V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

JORGE ROSENBAUM RIMOLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Jorge Rosenbaum Rimolo, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-230-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito do trabalho. 3.Meio ambiente do trabalho. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

Em mais uma edição, o CONPEDI consolida sua posição no âmbito acadêmico, condensando o que há de mais contemporâneo nas investigações científicas, de dimensão nacional e internacional.

E não por acaso, surpreende pela alta qualidade das produções publicadas, haja vista que apresentam uma revisão de conceitos e analisa as transformações ocorridas, o que intensifica e dinamiza o intercâmbio das discussões em voga.

Acirrados pelo atual contexto de crise econômica, cujo alcance tem se estendido a diversas nações, têm-se multiplicados os casos de violações de direitos, em especial aqueles que tocam aos direitos humanos do trabalhador, revelando-se a necessidade de uma produção científica que possibilite incrementar mudanças nas estruturas institucionais das sociedades contemporâneas.

Com a diminuição das barreiras nas relações socioeconômicas e culturais, no fluxo interacional em escala global, cada vez mais se torna pertinente a análise dos temas abordados nesta revista que têm por mira a promoção do debate acerca da proteção do trabalhador frente às novas realidades no ambiente de trabalho no mundo globalizado.

Desta sorte, com a crescente onda de relativização dos direitos humanos do trabalhador, urge a leitura dos textos científicos que compõem essa coletânea de artigos que convidam para um debate qualificado sobre a temática laboral, sempre tendo como ponto norteador a promoção do trabalho decente, sendo de relevância ímpar para a construção de um novo paradigma das relações de trabalho.

Profa. Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Jorge Rosenbaum Rimolo - UDELAR

PADRÕES MÍNIMOS TRABALHISTAS COMO CONTEÚDO DA CIDADANIA SOCIAL EXISTENCIAL

LABOR MINIMUM STANDARDS AS CONTENT OF SOCIAL CITIZENSHIP EXISTENCIAL

Fernando Amaral [1]

Resumo

Trata o presente artigo em investigar a evolução os direitos de cidadania social existencial e a inserção do direito do trabalho dentro do seu conteúdo. Superado este ponto buscou-se na tradição doutrinária posta o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana onde esta é tratada dentro da espécie normativa regra, destacando que com esta abordagem quando este conteúdo não é cumprido pelo Estado o cidadão não existe juridicamente de forma digna. Concluiu-se, por fim, que há padrões mínimos trabalhistas que compõe a cidadania social existencial. Utilizou-se do método indutivo com técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos sociais, Cidadania, Padrões mínimos trabalhistas

Abstract/Resumen/Résumé

It this article to investigate the evolution of the rights of existential social citizenship and the inclusion of labor relation law within your content. Surpassed this point sought to the doctrinal tradition put the minimum amount of human dignity where it is treated within the normative rule species, noting that this approach when this content is not fulfilled by the State the citizen does not exist legally in a dignified manner. It was concluded finally that there is labor minimum standards for low-income insured that makes up the existential social citizenship. It was used the inductive method with technical literature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Citizenship, Labor minimum standards

[1] Mestre em Direito e Justiça Social (FURG); professor efetivo na Universidade Federal do Rio Grande (FURG); pesquisador do CNPQ; advogado. Email: nandoamaral@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo investigar, através do método indutivo mediante a técnica de pesquisa bibliográfica (normativa, doutrinária e jurisprudencial), a evolução dos direitos de cidadania social, sua dimensão existencialista e a possibilidade de inserção do direito do trabalho neste conteúdo.

O desenvolvimento do artigo está estruturado em três partes.

A primeira parte se ocupou em demonstrar a evolução geracional dos direitos do homem, destacando a sua leitura dentro dos direitos de cidadania iniciando na cidadania civil e culminado na cidadania social.

A segunda parte ocupou-se por demonstrar que dentro da cidadania social há um conteúdo mínimo de dignidade e que a mesma deve ser aplicada modularmente dentro da espécie regra (norma/conduta) demonstrando que não cumprido este conteúdo de cidadania social existencial o cidadão está em estado de indignidade.

O terceiro momento se preocupou com a investigação de padrões sociais mínimos[1] dentro do direito do direito trabalho e sua emergente inserção no rol dos direitos sociais da cidadania social existencial e, assim, contribuir para o conteúdo da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

Assim, diante da emergência social existencial e libertária busca-se com a presente pesquisa o incremento dos direitos de cidadania e, dessa forma, contribuir para a evolução jurídica deste tema na área trabalhista.

1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DE CIDADANIA

A evolução dos direitos é uma necessidade constante da vivencia social. A cada fato social novo, poderá ter um olhar axiológico do Direito para se verificar a necessidade de juridicização e transformar os elementos deste fato social num suporte fático para incidência da norma, assim qualificando este fato em fato jurídico[2].

---

[1] Trata-se de expressão utilizada no âmbito da proteção internacional do trabalho tema intimamente ligado ao comércio internacional. Para evitar o *dumping social* –situação na qual um pais inseri produto no outro em valor abaixo do normal para que o preço exportador seja inferior ao de consumo no mercado interno através de violação de direitos fundamentais dos trabalhadores - alguns países desenvolvidos, mormente os EUA e a comunidade Européia, começaram a postular uma *clausula social* nas relações internacionais comerciais dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento que contenha padrões trabalhistas mínimos composto por regras de justiça social internacionalmente aceitas (MAZZUOLI, 2007, p. 794-796).

[2] Dentro desse raciocínio Miguel Reale (**Lições Preliminares de Direito.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 65, grifamos), na sua teoria tridimensional do Direito, preconiza que *"Onde quer que haja um fenômeno*

Alguns direitos, no entanto, possuem uma qualificação especial. De fato, aqueles direitos qualificados como direitos do homem merecem uma atenção especial devido a fundamentalidade existencial do indivíduo, e por estarem estritamente ligados, de acordo com a doutrina, com outros temas fundamentais. Nestes termos Bobbio, (2004, p. 1) destaca que há uma relação de existência entre direitos do homem, democracia e paz. Para este autor italiano só há democracia numa sociedade de cidadãos, e estes, só existem, no sentido jurídico da palavra, quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais.

Este surgimento de novos direitos se dá através da historicidade social que, segundo Bobbio (2004, p. 63) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. Com base nesta historicidade Bobbio revelou uma classificação geracional de direitos do homem. Os de primeira geração (civis e políticos), os de segunda geração (direitos sociais), os de terceira geração (dentre eles o mais importante, segundo Bobbio é o de viver num ambiente não poluído). Bobbio destaca que se está ainda em constante evolução e cita os direitos de quarta geração advindo das reivindicações dos direitos do homem em relação a pesquisa biológica (BOBBIO, 2004, p. 5).

