

O “TRANSCONSTITUCIONALISMO” DOS DIREITOS SOCIAIS

THE SOCIAL RIGHTS “TRANSCONSTITUCIONALISM”

Brielly Santana de Melo¹

Clara Angélica Gonçalves Dias²

RESUMO: O artigo deseja discutir o fenômeno do Transconstitucionalismo dos Direitos Fundamentais, em especial dos Direitos Sociais. Desse modo, abordará, inicialmente, sobre as filosofias jurídicas que influenciaram o direito. Após, tratará do Neoconstitucionalismo, das formas de aplicação das normas constitucionais por ele trazidas, especialmente sobre a eficácia. Por conseguinte, discutirá o caráter de direito fundamental dos direitos sociais; as dificuldades encontradas para a aplicação e defesa dos referidos direitos; e as consequências acarretadas pelo regular descumprimento não só dos particulares como também do Poder Público. Como tentativa de solucionar tal inefetividade e ineficácia, surge a ideia do transconstitucionalismo de Marcelo Neves. Desse modo, serão analisados o conceito de Constituição Transversal, seus requisitos e sua relação com a eficácia plena e imediata dos Direitos Sociais. Por fim, será trazida a importância da Organização Internacional do Trabalho e a possibilidade de suas normas adquirirem o caráter de Constituição Transversal dos Direitos Social.

PALAVRAS-CHAVE: Transconstitucionalismo; Direitos Sociais; Eficácia; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The article wants to discuss the Transconstitucionalism of Fundamental Rights, in particular of Social Rights. Thus, initially, will talk about the legal philosophies that influenced the Right. After, will deal with the neoconstitutionalism and its forms of application. Therefore, discuss the fundamental character of the Social Rights; the difficulties encountered in the implementation and protection; and the consequences about by irregular application by the

¹ Mestrando em Direito (UFS), Graduada em Direito (UFS), Advogada.

² Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (2001), pós-graduação lato-sensu (especialização - presencial) em Direito pela Escola Paulista da Magistratura (2004), Mestre (2006) e Doutora (2010) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Cursa Pós-Graduação Lato- Sensu em Direito Registral e Notarial pela UNIDERP - LFG. Advogada no Escritório Laura Figueiredo Advogados & Consultores especializada nas Áreas de Direito Civil, Imobiliário e Registral e Notarial. Membro Efetivo do Cadastro Basis do MEC/INEP, como avaliadora de Instituições de Ensino Superior do Brasil. Professora Efetiva Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal de Sergipe, lotada no Departamento de Direito. Professora da Pós-Graduação Stricto-Sensu (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e membro do Núcleo Docente Estruturante da FANESE. Vice- presidente do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Diretora Geral, Acadêmica e de Editorial da Revista Eletrônica do Instituto Sergipano de Direito do Estado (www.reidese.com.br). Membro do Conselho Editorial da Revista Diké da UFS. Membro do Conselho Editorial da Revista Eletrônica de Pesquisa da Universidade Tiradentes. Diretora Acadêmica do Instituto Sergipano de Direito do Estado. Diretora Acadêmica do Complexo Jurídico Laura Figueiredo.

private and the Government. As an attempt to solve that ineffectiveness and inefficiency, brings up the idea of transconstitucionalismo. Then, will analyze the concept of the Transversal's Constitution, its requirements and its relationship to the full and immediate implementation of Social Rights. Finally, brought the importance of the International Labour Organization and the possibility of its norms acquire the character of Transversal's Constitution of Social Rights.

KEYWORDS: Transconstitucionalism; Social Rights; Efficacy; Fundamental Rights.

1. INTRODUÇÃO.

É de perceptível apreensão de que os direitos fundamentais sociais são, em demasiado, transgredidos. Isso porque se verifica a busca desenfreada pelo crescimento econômico, aquisição de lucros e estímulo ao consumismo. Desse modo, direitos básicos assegurados ao cidadão não são respeitados e, conseqüentemente, há ferimento ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, o desrespeito aos preceitos fundamentais dos trabalhadores não apenas é realizado pelos particulares. O Poder Público, por diferentes formas, também infringi os direitos sociais e contribui para que sejam deixados de lado e não levados em conta como essencial para a dignidade da pessoa humana.

À título de exemplificação e para facilitar o entendimento, pode-se citar o direito social fundamental ao lazer previsto no artigo 6º da Constituição Federal. O direito ao momento de descanso, de usufruir da companhia dos amigos e familiares e da oportunidade que tem o cidadão de exercer atividades que lhe ofereçam prazer e estimule sua imaginação ou mesmo o ócio se encontra cada vez mais reduzido.

É comum os cidadãos não usufruírem de seus dias de folgas ou descanso laboral posto que optam em trabalhar nesses momentos já que percebem uma maior quantia salarial. Desse modo, verifica-se, nos casos concretos, as horas extras exercidas pelos empregados que superam o limite constitucional, o labor prestado nos domingos e feriados, a ausência de descanso intrajornada, dentre outros.

Todos os desrespeitos ora citados correspondem às agressões ao direito fundamental social ao lazer. Isso porque toda e qualquer atividade exercida pelo trabalhador em seu momento

de descanso do labor corresponde ao lazer. Portanto, o descanso semanal remunerado, o gozo das férias, o descanso intrajornada são alguns exemplos da proteção ao lazer descritas pelo legislador constitucional e que são desrespeitados cotidianamente.

