora Verde Millenium. 2001. Campinas.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. e MOLINA. André Araújo, Artigo jurídico: Renúncia e transação no Direito do Trabalho.Uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. Artigo jurídico: Estado Democrático de Direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões. Publicado em 13/07/2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noção Essencial do Princípio da Proporcionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva & JOBIM, Eduardo. O Processo na Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. 3 ed. São Paulo: SRS, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à teoria da Constituição. Atlas. 2ª. Ed. 2002. SP.

GUERRA FILHO , Willis Santiago . Artigo jurídico: proposta de teoria fundamental da constituição com uma inflexão processual. In Dignidade da pessoa humana e fundamentos e critérios interpretativos. Organização de Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. Malheiros, São Paulo. 2010.

GUERRA FILHO , Willis Santiago . Artigo jurídico: Por uma teoria fundamental da constituição – enfoque fenomenológico. <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Anti-)Direito e força de lei/ lei. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2006, p. 65-81. Disponível em: <http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 09.011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. Editora SRS, 6ª. Ed., 2009, São Paulo.

LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>>. Acesso em: 08.09.011)

MORAES, Alexandre de . Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. Atlas, segunda edição. 2003.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro do. Direito Contemporâneo do Trabalho. Saraiva. 2011. São Paulo.

NUNES. Rizzatto. Manual de Introdução ao Estudo do Direito, Saraiva, 10.a edição, São Paulo.

NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana doutrina e jurisprudência. Saraiva. Rizzatto Nunes. 2002.



PRADO, Lídia Reis de Almeida. O juiz e a emoção – aspectos da lógica da decisão judicial. 3ª. Ed. Campinas-SP, Millenium, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 4ª. Ed. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Artigo jurídico: Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In Dignidade da pessoa humana e fundamentos e critérios interpretativos. Organização de Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. Malheiros, São Paulo. 2010.

SARLET. Ingo Wolfgang. Os novos conceitos do novo direito internacional. Cidadania. Democracia e Direitos Humanos, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002.

SARLET. Ingo Wolfgang. Artigo jurídico – Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Livro: Dos princípios constitucionais Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição organizador George Salomão Leite. Malheiros. 2003, São Paulo.

SARMENTO. Daniel. Artigo jurídico: o neoconstitucionalismo no Brasil riscos e possibilidades. Livro: Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo W. Sarlet. Editora RT, 2009, São Paulo.

SILVA. José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª. Ed. Rt, São Paulo.

SILVA. Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito . os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Malheiros, 2008, São Paulo.

SIQUEIRA. Paulo Hamilton Júnior e OLIVEIRA. Augusto Machado de. Direitos humanos e cidadania, RT, 2ª. Ed. 2009, São Paulo.

STEINMETZ, Wilson. Interpretação constitucional, Virgílio Afonso da Silva, Artigo: Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada. Malheiros. 2005. São Paulo.

STEINMETZ. Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. 2004, São Paulo, Malheiros.

SOUZA. Marcelo Papaléo de. A lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho, 3ª. Ed. LTR, São Paulo, 2009.