Sob a perspectiva dos poderes e deveres do Estado em relação a estes direitos, para este autor italiano, embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre duas com relação aos poderes constituídos: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Os de primeira geração, ou dimensão, respondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; os de segunda, os direitos sociais, uma ação positiva do Estado; nos direitos de terceira e de quarta geração ou dimensão, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie (normas que contém um não agir ou ação positiva do Estado) (BOBBIO, 2004, p. 6).

Portanto, temos que direitos do homem são dimensões que surgem através da história dos povos que vão aumentando o nível de cidadania. Com base numa perspectiva cidadã – direito de ter direitos -, Marshal (1967, p. 63) propôs uma tipologia: a) cidadania civil - que englobaria os direitos necessários a liberdade individual - ir e vir, imprensa, pensamento e fé,

---

*jurídico, há, sempre e necessariamente, um **fato** subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um **valor**, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou **norma**, que representa a relação ou medida que integra um daqueles momentos ao outro, o fato ao valor*".

propriedade e conclusão de contratos válidos, justiça igual, etc.; b) cidadania política - que englobaria o direito de participar no exercício do poder político; c) cidadania social - que englobaria tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade[3].

Consolidando as gerações dos novos direitos de Bobbio e as cidadanias – direito de ter direitos - de Marshall temos que os direitos de primeiro geração contem a cidadania civil e política e os de segunda geração a cidadania social. Os direitos de terceira geração, segundo o autor italiano, por ter uma heterogeneidade e vagueza muito grande carece de um lócus cidadão mais definido. Esta perspectiva cidadã dos direitos reflete diretamente no modelo Estatal conformado no texto constitucional[4].

2. DA CIDADANIA SOCIAL EXISTENCIAL

Segundo Konrad Hesse não é casual que o debate mais recente tenha por objeto o significado e a possível eficácia dos direitos sociais fundamentais, entendidos como a "garantia das bases em que se assenta a existência individual" (2009, p. 45). Dentro do

[3] O referencial de Marshal aqui escolhido é por razão de democracia substancial e não meramente procedimentalista. A locução *direito de ter direito* vai além de um direito posto, avança na possibilidade do Estado não apenas garantir os direitos legislados mas conceder os não legislados pois os fundamentos e objetivos da Republica Federativa do Brasil não é uma tarefa apenas dos Poderes Executivo e Legislativo mas também do poder judiciário. Portanto, se em Bobbio o avanço dos novos direitos se dá sob três aspectos (a- porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b - porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c - porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser) este avanço pode se dar pelo Poder Judiciário através da judicializacão da cidadania e, se necessário, com manifesta criação judicial de direitos limitada em sentido formal pelo devido processo legal e material pela tradição jurídica.

[4] No entanto, como bem destaca Bobbio, a geração dos direitos é histórica, assim a análise desta diferenciação depende do estudo da constituição de cada Estado. Como já destacamos, nas Constituições brasileiras, as que nos interessa, temos que os direitos civis (primeira geração de direitos, cidadania civil) surgiram em parte com a Constituição Imperial de 1824; os direitos sociais (segunda geração de direitos, cidadania social) com a Constituição de 1934; os direitos políticos (primeira geração de direitos, cidadania política)[4] com a Constituição de 1934 suprimido com a Carta de 1937, restabelecido com a Constituição de 1946, suprimido com a Carta de 1967 e restabelecido na Constituição de 1988 junto com os direitos difusos (terceira geração de direitos). Como se percebe a nossa peculiaridade histórica na evolução dos Direitos Fundamentais, e seu reflexo no Estado e na cidadania, está em que adotando dicotomia geração/dimensão os nossos direitos políticos, além da inversão histórica proposta por Bobbio, tiveram uma geração em 1934, finda em 1937, uma geração em 1946, finda em 1967 e se tornou uma dimensão, junto com os demais horizontes de direitos, com a Constituição de 1988. Devido às sincopes constitucionais e valorizando a força normativa e a historicidade dos direitos fundamentais, temos no Brasil: direitos civis (primeira dimensão, cidadania civil, desde 1824), direitos sociais (segunda dimensão, cidadania social, desde 1934), direitos políticos e difusos (terceira dimensão, desde 1988).

catálogo dos direitos sociais, alguns compõe um rol que, caso não sejam implementados, o indivíduo não existe juridicamente.

Trata-se de direitos sociais de um mínimo existencial[5], que garantem a dignidade da pessoa humana bem como a cidadania, sendo estas tratadas como regra (além de princípio e postulado, como já proposto logo a seguir). Ou seja, ou alguns direitos de cidadania são efetivados ou não há dignidade da pessoa humana, pois ao negar determinadas prestações se está tirando do cidadão o conteúdo material da dignidade da pessoa humana que é *a faculdade de se autodeterminar e agir em conformidade com o ordenamento jurídico dentro de um mínimo ético*. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 40), Kant, construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, sinaliza que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo encontrado apenas nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Em síntese, no que diz respeito ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, é possível referir que autonomia e dignidade estão, notadamente no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricadas, visto que a dignidade pode ser considerada como próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo ético. Com base nesta premissa Kant (apud SARLET, 2012, p. 40) sustenta que todo ser racional é um fim si mesmo não podendo ser um meio para uso arbitrário de outras vontades. Portanto, diante desta supremacia da dignidade encontra-se a diferença dela em relação a coisa, pois esta pode ser mensurável economicamente e aquela não. Assim, enquanto a coisa tem preço, a dignidade é valor.

Partindo dessa premissa filosófica, problema é que é muito comum se falar em direitos humanos – ou direitos do homem – e ficar na vagueza de um discurso postulante, mas sem dizer o estado social que realmente se quer[6]. Fica-se na banalização do senso comum reivindicante, sem exatamente pontuar que conteúdo realmente compõe uma cidadania social digna.

Ao analisarmos o texto na Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana e a cidadania comparecem no art. 1º, inciso II e III, respectivamente como fundamentos da

[5] Segundo o STF o *mínimo existencial* resulta dos arts. 1º, III, e art. 3º, III e se sobrepõe à *reserva do possível* em eventual conflito (ARE 639.337-AgR, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 15-9-2011).

[6] De acordo com Hesse (**Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris p. 175, 1998) a lei fundamental alemã ao qualificar o Estado como "estado de direito social", perfeitamente aplicável ao nosso (con)texto constitucional, representa não só um reconhecimento forçado de uma realidade social que não pode ser mais negada, como também que as tarefas do Estado não mais se esgotam na proteção, conservação e intervenção ocasional, fazendo surgir um Estado que guia, presta, distribui possibilita tanto vida individual como social.