Como consequências de tais transgressões aos direitos fundamentais sociais, têm-se uma sociedade menos fraterna, a redução da qualidade de vida, modificação dos valores que norteiam e guiam os cidadãos. Desse modo, deseja o referido artigo analisar a figura do transconstitucionalismo como mecanismo de proteção e concessão de real eficácia direta e imediata aos direitos fundamentais sociais, respeito à dignidade da pessoa humana e a concessão de meios mais seguros e saudáveis de labor aos cidadãos.

2. AS FILOSOFIAS DO DIREITO

O Direito, durante os anos, apresentou três filosofias jurídicas que corresponderam ao seu alicerce teórico: jusnaturalismo; positivismo e pós-positivismo. Inicialmente, durante o século XVI³, surge o jusnaturalismo com o objetivo de proteger o homem dos arbítrios dos governantes. Isso porque prevalecia, naquele momento, as monarquias religiosas, ou seja, os reis eram assim considerados porque os deuses (ou mesmo Deus) quiseram e o escolheu. Por conta disso, o governante poderia agir da forma que lhe fosse mais conveniente pois estava sob o manto da proteção divina e representante deste.

Assim, para coibir os abusos que se repetiam, o Jusnaturalismo apresentou como seu fundamento principal a distinção entre o Direito Natural e o Direito Positivo. O primeiro seria aquele que indica as leis naturais e serve de fundamento para o segundo, o qual corresponde àquele criado pelo homem (legislador) através de seu sentimento de justiça, moral.

Não obstante, apesar da distinção revelada, verificou-se que a imperiosa necessidade do sentimento de justiça para a criação do Direito Positivo não trazia a segurança jurídica já que seu conceito sofre modificações em virtude da região. Diante disso, a Teoria Jusnaturalista não se apresentava como suficiente para subsidiar o direito tendo em vista que os arbítrios dos governantes poderiam ser fundamentados pelo conceito variável de justo (o qual era por eles

³ Conforme ensinamentos de Barroso, o jusnaturalismo moderno foi desenvolvido a partir do século XVI.

mesmos definidos) e, por conseguinte, gerava a instabilidade jurídica e retirava a paz social necessária para a vida em sociedade.

Com isso, no final do século XIX, nasceu a Teoria Positivista (Positivismo Jurídico) que analisa o Direito através da objetividade científica. Isto é, o Positivismo vê o Direito como lei pura e sem qualquer influência subjetivista, ou seja, sentimental ou que possa variar de acordo com os costumes e a cultura.

Para tanto, o Positivismo Jurídico apresenta os seguintes requisitos para a validade da norma: elaborada pela autoridade competente; ausência de contradições com as leis vigentes; eficácia. Portanto, a norma jurídica somente é considerada válida se emanar de legislador com atribuições para tanto, tiver conteúdo compatível com as normas jurídicas já existentes e em vigor no ordenamento jurídico e capaz de gerar efeitos e exigir seu cumprimento.

Traz ainda a Teoria Positivista a noção de que as normas jurídicas sempre apresentam a solução para os litígios e fornecem a legitimidade dos atos. Ou seja, a norma se revela como solucionadora do conflito existente no caso concreto através da subsunção do seu enunciado gerando, desse modo, a segurança jurídica imprescindível.

Todavia, apesar da visão racional e objetiva, o Positivismo Jurídico serviu de fundamento para os movimentos totalitaristas, dentre eles o fascismo e o nazismo. Isso porque a base da referida filosofia é que a lei pura basta em si mesma sendo desnecessário levar em consideração os mecanismos subjetivos para entendê-la. Logo, desde que a norma respeite os requisitos já citados, a lei se encontra em consonância com o princípio da legalidade e, conseqüentemente, pode ser aplicada em qualquer situação.

Por conta desse entendimento, vários massacres e barbáreis foram cometidos, surgindo, inclusive, conflitos de caráter global, tal como a 2ª Guerra Mundial. Desse modo, somente após diversas mortes e tragédias é que o mundo jurídico resolveu reanalisar a filosofia jurídica vigente e, então, retirar o fundamento legal dos movimentos totalitaristas.

Em consequência, surgiu a Teoria Neoconstitucionalista. Tal filosofia passa a ver o Direito não somente com uma visão Jusnaturalista ou Positivista, mas como uma união das teorias ora apresentadas. Assim, surge o Pós-positivismo que defende a influência dos valores, da ética e da moral no Direito, além do preenchimento dos requisitos elaborados pelo positivismo para a criação da norma jurídica. Portanto, o direito deixa de ser somente a letra da lei pura e

passa a ser também a combinação dessa com o sentido de justiça, ética, moral e valores que norteiam a sociedade.

Além disso, o Neoconstitucionalismo inova ao apresentar a nova visão de organização do ordenamento jurídico. Ou seja, para o pós-positivismo, a pirâmide elaborada e estudada por Hans Kelsen sofre uma pequena modificação posto que a Constituição Federal deixa de se encontrar no topo para, então, se localizar no centro do ordenamento jurídico.

E tal alteração apresenta justificativa. Ocorre que durante a influência da filosofia positivista houve uma prevalência dos interesses particulares, ou seja, havia um predomínio do direito particular. Desse modo, o ordenamento jurídico era guiado pelo Direito Civil. Entretanto, o Estado necessitou intervir mais na vida particular e regulá-la conforme o interesse público não só para evitar barbáries mas também para fornecer aos cidadãos as condições mínimas necessárias para uma vida digna.

É nesse momento que os interesses públicos passam a ter supremacia em face aos particulares e, por conseguinte, exigem uma alteração na estrutura do ordenamento jurídico. Desse modo, a Constituição Federal deixa de ser somente o fundamento jurídico legal para existência e eficácia das normas infraconstitucionais para funcionar também como razão de ser e hermenêutica do ordenamento.

Desse modo, o pós-positivismo jurídico revela as seguintes características da Carta Magna: Rigidez, Jurisdição Constitucional, Força Vinculante e Supremacia da Constituição. Quanto à Constituição Rígida, tem-se os limites formais e materiais para a sua modificação. Ou seja, para que a *Lex Maxima* seja modificada, é imprescindível o cumprimento de um procedimento mais complicado e dificultoso do que aquele previsto para a criação de uma lei infraconstitucional. Como exemplo, tem-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988 apresenta como mecanismo de modificação de norma constitucional aquele denominado de procedimento para criação de emenda constitucional. Dessa forma, faz-se necessário que sejam respeitados os requisitos apresentados no artigo 60 que são mais complexos do que a criação de uma lei ordinária.⁴

⁴ Desse modo, prevê a Constituição Brasileira de 1988, que a modificação da Carta Magna prescinde do cumprimento de diversos requisitos, dentre eles, a aprovação por três quintos dos membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados em dois turnos. Já para as demais formas legislativas, exige-se somente a aprovação por maioria absoluta ou relativa.

Com relação à Jurisdição Constitucional, objetiva-se a criação de um órgão jurisdicional com competência para discutir as questões constitucionais. Assim, exige-se que a estrutura do Poder Judiciário apresente uma entidade que tenha capacidade de defender a Constituição Federal através do exercício da hermenêutica, do Controle de Constitucionalidade, da defesa dos direitos fundamentais e da solução de conflitos constitucionais.⁵

Em consequência dessa característica e, quem sabe, como fundamento, tem-se a Supremacia da Constituição em relação ao Poder Legislativo. Assim, conforme foi dito anteriormente, durante a vigência do positivismo, verificou-se a supremacia dos interesses particulares e, por conseguinte, do Poder Legislativo. Isso porque somente importava aquilo que a letra da lei trazia e, para tanto, levava-se em conta os direitos particulares. Logo, quem elabora a norma jurídica são os legisladores que compõem o Poder Legislativo.

Entretanto, com o advento do Neoconstitucionalismo e a posição da Carta Magna no centro do ordenamento jurídico, verifica-se que não há congruência com a supremacia dos interesses particulares e, por conseguinte, do Poder Legislativo posto que foram fundamentos para o surgimento dos movimentos totalitaristas.

Dessa maneira, deseja-se com a Supremacia da Constituição fornecer ao ordenamento jurídico fundamento, razão para existir, como também suporte ao seu entendimento. Logo, a Constituição rege o funcionamento e organização de todo o Estado e cria, assim, o Estado Constitucional de Direito.⁶

A Força Normativa da Constituição corresponde à imperatividade da norma constitucional. Desse modo, tem-se que a norma constitucional é capaz de exigir seu cumprimento e sua aplicação de forma cogente. Assim, conforme Barroso,

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas

⁵ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o órgão jurisdicional designado como guardião da Constituição Federal. Não obstante, merece destaque o fato de que o Judiciário, como todo, tem o dever de proteção da Carta Magna sendo designado o STF como o órgão detentor da palavra final quanto ao Direito Constitucional. Corrobora com tal afirmativa, por exemplo, a possibilidade de Controle de Constitucionalidade Difuso.

⁶ Atualmente, há a vigência da Teoria da Tripartição dos Poderes. Diversos autores criticam tal denominação posto que o Poder não é tripartido e sim sua execução. Porém, deixando as críticas de lado, a referida Teoria objetiva delimitar a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a fim de que atuem de forma igualitária e sem hierarquia. Com isso, a tripartição prevê as funções típicas e atípicas dos Poderes. Como exemplo, tem-se que o Poder Legislativo apresenta como função típica a de legislar e, dentre as atípicas, a função jurisdicional (por exemplo, julgamento do crime de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo).

jurídicas e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação; de cumprimento forçado. (BARROSO, 2012, p.194)

Com base nisso, a doutrina e a jurisprudência defendem a existência de três níveis de eficácia constitucional: positiva, negativa e interpretativa.

A eficácia jurídica positiva é aquela que corresponde a aplicação direta da norma constitucional ao fato concreto. Portanto, há o enquadramento da conduta na proposição jurídica prevista na Constituição Federal.

Quanto á eficácia interpretativa verifica-se que o sentido e o alcance da norma jurídica são obtidos através da hermenêutica jurídica que é influenciada pelos valores. Por fim, tem-se a eficácia negativa que impede a entrada de normas jurídicas infraconstitucionais contrárias aos mandamentos constitucionais no ordenamento jurídico.