República Federativa do Brasil, e no caput do art. 170 a existência digna de todos como finalidade da ordem econômica. Humberto Ávila dentro da sua Teoria dos Princípios (2005, p. 60) nos traz através uma tipologia tricotômica que um ou vários textos jurídicos ou dispositivos, ponto de partida para a construção normativa, podem experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). Ou seja, para este autor o que vai definir a norma como princípio, regra ou postulado não é a sua análise abstrata ou a pré-determinacão legislativa-textual[7], como trata a maioria da doutrina, mas o modo que será aplicado o texto pelo intérprete. Ainda, segundo Birnfield, dentro dos comportamentos exigidos da norma/regra surgem direitos, deveres e poderes que, como aqui propormos, impõe condutas de realização da cidadania[8].

Dentro do esquema da dignidade da pessoa humana como regra o Estado e a sociedade dispõe e impõe de forma recíproca de poderes, direitos e deveres. Assim, é possível tratar a cidadania social existencial, encarando a dignidade da pessoa humana como uma regra de conduta, impondo ao Estado o dever de prover prestações mínimas. Com efeito, o texto constitucional não pode ser uma excludente discursiva – mormente através de ponderações princípiológicas - para um não tratamento da dignidade da pessoa humana como regra e escapar, assim, de um parâmetro de prestações sociais que possam identificar se o Estado realiza um mínimo de cidadania, se efetiva a cidadania social existencial.

Não se quer esgotar o tema, mas a doutrina já elencou algumas prestações que sem as mesmas não se tem uma vida digna, não se realiza a dignidade da pessoa humana, não se tem um estado de direito cidadão. Ou seja, sem determinadas prestações na há cidadania social existencial no seu sentido jurídico. A saber, é possível pela análise dos comportamentos ativos estatais se este realiza a cidadania social existencial ou não.

---

[7] Em vários momentos a Constituição de 1988, e apenas para ficar nela, diz que determinado texto se trata de um principio (arts. 4º; 34, IV; 37, 93; 127, § 1º). Aceitar esta predeterminação constituinte seria dizer que quando ela fala no art. 25 que "*Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*" seria dizer que determinada estrutura abstrata de regra não deveria ser obedecida. Outro exemplo de exagero argumentativo constituinte é no art. 46 onde esta disposto que "*O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.*" onde a estrutura é, *prima facie*, de regra.

[8] Conforme proposta normativa que já defendemos para a cidadania ecológica como resultado da interpretação temos regras (normas/condutas), princípios (normas/finalidade) e postulados (normas/método). As regras, por suas vez, são divididas em regra-poder, regra-dever e regra-direito (AMARAL, Fernando. **A distinção entre princípios e regras, a ordem constitucional e a cidadania ecológica: uma proposta doutrinaria.** Direito ambiental II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. – João Pessoa: CONPEDI, 2014. Página 34-41. 2014, pp 15-17). Entendemos que as mesma *estrutura normativa* deve ser aplicada para toda a cidadania social existencial.

Luis Roberto Barroso, destaca a associação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, apregoando que existe um núcleo material elementar composto do mínimo existencial, locução que identifica o "conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade" (BARROSO, 2004, p. 335). Este constitucionalista não descarta, o que compartilhamos, uma variação subjetiva das prestações que compõem o mínimo existencial, mas aponta um certo consenso de que nele se inclui: renda mínima, saúde básica, educação fundamental, e, como instrumento de efetividade destes direitos, o acesso à justiça. Este autor frisa, por seu turno, que aquém deste patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.

Sobre o tema, Barcellos (2002, p. 305) nos traz uma pequena variação dizendo que

> "O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos **(1) à educação fundamental, (2) à saúde básica, (3) à assistência no caso de necessidade e (4) ao acesso à justiça**". (grifamos)

Portanto, em que pese uma variação de conteúdo da realização de um *mínimo existencial* ou *cidadania social existencial* (sob a perspectiva cidadã, direito de ter direitos sociais existenciais), percebe-se que os autores supra tratam a dignidade da pessoa humana no esquema normativo típico das regras. Neste tratamento tem aplicação do esquema tudo ou nada, possuindo, destarte, natureza de norma imediatamente descritiva (mandado de definição). Ou seja, não descartamos a dimensão deontológica da dignidade da pessoa humana, mas para sair da zona de conforto discursiva dos princípios e suas possíveis ponderações com outros interesses – mormente com o topoi[9] da reserva do possível[10], mister

[9] O método tópico busca a solução mais razoável pra caso concreto em eventual detrimento do sistema jurídico. Ele não está preocupado com a única resposta correta, vendo na textura aberta das normas constitucionais a solução mais adequada para solucionar os problemas à frente do intérprete (SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de, SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos constitucionais.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 423). Destaca Karl Larenz (**Metodologia da Ciencia do Direito.** Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 170) que o método interpretativo tópico se relaciona com o conceito de valor que deveria ser o esperado pelas partes, deslocando o foco da fundamentação jurídica para uma motivação que prima o problema em detrimento da norma, como metodologicamente trabalhou Theodor Viegh em sua obra "*Topik und Jurisprudenz*". Segundo Viegh (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 34), com base no modo de pensar aporético de Aristoteles, a tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve proceder numa determinada situação, caso não se queira restar "*sem esperança*". Apenas o caso concreto ocasiona de modo evidente tal jogo de *ponderação*, que vem sendo denominado de *tópica* ou *arte de criação* (idem, ibidem). O modo de pensar tópico é oposto de um pensar sistêmico, apesar de Viegh não negar as suas implicações. Portanto, para Viegh o problema e o sistema não são antagônicos[9], o sistema normativo não é descartado pois ele é mais um elemento do catálogo de *topoi*[9] para solucionar o caso concreto para a *tópica pura*. Enquanto o modo de pensar sistêmico se organiza a partir do

tratar o mínimo de bem estar social[11] dentro de um esquema de tudo ou nada. Com este tratamento normativo da cidadania é possível verificar se o Estado cumpre com a *cidadania social existencial*, ou se ainda está em débito com a evolução social e histórica no atual estágio econômico e social dos direitos do homem.