Portanto, verifica-se que a atual filosofia jurídica dominante traz em seu bojo a defesa de que a Constituição Federal é a guardiã dos direitos públicos e, para tanto, apresenta mecanismos de proteção e eficácia para tais direitos. Pretende ainda evitar o surgimento de movimentos totalitarista e a insegurança jurídica a fim de que a dignidade da pessoa humana seja sempre respeitada.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SOCIAIS.

São considerados fundamentais aqueles direitos que se relacionam com o mínimo existencial do ser humano e, por conseguinte, proporcionam ao indivíduo uma boa convivência em sociedade. Desse modo, verifica-se que àqueles direitos se relacionam diretamente com o fundamento da dignidade humana previsto no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira.

Doutrinariamente, os direitos fundamentais são classificados em dimensões/gerações.⁷ A 1ª Dimensão se refere às Liberdades Clássicas e surge no momento no qual os particulares desejam proteção contra a intervenção do poder público. Assim, ocorre a defesa pela abstenção

⁷ Informa-se que há discussões quanto à terminologia dimensões e gerações. Alguns autores optam por aquela nomenclatura em função desta ofertar a ideia de continuidade, ou seja, de que o surgimento de uma nova dimensão não acarreta a retirada da anterior. Desse modo, pelo fato de os direitos fundamentais das diversas dimensões permanecerem até os dias atuais, será optado nesse trabalho a utilização dessa nomenclatura.

do poder estatal em relação aos particulares. Como exemplos típicos de direitos dessa dimensão, têm-se a propriedade e a liberdade.

Com relação à 2ª Dimensão (Liberdades Sociais), verifica-se que os cidadãos desejam, nesse momento, uma maior interferência do Estado nas relações sociais a fim de que os direitos humanos mínimos sejam garantidos, tal como o direito ao trabalho. Com isso, revela Rúbia Zanutelli que

A segunda geração de direitos compreende os direitos econômicos, sociais e culturais, decorrentes de aspirações igualitárias, historicamente vinculadas a movimentos socialistas e comunistas do século XIX e início do século XX (...)

Os direitos de segunda geração são aqueles que cobram atitudes positivas do Estado para promover a igualdade entre as categorias sociais desiguais. Não se referem à mera igualdade formal de todos ante a lei, mas à igualdade material e real de oportunidades, protegendo juridicamente os hipossuficientes nas relações sociais de trabalho e os padrões mínimos de uma sociedade igualitária. (ALVARENGA, 2009, p.50)

Os Direitos Coletivos e Difusos, componentes da 3ª Dimensão, trazem dos direitos e deveres da coletividade (como por exemplo o meio ambiente) e o reconhecimento da solidariedade e da fraternidade como essenciais à convivência harmoniosa em sociedade. Atualmente, existem as 4ª e 5ª Dimensões que objetivam regular os direitos do mundo globalizado.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 apresenta em seu bojo os direitos e garantias fundamentais das dimensões detalhadas anteriormente. Assim, verifica-se que o Título II se refere aos Direitos e Garantias Fundamentais e apresenta a seguinte composição: Capítulo I – Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (artigo 5º); Capítulo II – Direitos Sociais (artigos 6º a 11); Capítulo III - Da Nacionalidade (artigos 12 a 13); Capítulo IV – Dos Direitos Políticos (artigos 14 a 16) e Capítulo V – Dos Partidos Políticos (artigo 17).

Tal posituação dos direitos fundamentais não se restringe ao Título II da Carta Magna Brasileira de 1988, apesar de se concentrarem nessa parte da Constituição. Destaca-se ainda que os direitos fundamentais positivados tem como objetivo fornecer ao indivíduo o mínimo existencial. Ou seja, a garantia de um nível básico de direitos e deveres para a existência do ser humano a fim de que se respeite a Dignidade da Pessoa Humana.

Conforme detalhado anteriormente, o Capítulo II do Título II da Constituição Federal Brasileira trata dos direitos e deveres dos trabalhadores objeto do presente artigo. Assim,

conforme os ensinamentos de Sarlet, é nesse momento que a *Lex Maxima* Brasileira traz os Direitos Fundamentais Sociais.

Assim, verifica-se que os Direitos Sociais apresentam força normativa e se encontram no centro do ordenamento jurídico posto que apresentam o status de norma constitucional. Logo, as normas constitucionais sociais são fundamento para todo o regramento jurídico a fim de que torne o ordenamento jurídico uno, indivisível e coeso. Corrobora com tal entendimento a seguinte passagem de Airton Pereira:

A discussão doutrinária acerca do que é fundamental nos direitos humanos foi ultrapassada pela sistemática constitucional brasileira, quando o legislador originário fez grafar, mediante avançados e superiores valores, os direitos sociais já no Título II, Capítulo II, da Carta Política, dentre os direitos e garantias fundamentais da sociedade brasileira – sejam estes individuais ou coletivos. Desde então, não deve haver distinção em natureza e importância entre os direitos individuais e coletivos, as garantias civis, políticas em face dos direitos econômicos, sociais e culturais. (PINTO, 2006, p.119)

Com relação à eficácia das normas constitucionais fundamentais, tem-se que o artigo 5º, § 1º, CF/88 informa a sua aplicação imediata. Considerar uma norma com aplicação direta e imediata significa que esta deve apresentar a eficácia plena. Ou seja, conforme ensinamentos de Ingo Sarlet⁸, a eficácia apresenta dois aspectos: jurídico e social. Com isso, o autor apresenta em sua obra que a norma jurídica com eficácia plena é aquele capaz de produzir efeitos no mundo jurídico (exigibilidade, coercibilidade) e na sociedade (aceitação, conhecimento, respeito, crença).

Dessa maneira, as normas constitucionais qualificadas como fundamentais apresentam, de acordo com determinação da Constituição Federal Brasileira de 1988, a capacidade de produzir seus efeitos no campo do Direito e no campo social, é vigente, eficaz e efetiva. Logo, sua previsão na Carta Magna já é suficiente. Portanto, seria lógica a conclusão de que os Direitos Sociais, em virtude do caráter de direito fundamental que apresentam, tenham eficácia imediata. Assim, a principal consequência jurídica para tanto seria a ausência de necessidade de norma jurídica infraconstitucional para a aplicação imediata dos preceitos sociais constitucionais e sua eficácia completa (social e jurídica) que consagram a efetividade.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Ora, o reconhecimento da eficácia imediata aos direitos sociais fundamentais traria, assim, uma maior efetivação dos direitos mínimos garantidos ao trabalhador e evitariam a grande ocorrência de transgressão atualmente existente. Isso porque os direitos sociais não seriam vistos como norma de eficácia negativa, ou seja, que somente existe no ordenamento jurídico com o intuito de evitar que normas infraconstitucionais surjam em contrariedade.

Assim, o respeito aos direitos sociais e a visão de que estes possuem eficácia direta, seria uma forma de evitar os descumprimentos legais, dentre eles, o trabalho infantil, a extrapolação da jornada de trabalho prevista em lei, a percepção mensal inferior ao salário mínimo, inexistência de ambiente de trabalho adequado para a execução das atividades laborais.

Entretanto, a realidade que se verifica é o não reconhecimento no caso concreto da aplicabilidade imediata e direta das normas fundamentais constitucionais sociais. Isso porque, apesar dos Direitos Sociais apresentarem previsão constitucional de eficácia plena, é perceptível que há ausência da eficácia social. Isto é, dentro da sociedade, as normas sociais não apresentam o seu caráter de direito fundamental, sendo, recorrentemente, transgredidas, desrespeitadas e, por diversas vezes, consideradas irrelevantes. Assim, sugere-se a criação de uma Constituição Transversal para os Direitos Sociais com o intuito de tornar tais direitos mais eficazes do ponto de vista social. Ou seja, a Constituição Transversal de Direitos Sociais seria, então, uma maneira de conscientizar a sociedade e fornecer as normas sociais a eficácia plena necessária.

4. O TRANSCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUIÇÃO TRANSVERSAL.

Antes de tratar diretamente do fenômeno do transconstitucionalismo, é imprescindível a discussão sobre o conceito de Constituição posto sê-lo essencial para o entendimento da Constituição Transversal. Desse modo, revela-se que, por muitos anos, a Carta Magna foi vista como uma metáfora fora do discurso ou da retórica política em virtude de ser um documento eminentemente político e que não refletia o plano estrutural da sociedade. Em virtude disso, considera Marcelo Neves que uma Constituição

(...) em sentido moderno depende, no plano estrutural, de amplos pressupostos e exige, no nível semântico, clareza conceitual, para que seja uma categoria apta a servir ao esclarecimento de problemas decisivos da sociedade mundial contemporânea. Não apenas pela questão semântica da vagueza e ambiguidade, mas sobretudo pela dimensão pragmática do seu emprego, “Constituição” tem sido uma expressão prestes a usos arbitrariamente metafóricos. (NEVES, 2009, p.4)

Diante disso, passa-se a análise dos documentos surgidos na História e que exerciam o papel de Constituição. Assim, tem-se que o primeiro documento surgiu na Idade Antiga e apresenta seu fundamento no direito sacro. É a religião o substrato jurídico suficiente para legitimar o poder autoritário ilimitado e a organização social.

Com isso, a Carta Magna correspondia a um documento sagrado que concedia aos soberanos as razões para se encontrarem no cargo de governante e apresentarem as características divinas. Em razão disso, não era possível que o direito positivado, ou seja, aquele criado pelos indivíduos, previsse limitação aos atos emanados do rei. Logo, pode-se concluir que a Constituição nada mais era do que um documento religioso elaborado pelos deuses e, assim, incontestável.

No período Medieval, há uma alteração do paradigma e, então, passa a vigorar o feudalismo. Assim, verifica-se a ausência dos soberanos abençoados e indicados pelos deuses. Entretanto, o senhor feudal se utiliza das mesmas formas de governo dos soberanos da Idade Antiga. Portanto, apesar da ausência de influência direta do direito sacro, é possível afirmar que a Carta Magna Medieval ainda não pode ser considerada Constituição posto que não reflete a estrutura social.

Não obstante, o período Medieval merece ser citado em virtude do pontapé inicial para o surgimento da Constituição. Isso porque é nessa época que surgem as Cartas de Liberdade e os Pactos de Poder. Referidos documentos, apesar de não trazerem em seu bojo todas as características necessárias para serem considerados Constituição, são mecanismos utilizados por alguns grupos sociais para modificar a estrutura estabelecida. Assim, as Cartas e os Pactos são celebrados com o intuito de fornecer aos indivíduos que a subscrevem direitos e deveres.