No entanto, não se pode descartar que, por força ontológica da interdependência dos

todo, o modo de pensar da tópica inverte e *foca no problema para solucionar o caso*. O intérprete parte de uma tópica descritiva (de primeiro grau, a *inventio*) para uma tópica prescritiva (de segundo grau, a *conclusio*) destacando que a função dos *topoi* sempre é solucionar o problema, e como tal uma compreensão não é imodificável pois deve ser o fio condutor do pensamento para resolver o caso (idem, ibidem, 2008, p. 40). Para Viegh, o repertório de pontos de vista é flexível pois ele pode ser acrescentado e reduzido. Por isso que o pensamento tópico em si auxilia, precisamente em novas possibilidades de compreensão, levando a novas formas de interpretação. No entanto, nem toda interpretação gera isso, somente aquela que se utiliza de um procedimento dialético. Afinal "*as premissas fundamentais se legitimam, como se pode ver, pela aceitação do interlocutor do discurso*" pois "*É evidente que o debate é a única instancia de controle e a discussão de problemas se mantém dentro daquela esfera do que Aristóteles chama de dialeticidade*" (idem, ibidem, p. 44) e conclui o autor que o que se aspira são juízos efetivos e não a uma simples e arbitrária opinião. Dessa forma, como destaca Hesse (**Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 63) e assim compartilhamos, há uma vinculação necessária entre (1) a interpretação da norma a ser concretizada, (2) a (pré)-compreensão do intérprete e (3) o problema concreto a ser solucionado demonstra que não existem métodos autônomos suficientes para uma hermenêutica adequada e reflexiva que não gire em torno no mínimo destes três elementos. A diferença é que no método da tópica de Viegh, aqui explicitado, se tem, segundo Hesse, uma *tópica pura* (idem, p. 63) ao passo que os métodos concretista de Hesse e estruturante de Friedrich Müller, por exemplo, seriam uma *tópica mitigada* devido a ênfase no sistema normativo sem descartar o problema (SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de, SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria historia e métodos constitucionais.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 423). Para Friedrich Müller (**Teoria Estruturante do Direito**. 3 ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69), a tópica além de ter advinda do direito civil é altamente questionável no direito constitucional e mesmo para o direito privado ela viola o Estado de Direito, pois a solução do problema seria uma tarefa do legislador sendo também violadora do Estado de Direito por considerar a lei democraticamente votada apenas somente um *topos* (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 272). Portanto, o fato é que há um consenso: tanto o sistema quanto o problema não são auto-referenciais. Uma decisão adequada ao caso concreto deve levar em consideração a interpolação entre texto e realidade, entre sistema e ambiente[9]. O primado que será dado vai depender do procedimento a ser adotado. Dessa forma, a grande contribuição da tópica está no fato, que levou ao limite, de que no trabalho do intérprete deve-se focar no problema a ser resolvido, no caso concreto. Ela ainda é de grande valia nos direitos de cidadania social, mormente os existenciais.

[10] São *topois* não normativos conhecidos na argumentação jurídica brasileira a reserva do possível, o interesse público, o bem comum muito utilizados para negar inclusive os direitos de cidadania. No entanto STF se utilizou de um *topoi* não normativo que foi a "felicidade" (STA 223-AgR) e efetivar a dignidade da pessoa humana de um tetraplégico pois considerou que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa no direito de buscar autonomia existencial que é o direito à vida, O STF possui conceitos líquidos do *topoi* interesse publico que segundo Mendonça, em apurada pesquisa da tópica no STF, possui no mínimo seis eixos temáticos (MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 303).

[11] Interessante observação quanto ao Estado (de direito) Social brasileiro é trazida por José Ricardo Caetano Costa ao dizer que "*Se é correto afirmar que o Brasil não chegou a integrar os países que experimentaram o que se denominou de Estado do Bem-Estar Social, parece-me correto o entendimento de que a Constituição Federal promulgada em 05.10.88, batizada carinhosamente de Constituição Cidadã, trouxe no seu bojo inúmeros direitos conhecidos no Welfare State. Este raciocínio é valido e justifica-se notadamente quando do trato, pelos constituintes de 1988, das questões relacionadas com a seguridade e a assistência social.* (COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59).

direitos humanos[12], nenhum destes direitos serão realmente efetivados se não forem dentro de um *meio ambiente sadio*. Não se pode falar em direito fundamental a saúde, por exemplo, dentro de circunstancias ambientais degradantes pois qualquer política pública de saúde terá pouco efeito se o cidadão não estiver num ambiente salubre. Por isso, deve-se incluir dentro dos direitos que garantem a cidadania social existencial o direito a um meio ambiente sadio, garantidor da *cidadania ecológica*[13] o que já propomos em outra oportunidade[14].

Mas é necessário avançar mais. Não se pode descartar acréscimos neste conteúdo diante da historicidade dos direitos nos termos de Bobbio e assim inflar o conteúdo da cidadania na tradição jurídica. Desta feita se faz necessário um olhar para os padrões mínimos trabalhistas e verificar a sua emergência inclusiva no conteúdo da cidadania existencial.

Dessa forma, consolidando a tradição já posta e proposta, temos que a *cidadania social existencial* é composta pelo(a): (1) educação básica[15], (2) saúde básica, (3) assistência social[16], (4) padrões mínimos trabalhistas, (5) meio ambiente ecologicamente equilibrado e

---

[12] A declaração de Viena de 25 de junho de 1993 tentou responder ao debate entre relativismo cultural e universalismo dando como uma das características dos direitos humanos a *interdependência*. Destaca Mazzuoli que trata-se de uma característica a respeito dos direitos de dignidade da pessoa humana de forma indivisível evitando um tratamento fragmentário e hierarquizado da dignidade da pessoa humana evitando, assim, políticas públicas setoriais que não abrangem direitos humanos de segunda geração ou dimensão (MAZZUOLI, Valério de Oliveira**. Direito Internacional Público.** 2ª ed. Revista, atual. e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p. 677).

[13] De acordo com Carlos André Birnfeld (**Cidadania Ecológica.** Pelotas: Delfos 2006, p. 11) a cidadania ecológica é composta por ações e abstenções destinadas a manter a incolumidade dos fatores da natureza que contribuem para a manutenção da vida.

[14] A cidadania ecológica não consta na tradição doutrinaria dos autores ali citados que defendem um mínimo existencial. No entanto a sua inclusão dentro de uma cidadania social existencial já foi proposta por este autor em sua defesa de dissertação de mestrado no Programa de Pós Graduação em Direito e Justiça Social da Fundação Universidade do Rio Grande concluído em 2015: AMARAL, Fernando. **Criação Judicial do Direito: Perspectivas Hermenêuticas, Constitucionais e de Cidadania.** 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado) - **Faculdade de Direito**, Fundação Universidade do Rio Grande (FURG), Rio Grande/RS, 2015. Disponível em http://www.argo.furg.br/?BDTD10715.

[15] Não é preciso dizer que muitos dos problemas cotidianos brasileiros estão no déficit estatal da efetivação da educação, mormente na ausência de políticas públicas concretizadoras desta prestação. Toda a construção de uma sociedade livre, justa e solidária passa por tratar a educação como uma questão de Estado e não como uma questão de governo e suas eventuais opções discricionárias-politicas. A Constituição Federal no art. 205 dispõe que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da *cidadania* e sua qualificação para o *trabalho*. Portanto, nos termos constitucionais a educação é fundamental para o desenvolvimento da cidadania fortalecendo a idéia de interdependência dos direitos de cidadania e consubstanciando, assim, também como uma *cidadania meio* para os demais direitos existenciais.

[16] O beneficio que efetiva este direito de cidadania social existencial é o da LOAS (Lei 8742/1993 - Lei Orgânica da Assistência Social) no artigo 20. Quanto ao conceito de miserabilidade o STF evoluiu na sua jurisprudência para decidir pela inconstitucionalidade do critério legal. Num Primeiro momento ficou na interpretação literal (ADI 1232) posteriormente evoluiu na sua jurisprudência aduzindo que "*a renda familiar per capita inferior a um quarto do salário mínimo estaria defasado para caracterizar a situação de miserabilidade"* declarando a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da LOAS (Rcl 4374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.4.2013). Para uma analise desta jurisprudência do STF sob a perspectiva de uma hermenêutica-reflexiva ver o nosso: AMARAL, Fernando; COSTA, José Ricardo Caetano**. A cidadania social existencial e a evolução da concessão do beneficio de prestação assistencial da LOAS na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através de uma hermenetica reflexiva**. In.: Direito Público, v.12, n.67, jan./fev. Síntese:

(6) o acesso à justiça[17]. A cidadania social existencial, portanto, pode ser resumida no seguinte esquema: *o cidadão só existe juridicamente se o Estado lhe garantir direitos sociais de educação básica, saúde básica, assistencial social, padrões mínimos trabalhistas em um ambiente ecologicamente equilibrado com a garantia instrumental de acesso a justiça*.

Assim, no próximo item procuraremos demonstrar o que entendemos por previdência social básica e sua substancial inserção no conteúdo da cidadania social existencial.

3. DOS PADRÕES MÍNIMOS TRABALHISTAS: CADADANIA TRABALHISTA EXISTENCIAL

Para Sergio Pinto Martins conceitua o Direito do Trabalho como o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas. O Direito do Trabalho possui um recorte de cidadania (direito de ter direitos) que compõe o conteúdo dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana (direitos do individuo que geram a capacidade de se autodeterminar dentro de um ordenamento jurídico ético) ou seja uma cidadania existencial no seu sentido jurídico nos termos acima expostos. Neste tom destaca Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 81) que o Direito do Trabalho corresponde à *dimensão social* mais significativa dos Direitos Humanos pois ao lado do Direito Previdenciário é por meio desses ramos jurídicos que os *Direitos Humanos* ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana (DELGADO, 2012, p. 82).

Esta importância que o trabalho possui para a vida humana em sociedade pode ser percebida no nosso texto Constitucional o qual contempla um amplo programa normativo[18] o

---

2016. p. 9-30. Para maior compreensão da LOAS e do seu único benefício de prestação pecuniária e continuado ver SERAU Jr., Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. **Benefício Assistencial: Temas Polêmicos.** São Paulo : LTr, 2014.

[17] O acesso a justiça é de vital importância pois a mesma é uma *cidadania social existencial instrumental* afinal para alcançar as demais existencialidades jurídicas, ou proibir o retrocesso da cidadania, às vezes o exercício desta cidadania se faz necessária diante da não-concretizaçao da dignidade da pessoa humana, sendo inevitável a *judicialização da cidadania social existencial*.

[18] Friedrich Müller (**Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38) na sua *metódica constitucional estruturante* refere que quando os juristas falam e escrevem sobre "a" Constituição, referem-se ao texto da Constituição; quando falam "da" lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais "*o teor literal de uma prescrição*

qual além de estar regulamentado no art. 7º tem a finalidade: (a) de fundamentar a Republica Federativa do Brasil enquanto valor social (art. 1º, IV); (b) de proibir o excesso da atuação estatal na limitação da livre iniciativa de escolha de labor (art. 5º, XIII); (c) de proibir o excesso na execução da pena com a proibição de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII, c); (d) sócio-ideológica no rol dos direitos sociais do (art. 6º); (e) orgânica na repartição de competências federativas (arts. 21, XXIV e 22, I) e na repartição de competência jurisdicional (art. 114, I); (f) de conformar da ordem econômica através da busca do pleno emprego (art. 170, VIII)[19]; e (g) de ser o primado da ordem social (art. 193, caput); (h) objeto de qualificação da educação (art. 205)[20].

---

juspositiva é apenas a 'ponta do iceberg' "(idem, ibidem). Para além do texto e da norma se tem a *normatividade*, que pertence à norma segundo o entendimento veiculado pela *tradição* (horizonte passado do intérprete), não é produzida por esse mesmo *texto*. Destaca Müller (idem, ibidem) que a normatividade resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. Com efeito, a normatividade está no plano da efetividade e pertence ao campo da relação entre constituição e realidade. Programa da norma é expressão utilizada por Friedrich Muller para descrever o teor literal. Significa, para este professor de Freiburg, a "ordem jurídica" tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma, isto é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma "escolheu" para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares). O âmbito da norma pode ter sido gerado (prescrições referentes a prazos, datas, prescrições de forma, regras institucionais e processuais etc.) ou não-gerado pelo direito. Na maioria dos casos o âmbito da norma é hibrido (idem, pp 42-43). A tradição que Müller se refere é um dos elementos ontológicos do paradigma hermenêutico filosófico de Gadamer para descrever o seu círculo hermenêutico. Para Gadamer a tradição é "*(...) o* ***horizonte do passado****, do qual vive toda vida humana e que* ***se apresenta sob a forma de tradição****, que já está sempre em movimento. (...) O nosso próprio passado a qual se volta consciência histórica, faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como origem e tradição. Compreender uma tradição, sem dúvida, requer uma tradição histórica.*" (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da traduçao de Enio Pailo Giachini. 14. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, pp 402-403, sem grifos no original). E complementa "*A teoria tradicional do "****circulo hermenêutico****", em particular, se apresenta sob novo aspecto e adquire importância fundamental. Não se trata somente da relação formal entre a antecipação do todo e a construção das partes, correspondente à regra de "decompor e recompor" que nos era ensinada nos cursos de latim - relação que de fato constitui a* ***estrutura circular da compreensão de textos****. Ora, o circulo hermenêutico é um circulo rico em conteúdo* (inhaltlich erfüllt) *que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento* (processual whole)*. A* ***compreensão*** *implica sempre uma* ***pré-comprensão*** *que, por sua vez, é prefigurada por uma* ***tradição*** *determinada em que vive o intérprete e que modela os seus* ***preconceitos****.* (GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** Organizador: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 13, grifamos). No presente artigo estas são as tradições teóricas utilizadas quando utilizarmos estas expressões.