Logo, ensina Marcelo Neves que tais documentos não são considerados Constituição posto que

Na dimensão social ou no âmbito pessoal de validade, os pactos de poder eram “particulares”, referindo-se a certos acordos entre o monarca e a nobreza ou parte da burguesia. As Constituições modernas, ao contrário, têm a pretensão de ser “universais”,

pois se referem, includentemente, a todos os membros da respectiva organização jurídico-política, atribuindo-lhes direitos fundamentais. (...) No âmbito da validade ou da dimensão material, os pactos de poder eram “pontuais”, referindo-se a determinados temas específicos da política e do direito estatal. As Constituições em sentido moderno são “abrangentes” no seu conteúdo, tendo em vista que se referem aos diversos ramos do direito e aos diferentes processos de tomada de decisão política. (NEVES, 2009, p.20)

Somente no século XIX – XX é que se percebe a ascensão da Constituição no sentido moderno e discutido. Isso porque é nesse período que surge o documento jurídico com o intuito de harmonizar os sentidos jurídicos e políticos do Estado Democrático de Direito.

Assim, ensina Marcelo Neves que a Constituição se apresenta quando há o acoplamento estrutural, ou seja, quando há os vínculos estruturais necessários para as interfluências entre os diversos âmbitos autônomos de comunicação, em especial entre a política e o direito.

Com isso, revela que o direito apresenta como acoplamento estrutural o princípio da igualdade e, a política, a democracia que se apresentam como complementos e limitações. Dessa forma, é papel do estudioso verificar se o princípio da igualdade e a democracia se apresentam de forma complementar e limitando uma a outra. Quando tal fato ocorre, percebe-se que a Constituição se encontra estável, aplicável a todos e, por conseguinte, transversal.

Portanto, a Constituição Transversal é aquela que não apresenta qualquer hierarquia entre o direito e a política, aplica-se a todos que compõe a sociedade e atua como “instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas (...)” (NEVES, 2009, p.62).

Então, fica claro que a Constituição Transversal é aquela que se aplica de forma uniforme e estável em todas as situações cotidianas da sociedade. Ela é capaz de reger os atos e fatos ocorridos e evitar, assim, transgressões às normas ali postas. No entanto, a Constituição Transversal pode apresentar diferentes níveis de existência que se classificam de acordo com a extensão territorial que rege.

Desse modo, Neves discute a existência da Constituição Transversal Supranacional. Para tanto, inicia seu estudo informando que é possível a criação de uma Constituição Transversal fora dos limites do Estado. Ou seja, levando o tema aqui narrado ao caso concreto, o que Marcelo Neves informa é a possibilidade de que uma Constituição seja aplicável de maneira uniforme e eficaz em mais de um Estado Soberano. Com isso, é como se a Constituição Brasileira fosse eficaz tanto no território brasileiro como na Argentina, por exemplo.

Não obstante, para que exista uma Constituição Transversal Supranacional necessita-se que alguns requisitos sejam preenchidos. Desse modo, Neves informa que

Parece plausível que uma certa simetria no nível de desenvolvimento dos respectivos Estados-membros é uma condição decisiva para a construção de uma supranacionalidade, que implica normas e decisões abrangentes nas dimensões social, material e temporal, vinculando diretamente os cidadãos e órgãos estatais. No caso de condições orçamentárias, níveis educacionais, sistemas de saúde, situação de trabalho e emprego, etc. muito díspares, fica obstaculizada ou, no mínimo, dificultada a incorporação normativa imediata (sem ratificação) que caracteriza uma ordem supranacional. (NEVES, 2009, p.99).

Logo, é importante que a sociedade global ali regulada apresente filosofias políticas semelhantes a fim de que os conflitos culturais não sejam obstáculos a efetividade da Constituição. Desse modo, como exemplo, tem-se a necessidade de que os países envolvidos apresentem um regime democrático, além de concepções culturais semelhantes.

Destaca-se ainda que a Constituição Transversal apresenta como ponto fundamental a imprescindibilidade de ser aplicada em toda sociedade sem a necessidade de qualquer alteração formal. Isso porque é importante que as normas da referida Carta Magna sejam respeitadas, aplicáveis diretamente e aceitas pelos cidadãos.

Preenchidos os referidos requisitos, percebe-se que a Constituição Transversal é capaz de fornecer às normas constitucionais eficácia e aplicabilidade de forma que seus preceitos sejam respeitados e capaz de tornar a sociedade mais coesa e digna, além de se enquadrar, perfeitamente, com as necessidades do mundo globalizado.

4.1. Organização Internacional do Trabalho e a Constituição Transversal.

A Organização Internacional do Trabalho, agência das Nações Unidas, surgiu com o objetivo de elaborar normas trabalhistas a fim de que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, assegurada e, por conseguinte, evitar os trabalhos desumanos. Com isso, a OIT é uma organização internacional do tipo de cooperação social, criada pelo Tratado de Paz de 1919 (Tratado de Versailles) e se encontra na estrutura da ONU.