[19] Segundo Eros Grau cada inciso do art. 170 é um princípio constitucional impositivo, a cumprir dupla função: (1) como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e (2) – objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de diretriz dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas. (GRAU, 2007, p. 225 ss). Portanto, em que pese termos uma economia de mercado ela só será lícita se tiver a finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana.

[20] Como se percebe o "trabalho"no texto constitucional ora é conteúdo do programa da norma (art. 7º da CF) ora é o âmbito da norma como suporte fático para compor outros setores do Direito que não os direitos subjetivos trabalhistas.

Apesar do texto constitucional tratar amplamente do trabalho e do direito do trabalho é principio fundamental no direito do trabalho a aplicação da norma mais favorável independente da fonte formal. Trata-se de regra que deriva do norma da proteção a qual significa que para fins de proteção do trabalhador:

> que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra (**princípio orientador da ação legislativa**, portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (**princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas**) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (**princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista**). (DELGADO, 2012, p. 194, grifamos)

Nesta pesquisa nos interessa a segunda dimensão dessa regra (como orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas). Idêntico ao que acontece com o conteúdo do principio do *pro homini*[21] no direito internacional este comando torna a fonte formal hierárquica do direito do trabalho - seja ela autônoma ou heterônoma[22], nacional ou internacional[23] - flexível ou plástica colocando sempre no vértice da pirâmide normativa - com base no elemento teleológico da norma trabalhista: a proteção do trabalhador - e conformadora das demais a norma que mais favorece o trabalhador (DELGADO, 2012, p. 175). É possível destacar, o que ainda não foi feito na tradição, é que no conceito do principio *pro homini* há um conteúdo objetivo (a norma mais favorável no vértice) e outro subjetivo que torna um direito para brasileiros ou estrangeiros em território nacional residentes ou não[24].

---

[21] O princípio de direito internacional *pro homini*, destaca Mazzuoli (2010, p. 109-110), tem base na *Convenção Americana de Direitos Humanos* onde deve-se aplicar no caso concreto a norma de direitos humanos mais benéfica ao individuo sem levar em consideração a hierarquia formal das normas mas levando em consideração uma hierarquia material de valores, afinal aplicando lei ordinária (quando mais benéfica) em detrimento de um tratado de direitos humanos não deixa de respeitar o princípio da hierarquia material. Portanto, no que diz respeito a este ponto deve ser ter em conta a *força normativa material dos direitos humanos* o que pode se inserir muito bem no contexto direito trabalhista aqui abordado. O nosso texto constitucional quando no caput do art. 7º tem esta cláusula de inclusão de direitos que melhorem a condição social do trabalhador.

[22] É da tradição da dogmática trabalhista clássica classificar as fontes do direito do trabalho em materiais e formais. As materiais seriam os fatos da realidade social que irão compor o suporte fático do programa da norma. São fatos econômicos, sociológicos, políticos, filosóficos (ou político-filosóficas) que ensejaram o inicio do processo legislativo. As fontes formais, por sua vez, é o modo de exteriorização da fonte material. Este pode ser heterônomo (quando um terceiro distinto dos destinatários elabora a norma, por exemplo o Estado) ou autônomo quando os próprios destinatários da norma realizam a produção normativa (Acordo Coletivos e Convenções coletivas de trabalho) .

[23] A partir deste momento do texto chamaremos o *principio da norma mais favorável* de *principio pro homini* por ser aquele conteúdo deste e por incluir na dinâmica eventual norma de direito internacional mais favorável.

[24] Apesar da Constituição afirmar no caput do art. 5º que os direitos e deveres individuais e coletivos são garantidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, o STF já se pronunciou acertadamente que "*Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos artigos 153, caput, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º, LXIX da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido.*" RE 215.267, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-4-01, DJ de 25-5-01). Apesar do precedente tratar de legitimidade ativa em mandado de segurança com mais razão a *ratio decidendi* pode ser aplicada nos direitos d cidadania existencial.

Para identificar padrões mínimos trabalhistas, ou uma *cidadania trabalhista existencial*, necessita-se fazer um recorte de direitos trabalhistas onde se tem um patamar mínimo de direitos que componha a existência jurídica-libertadora do trabalhador mormente na tutela trabalhista das minorias. Com olhos na *força normativa da constituição*[25] e na legislação é possível identificar na tradição um conteúdo que sequer pode ser suprimido pela fonte de normatização autônoma trabalhista através do chamado *Princípio da Adequação Setorial Negociada*[26] que, pelo mesmo texto constitucional, é fonte formal do direito do trabalho (art. 7º, XXVI). Estes padrões trabalhistas mínimos *são a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), o pagamento do salário mínimo e as normas de saúde e segurança do trabalho*. São direitos revertidos de indisponibilidade absoluta. Tais prestaçoes são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional e sob qualquer condição socioeconômica, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho nos termos dos arts. 1º, III, e 170, caput, CF/88 (DELGADO, 2012, p. 116-117, grifamos).

3.1 Anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS)

O regime jurídico de anotação na CPTS, regulamentada nos art. 13 ao 56 da Consolidação da Leis do Trabalho (CLT) dentro das *Normas Gerias de Tutela do Trabalho*, representa a formalização do contrato de trabalho e tem por objetivo a identificação do trabalhador tendo eficácia probatória facilitadora do contrato de trabalho e do tempo de serviço para fins previdenciários. Quanto a esta eficácia probatória destaca Valentin Carrion (2015, p. 13) que a Carteira de Trabalho e Previdência Social: (1) facilita a prova da relação empregatícia, das cláusulas mais importantes ou desabituais que não se presumem (contrato por tempo determinado, opção pelo FGTS,banco depositário etc.), ou fundo especial (Plano de Integração Social — PIS, Port. MTPS 3.378/71) etc., assim como dos dados de interesse da Previdência; (2) suas anotações se presumem verdadeiras, admitindo-se prova em contrário

[25] Dar força normativa à Constituição Brasileira não significa apenas se deter à constituição formal (explicita ou implícita no texto) pois a própria CF de 1988 possui uma clausula de abertura material no art. 5º, § 2º, para dar forca normativa ao regime e princípios por ela adotados bem como os tratados normativos de direitos humanos, bem como a cláusula de inserção formal no respectivo § 3º.

[26] Este princípio trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva, ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal (DELGADO, 2011, p. 1335).

(inexistindo o contrato de trabalho este pode ser provado por outros meios, inclusive testemunhas, art. 456 da CLT); (3) É importante para servir de prova do exercício profissional anterior e da permanência ou não de seu titular nos empregos, pois que é seu espelho profissional. Os dados constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais valem como prova da relação de emprego (D. 3.048/99, alterado pelo D. 4.079/02, e D. 4.729/03). As anotações na CTPS geram presunção relativa (Súmulas 12 do TST e 225 do STF) podendo ser afastada por prova em contrário mas a sua anotação tem forte exauriência na cognição pois o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando a prestação do serviço pelo trabalhador, é do empregador devido ao princípio (sic) da continuidade da relação de emprego (Súmula 212 do TST).

A anotação na CTPS é um exemplo de aplicação do *principio pro homini* que plastifica a hierarquia formal das normas trabalhistas plásticas pois mesmo não estando no texto constitucional ou em Convenção da OIT de que o Brasil seja parte é um *padrão trabalhista mínimo*, logo, compõe a cidadania social existencial ontologicamente. Dessa forma, este direito se sobrepõe em eventual conflito normativo com outra norma de mesmo suporte fático ainda que formalmente superior bem como não pode ser suprimido através da liberdade de conformação do legislador sob pena de incidir na *proibição do retrocesso da cidadania social*[27] que, neste caso, seria a incursão na *inexistência jurídica cidadã*.

3.2 O pagamento do salário mínimo

[27] Quanto a proibição do retrocesso social é basilar o magistério de J. J. Gomes Canotilho, cuja lição, aqui se transcreve (1998, p. 320-321): *"O princípio da* ***democracia econômica e social*** *aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reaccionária'.* ***Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo****. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do* ***princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana****. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado."* (grifamos).

Outro padrão trabalhista mínimo é a garantia de pagamento do salário mínimo[28] ao trabalhador que é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador urbano e rural (art. 76 da CLT).

O texto constitucional possui um programa normativo determinando que é direito social do trabalhador urbano ou rural a percepção de um salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (art. 7º, IV)[29]. Determina ao legislador normas de proteção ao salário mínimo através, inclusive, de um mandado de criminalização no caso de sua retenção dolosa (art. 7º, X). Este padrão mínimo é uma garantia para quem recebe remuneração variável (art. 7º, VII), para a empregada doméstica (art. 7º, parágrafo único), para no serviço público (art. 39, § 3º) e para o trabalhador menor aprendiz (art. 7º, XXX e XXXIII).

Considerando que a Constituição dá como garantia a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XIII) há entendimento, o que discordamos, inclusive no TST[30], que quem trabalha em regime

---

[28] Nos termos constitucionais a garantia de um salário mínimo também é estendida aos benefícios previdenciários que substituem o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado (art. 201, § 2º) assim como ao necessitado portador de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (art. 203, V). A partir de 1º de janeiro de 2016 mediante decreto presidencial, o salário mínimo passou de R$ 788 para R$ 880, um reajuste de 11,67%, que atingiu 48 milhões trabalhadores e aposentados, urbanos e rurais e beneficiários da assistência social.

[29] Este patamar mínimo não afasta, por obvio, prestações a maior como o *salário profissional*, que traduz o parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado de determinadas profissões, nem o *salário-normativo* que corresponde ao parâmetro salarial mais baixo devido a um empregado no contexto de determinada categoria de trabalhadores (art. 611, CLT), fixado em sentença normativa ou em convenção ou acordo coletivo de trabalho. A doutrina justrabalhista refere-se, ainda, à expressão *salário social*, cujo sentido extrapola o próprio programa normativo do Direito do Trabalho. Segundo Delgado (2012, p. 715) *salário social seria o conjunto de prestações genericamente pagas ao trabalhador em virtude de sua existência como sujeito da relação de emprego*. A figura engloba, desse modo, não somente as prestações pagas ao trabalhador pelo empregador e terceiros em derivação da relação empregatícia, como também prestações assumidas pela comunidade mais ampla ou pelo Estado Social em favor do obreiro (desde prestações próximas à relação empregatícia, como o seguro-desemprego até outras um tanto mais distantes, como os benefícios e serviços previdenciários, as prestações de saúde e outras vantagens propiciadas por entidades associativas e da sociedade civil, etc.). A noção de salário social visa a atestar o reconhecimento pela sociedade contemporânea da relevância conferida ao valor-trabalho, construindo-se em seu torno um complexo de prestações da mais variada origem e natureza (ibidem). Com base nesse referencial o salário social ao fim e ao cabo concretiza a perspectiva objetiva da república brasileira em construir uma sociedade livre justa e solidária nos termos do art. 3º, III da CF.

[30] Orientação Jurisprudencial 358 da Sub-Seção de Dissídios Individuais II do TST: SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO

de tempo parcial pode ganhar salário mínimo proporcional[31]. Não estando em regime de jornada parcial mesmo na negociação coletiva de trabalho, fonte formal do direito do trabalho, o salário nunca poderá ser inferior ao salário mínimo (art. 7º, VII) nem ao piso da categoria (art. 7º, V).

O STF (Súmula Vinculante 6) ao interpretar o texto constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o da igualdade (art. 5º, "caput") e a garantia do salário mínimo (art. 7º, IV) decidiu, o que não concordamos, que não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para os praças prestadores de serviço militar inicial. Para o servidor civil o STF com as súmulas vinculantes 15 e 16[32] reafirmou de vez a sua jurisprudência que a remuneração do servidor público não pode ser inferior ao salário mínimo.

Diante da dicção constitucional e da posição dos tribunais superiores percebe-se que o valor atual do salário mínimo fica bem aquém do que a Constituição Federal diz que ele deve proporcionar ao trabalhador. E, o mais grave, ele não é uma garantia absoluta e igualitária nos tribunais nacionais pois a depender do regime de trabalho ele possui regime diverso. Os praças militares sequer os tem como garantia e os trabalhadores empregados podem receber de forma proporcional diferente dos servidores públicos que o tem como um padrão mínimo mesmo em regime de tempo parcial. No entanto a necessidade existencial destes cidadãos é a mesma pois estão sobre os mesmos valores de aquisição dos bens jurídicos e sociais o que demonstra que o Estado Social brasileiro peca no ponto na realização da justiça e igualdade sociais.