Destaca-se entre seus documentos norteadores a Constituição da OIT e a Declaração de Filadélfia de 1944. Sua função é a promoção de oportunidades para que os homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente, produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana.⁹

No entanto, as normas da Organização Internacional do Trabalho somente são aplicadas nos territórios que as subscrevem. Ou seja, as Recomendações, Resoluções e Tratados emitidos pela referida Organização apresentam exigibilidade, força normativa e eficácia quando o Estado Soberano a reconhece como uma norma componente de seu ordenamento jurídico.¹⁰

Dessa forma, verifica-se que se os países não a reconhecerem em seu ordenamento jurídico, as previsões normativas tratadas, discutidas e aprovadas na Organização Internacional do Trabalho não apresentarão qualquer influência no ordenamento jurídico interno do Estado Soberano. Nesse momento, surge a discussão sobre a aplicação do fenômeno do transconstitucionalismo para as normas emanadas pela OIT e, assim, criar uma Constituição Social Global.

Assim, para facilitar o entendimento do leitor, analisa-se a Constituição Transversal da União Europeia. É de conhecimento que a União Europeia corresponde a reunião de países europeus com o intuito de unificar as regras jurídicas atinentes aos direitos econômicos e dos cidadãos e às liberdades. Assim, tem-se que a Constituição da União Europeia trata de diversos temas atinentes aos interesses da reunião de países soberanos e que objetiva concretizar a efetividade de direitos e deveres coletivos e individuais que possam tornar o bloco econômico mais forte e protetor dos direitos dos homens.

Dessa maneira, é perceptível que a Constituição Transversal Europeia foi o mecanismo encontrado pela Europa para criar, regular e limitar os direitos dos Estados Soberanos em virtude do bem comum da sociedade. Com isso, exemplificando, tem-se que a referida Carta Magna prevê a criação de uma Corte Jurídica específica para a solução dos conflitos entre os países e guardiã dos direitos e deveres estabelecidos na Constituição.

⁹ Conceito obtido no sítio eletrônico da Organização Internacional do Trabalho.

¹⁰ Ou seja, as normas elaboradas pela OIT somente são aplicadas no Estado Soberano quando este a reconhece. Assim, as Resoluções criadas pela instituição internacional deve ser ratificada pelo Estado a fim de que possa apresentar força normativa e eficácia dentro do ordenamento jurídico.

Retornando à Organização Internacional do Trabalho, foi dito que esta corresponde a um órgão internacional que objetiva regular as normas trabalhistas a fim de que a dignidade da pessoa humana seja respeitada e, por conseguinte, melhores condições de trabalho ofertadas.

Desse modo, verifica-se que se as normas emanadas pela OIT não fossem mais passíveis de aplicação no Estado Soberano somente quanto este as incluíssem em seu ordenamento jurídico, ter-se-ia um direito mais eficaz no plano de sua exigência e averiguação.

A partir disso, surge a ideia da criação da Constituição Transversal Global Social regida, criada e protegida pela Organização Internacional do Trabalho. Desse modo, tem-se que os países participantes (com assentos na OIT) teriam que respeitar as normas constitucionais globais sociais independentemente de ratificação interna.

Ou seja, seriam as normas componentes da Constituição Transversal de obrigatoriedade plena e aplicabilidade imediata e seu descumprimento passível de aplicação de sanções pela Organização Internacional do Trabalho.

Portanto, verificando o caso concreto, tem-se que no Brasil, apesar da determinação legal expressa que veda o trabalho do menor de 16 (dezesesseis) anos de idade, salvo exceção do menor aprendiz com idade mínima de 14 (quatorze) anos, há uma grande incidência do trabalho infantil. Não obstante, apesar dos esforços empreendidos pelo Ministério Público do Trabalho e do Poder Público, tal prática é recorrente e acarreta prejuízos imensuráveis às crianças e adolescentes posto que deixam de viver sua infância e estudar para trabalhar em condições subumanas.

Se a Constituição Transversal Global Social já se encontrasse em vigor, teria a Organização Internacional do Trabalho mecanismos mais eficazes de combater o trabalho infantil e de exigir a aplicação da Recomendação nº 146, além de gerar consequência de natureza não somente jurídica como também patrimonial.¹¹

Ou seja, a Recomendação ora citada foi elaborada pela Agência das Nações Unidas em 1976 e trata sobre a idade mínima para o trabalho e as condições laborais fornecidas. Assim, verifica-se que o Brasil ratificou a referida norma, traz em sua *Lex Maxima* a previsão de

¹¹ Para uma melhor visualização de tal capacidade, retoma-se ao exemplo da União Europeia. Verifica-se que, dentre os requisitos necessários para a Constituição Transversal é a soberania mitigada. Ou seja, os países integrantes do pacto europeu aceitaram, dentre outras cláusulas, a jurisdição de um órgão internacional europeu para dirimir os conflitos atinentes, por exemplo, ao descumprimento das normas presente na “Constituição Europeia”. Desse modo, verifica-se que tal órgão jurisdicional é o instrumento de fiscalização e proteção das normas da referida Constituição Transversal.

proibição do referido labor, mas, apesar de passados 38 (trinta e oito) anos, ainda é agressiva a existência de trabalho infantil e degradante.

Portanto, defende-se, no presente artigo, a elevação das Recomendações e Convenções criadas pela Organização Internacional do Trabalho ao nível de Constituição Transversal Global Social a fim de torna-las mais eficazes e de aplicação imediata.

Destaca-se ainda que é imprescindível que os membros componentes da Organização Internacional do Trabalho aceitem o caráter supranacional das normas elaboradas pelo referido órgão da Nações Unidas e que sejam criados, dentro de sua estrutura, poderes que possam atuar sem hierarquia do direito e da política e com autoridade para a defesa da Constituição Transversal Social. Além disso, acrescente-se a importância de os Estados-Membros aceitarem a mitigação da sua soberania e da atuação do órgão supranacional. Portanto, é necessária a aplicação de uma filosofia política que complemente a filosofia jurídica, não se apresente como hierarquicamente superior e que seja capaz de influenciar diversos Estados sem que retire destes a sua soberania.

5. CONCLUSÃO

Verificou-se com o referido artigo que os direitos sociais são considerados fundamentais em virtude de seu caráter essencial para o indivíduo e por promover a dignidade da pessoa humana. Não obstante, apesar de sua importância, são recorrentes as transgressões e os desrespeitos aos direitos fundamentais sociais.

Tais agressões se devem ao fato de que os direitos sociais não são vistos como fundamentais de eficácia imediata. Assim, é comum a alegação de que os direitos dos trabalhadores previstos na Constituição Federal Brasileira apresentam o intuito somente de garantir a não elaboração e conseqüente inclusão no ordenamento jurídico de normas contrárias ao direitos e deveres estabelecidos na Carta Magna.

Não obstante, tal pensamento e aplicação das normas sociais constitucionais de forma mediata, tornam-nas ineficazes e, por conseguinte, correspondem ao desrespeito ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Pensando nisso, o presente artigo objetiva trazer

um mecanismo que forneça maior efetividade aos direitos sociais tanto no âmbito de respeito às normas constitucionais como na aplicação dos direitos sociais garantidos.

Assim, discutiu-se as filosofias jurídicas que influenciaram o estudo do Direito com o intuito de informar ao leitor que o Neoconstitucionalismo forneceu à Constituição meios de torna-la mais eficaz e de exigir o seu cumprimento. Assim, detalhou-se a Supremacia da Constituição, a exigência de uma Jurisdição Constitucional, a Força Normativa da Constituição, a necessidade de que seja previsto um procedimento de modificação das normas constitucionais mais rígidos do que aquele para as leis infraconstitucionais.

Após, foi discutido e defendido o caráter de direito fundamental dos Direitos Sociais. Isso porque a Constituição Federal Brasileira apresenta em seu Título II, Capítulo II os direitos fundamentais dos trabalhadores e, portanto, o mínimo que lhes deve ser assegurado a fim de que seja respeitada a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, partindo-se do pressuposto de que os Direitos Sociais são, de fato, direitos fundamentais, cabem a eles a aplicação do artigo 5º, § 1º, CF/88 que fornece a eficácia imediata. Não obstante, os casos concretos citados demonstram que os Direitos Sociais são agredidos e desrespeitados com frequência e que a eficácia atribuída é somente a negativa. Ou seja, falta-lhes a eficácia social.

Então, surge a discussão sobre a possibilidade de criação de uma Constituição Transversal Social como mecanismo capaz de fornecer maior efetividade aos direitos sociais e, por conseguinte, maior fiscalização. Assim, revelou-se que a Organização Internacional do Trabalho corresponde a uma agência das Nações Unidas que tem como função precípua regulamentar as formas e meios de trabalho de acordo com a dignidade da pessoa humana e com o intuito de abolir os trabalhos desumanos.

Não obstante, a necessidade de ratificação de suas Convenções e Recomendações para que sejam aplicadas nos países que a compõem, tornam suas normas e seu controle fiscalizatório menos eficazes e, portanto, permissivo aos desrespeitos.

Logo, levando-se como exemplo a Constituição Transversal da União Europeia, sugere-se a criação de uma Constituição Global Social com a influência do transconstitucionalismo com o intuito de fornecer aos direitos sociais uma eficácia imediata e global a fim de que a sociedade exerça o labor de forma igualitária e em respeito à dignidade da pessoa humana.

Além disso, seria a Organização Internacional do Trabalho a agência responsável pela criação das normas constitucionais transversais e do órgão jurisdicional capaz de solucionar os conflitos e denúncias de desrespeitos existentes, além do controle e fiscalização da aplicação das normas constitucionais globais sociais. Por fim, conclui-se que o transconstitucionalismo seria a medida capaz de proporcionar a eficácia plena, direta e imediata dos direitos sociais posto que a sociedade global caminharia em pé de igualdade laboral e buscaria sempre as formas de trabalho mais humanas e que respeitam a dignidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. Capítulos IV e V.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho**. 1ª Edição. LTr, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. “Konrad Hesse: Uma Nova Crença na Constituição”, in: CLÈVE, Clémerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOBROWOLSKI, Sílvio. “Hermenêutica Constitucional”, in **Direito Constitucional**, Módulo IV, Rio Grande do Sul: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl.; Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; CALVET, Otávio Amaral. **Direitos humanos e fundamentais. Os princípios da Progressividade, da Irreversibilidade e da Não regressividade Social em um Contexto de Crise**. Disponível em:

<<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Direitos%20Humanos%20e%20Fundamentais>

s.%20Os%20Princ%C3%ADpios%20da%20Progressividade,%20da%20Irreversibilidade,%20etc
.pdf>. Acesso em 03 de Jun. de 2013.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. “Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição”, in **Coleção Professor Gilmar Mendes**, Vol. 7. São Paulo: Método, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

PINTO, Airton Pereira. **Direito do Trabalho, Direitos Humanos Sociais e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.