3.3 Normas de saúde e segurança do trabalho

(redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.02.2016) - Res. 202/2016, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.02.2016. I - Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado. II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

[31] Interpretação que não se aplica ao servidor público para o STF (AI 815.869-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 4-11-2014, Primeira Turma, *DJE* de 24-11-2014. RE 439.360-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9-8-2005, Primeira Turma, *DJ* de 2-9-2005).

[32] Súmula Vinculante 15: O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo. Súmula Vinculante 16: Os arts. 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.

O padrão mínimo trabalhista de normas de saúde e segurança visa a proteger e prevenir riscos e danos à vida e à saúde dos trabalhadores dando garantindo inclusive condições ambientais mínimas de trabalho contra acidentes e doenças do trabalho.

É direito social, constitucionalmente previsto, do trabalhador uma política pública de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde e segurança (art. 7º, XXII), direito garantido também aos servidores públicos (art. 39, § 3º), sendo competente o sistema único de saúde (SUS), nos termos da lei, executar as ações administrativas de saúde do trabalhador bem como colaborar na proteção do meio ambiente do trabalho (art. 200, II e VII). Ainda, nos termos do programa normativo constitucional, a seguridade social é "...um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde... " (art. 194) bem como é dever do Estado Social a implementação de políticas públicas "...que visem à redução do risco de doença e de outros agravos..." (art. 196). Ainda, pelo art. 197, é de relevância pública as ações e serviços de saúde[33].

O padrão mínimo de saúde e segurança do trabalhador é tema interdependente com as normas sobre jornada de trabalho pois

> É importante enfatizar que o maior ou menor espaçamento da jornada (e duração semanal e mensal do labor) atua, diretamente, na deterioração ou melhoria das condições internas de trabalho na empresa, comprometendo ou aperfeiçoando uma estratégia de redução dos riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços. Noutras palavras, **a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa**. Do mesmo modo que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças profissionais ou acidentes do trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada "infortunística do trabalho". (DELGADO, 2012, p. 864)

Ou seja, a exigência de jornadas excessivas do trabalhador mesmo com pagamentos de horas extraordinárias não compensa o aumento do risco de acidentes de trabalho. Mesmo sob o ponto de vista empresarial padrões de jornadas laborais que diminuam os riscos de saúde e segurança do trabalhador, acaba sendo um imperativo econômico do empregador pois é direito constitucional do trabalhador (art. 7º, XXVIII) a indenização por acidente do trabalho a cargo do empregador que, salvo exceções legais de responsabilidade objetiva[34] e

[33] Sob o título "DA SEGURANÇA E DA MEDICINA DO TRABALHO" a CLT regulamenta, nos arts. 154 a 201, a segurança e saúde do trabalhador em geral e a Portaria 3.214 do Ministério do Trabalho e Emprego aprova Normas Regulamentadoras complementares tendo em vista as especificidades de alguns setores trabalhistas.

[34] O fundamento da responsabilidade objetiva do empregador neste caso está no art. 927, parágrafo único do Código Civil que reza que "*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua*

sem prejuízo do beneficio previdenciário, incorrer em dolo ou culpa.

CONCLUSÃO

O surgimento de novos direitos conforma e impõe evolução da cidadania. Dentro desta perspectiva há os direitos sociais. Através do olhar da cidadania social é possível perceber que determinadas prestações compõe um mínimo de existência do individuo para o mesmo se autodeterminar através de um ordenamento ético. Com base nisso determinados direitos de cidadania social compõe a existência jurídico-libertadora do individuo.

Alguns destes direitos já foram postos pela tradição doutrinária - direitos (1) à educação fundamental, (2) à saúde básica, (3) à assistência no caso de necessidade e (4) ao acesso à justiça – outro já propomos em outra escrito – (5) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – e se torna emergente a inserção de prestações mínimas trabalhistas composto pela anotação da CTPS, de pagamento de salário mínimo e normas de saúde e segurança.

A consolidação, portanto, da *cidadania social existencial*, como defendemos, é composta pelo direito a educação fundamental, saúde básica, a assistência no caso de necessidade, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, padrões mínimos trabalhistas e, como instrumento de efetivação destes direitos existências, o acesso a justiça.

A emergência de um rol de padrões mínimos trabalhistas dentro da cidadania social existencial é mais do que criar um núcleo duro de dignidade da pessoa humana ou um mínimo existencial, pois a cidadania é o direito subjetivo de ter o direito e isso impõe uma conduta pro-ativa dos poderes da república em efetivar esta especialíssima cidadania que é garantidora da existência individual cidadã principalmente como imperativo de tutela trabalhista das minorias.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Fernando. **A distinção entre princípios e regras, a ordem constitucional e a cidadania ecológica: uma proposta doutrinaria.** Direito ambiental II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. – João Pessoa: CONPEDI, 2014. Página 34-41.

natureza, risco para os direitos de outrem.". Esta modalidade de responsabilidade esta de pleno acordo com o art. 7º da Constituição que é muito clara que os direitos fundamentais ali elencados não excluem outros que melhorem a sua condição social.

_____. **Criação Judicial do Direito: Perspectivas Hermenêuticas, Constitucionais e de Cidadania.** 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado) - **Faculdade de Direito**, Fundação Universidade do Rio Grande (FURG), Rio Grande/RS, 2015.

_____; COSTA, José Ricardo Caetano**. A cidadania social existencial e a evolução da concessão do beneficio de prestação assistencial da LOAS na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através de uma hermenêutica reflexiva**. In.: Direito Público, v.12, n.67, jan./fev. 2016. p. 9-30.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado. **Comentários à lei de benefícios da previdência social.** 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** 3 Ed. São Paulo: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto**. Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BIRNFELD, Carlos André. **Cidadania Ecológica.** Pelotas: Delfos, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas. Legislação complementar. Jurisprudência. 40 ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. Saraiva: 2015.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; SERAU Jr., Marco Aurélio. **Benefício Assistencial: Temas Polêmicos.** São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Pailo Giachini. 14. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

_____. **O problema da consciência histórica.** Organizador: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Significado dos Direitos Fundamentais. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A interpretação Constitucional. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição e Direito Constitucional. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciencia do Direito.** Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

MARSHAL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 35 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira**. Direito Internacional Público.** 2ª ed. Revista, atual. e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

_____.**Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O novo paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. 3 ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgand. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de, SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria historia e métodos constitucionais.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STEIN, Ernildo. **Dialética e hermenêutica: Uma controvérsia sobre método e filosofia**. In: HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução: Álvaro L.M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.