

ISSN 0100-1736

**SUPLEMENTO
ESPECIAL
COMEMORATIVO**

**REVISTA DO
TRIBUNAL
REGIONAL DO
TRABALHO
DA OITAVA REGIÃO**

www.trt8.jus.br
e-mail: revista@trt8.jus.br

R. TRT 8ª Região - Suplemento Especial Comemorativo	Belém	v. 41	n. 81	p. 1-312	jul./dez./2008
--	--------------	--------------	--------------	-----------------	-----------------------

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO SEMESTRAL**

Correspondência: Travessa Dom Pedro I, nº 746
66050-100
Belém - Pará
www.trt8.jus.br
e-mail: revista@trt8.jus.br

COMISSÃO DA REVISTA:

PRESIDENTE: Desembargador JOSÉ EDÍLSIMO ELIZIÁRIO BENTES

MEMBROS: Desembargadora ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR
Juíza MARIA EDILENE DE OLIVEIRA FRANCO
Juiz PEDRO TOURINHO TUPINAMBÁ

Assistente da Revista do Tribunal e Publicações em Geral:
Nara Maria Santos de Souza

CAPA:

Aquarela: "Sede Antiga do TRT", do artista plástico George Venturieri
Acervo: TRT 8ª Região
Foto da obra: Luiz Eduardo Pereira dos Santos
Arte gráfica: Lais Veloso

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 8ª REGIÃO. Belém: Tribunal Regional do
Trabalho, 1968 --
Semestral

ISSN 0100-1736

1. DIREITO – Periódico. I. PARÁ. Tribunal Regional do
Trabalho.

CDD 340.05

CDU 34 (05)

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO

Sede: Belém (PA)

Jurisdição: Estados do Pará e Amapá

Tribunal Pleno

Presidente: Des. JOSÉ EDÍLSIMO ELIZIÁRIO BENTES

Vice-Presidente: Des. FRANCISCA OLIVEIRA FORMIGOSA

Corregedor Regional: Des. PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL

Des. VICENTE JOSÉ MALHEIROS DA FONSECA
Desa. ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR
Des. GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO
Des. LUIZ ALBANO MENDONÇA DE LIMA
Des. JOSÉ MARIA QUADROS DE ALENCAR
Desa. ELIZABETH FÁTIMA MARTINS NEWMAN
Desa. ODETE DE ALMEIDA ALVES
Des. FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA
Desa. SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY
Des. HERBERT TADEU PEREIRA DE MATOS
Desa. ALDA MARIA DE PINHO COUTO
Desa. GRAZIELA LEITE COLARES
Des. GABRIEL NAPOLEÃO VELLOSO FILHO
Des. MARCUS AUGUSTO LOSADA MAIA
Des. MÁRIO LEITE SOARES
Desa. VANJA COSTA DE MENDONÇA
Desa. SULAMIR PALMEIRA MONASSA DE ALMEIDA
Des. LUIS JOSÉ DE JESUS RIBEIRO
Des. MIGUEL RAIMUNDO VIÉGAS PEIXOTO
VAGO

Seção Especializada I

Presidente: Des. FRANCISCA OLIVEIRA FORMIGOSA

Des. VICENTE JOSÉ MALHEIROS DA FONSECA
Desa. ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR
Des. GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO
Des. LUIZ ALBANO MENDONÇA DE LIMA

Desa. ELIZABETH FÁTIMA MARTINS NEWMAN
Desa. ODETE DE ALMEIDA ALVES
Des. HERBERT TADEU PEREIRA DE MATOS
Desa. ALDA MARIA DE PINHO COUTO
Desa. VANJA COSTA DE MENDONÇA
Des. MIGUEL RAIMUNDO VIÉGAS PEIXOTO

Seção Especializada II

Presidente: Desa. PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL

Des. JOSÉ MARIA QUADROS DE ALENCAR
Des. FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA
Desa. SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY
Desa. GRAZIELA LEITE COLARES
Des. GABRIEL NAPOLEÃO VELLOSO FILHO
Des. MARCUS AUGUSTO LOSADA MAIA
Des. MÁRIO LEITE SOARES
Desa. SULAMIR PALMEIRA MONASSA DE ALMEIDA
Des. LUIS JOSÉ DE JESUS RIBEIRO
VAGO

1ª Turma

Presidente: Desa. SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY

Des. GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO
Des. FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA
Des. MARCUS AUGUSTO LOSADA MAIA
Des. MÁRIO LEITE SOARES

2ª Turma

Presidente: Des. HERBERT TADEU PEREIRA DE MATOS

Des. VICENTE JOSÉ MALHEIROS DA FONSECA
Des. LUIZ ALBANO MENDONÇA DE LIMA
Desa. ELIZABETH FÁTIMA MARTINS NEWMAN
Desa. ODETE DE ALMEIDA ALVES

3ª Turma

Presidente: Desa. GRAZIELA LEITE COLARES

Desa. ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR
Des. JOSÉ MARIA QUADROS DE ALENCAR
Des. LUIS JOSÉ DE JESUS RIBEIRO
Des. MIGUEL RAIMUNDO VIÉGAS PEIXOTO

4ª Turma

Presidente: Desa. VANJA COSTA DE MENDONÇA

Desa. ALDA MARIA DE PINHO COUTO
Des. GABRIEL NAPOLEÃO VELLOSO FILHO
Desa. SULAMIR PALMEIRA MONASSA DE ALMEIDA
VAGO

VARAS DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO**ESTADO DO PARÁ**

- 1ª Vara do Trabalho de Belém
Juíza MARY ANNE ACATAUASSÚ CAMELIER MEDRADO
- 2ª Vara do Trabalho de Belém
Juiz SUENON FERREIRA DE SOUSA JÚNIOR
- 3ª Vara do Trabalho de Belém
Juiz JULIANES MORAES DAS CHAGAS
- 4ª Vara do Trabalho de Belém
Juíza CLAUDINE TEIXEIRA DA SILVA RODRIGUES
- 5ª Vara do Trabalho de Belém
Juíza MARIA ZUÍLA LIMA DUTRA
- 6ª Vara do Trabalho de Belém
Juiz JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA MARTINS
- 7ª Vara do Trabalho de Belém
Juíza MARIA DE NAZARÉ MEDEIROS ROCHA
- 8ª Vara do Trabalho de Belém
Juíza MARIA EDILENE DE OLIVEIRA FRANCO
- 9ª Vara do Trabalho de Belém
Juiz WALTER ROBERTO PARO

- 10ª Vara do Trabalho de Belém
Juiz CARLOS RODRIGUES ZAHLOUTH JÚNIOR
- 11ª Vara do Trabalho de Belém
Juíza GEORGIA LIMA PITMAN
- 12ª Vara do Trabalho de Belém
Juíza MARIA VALQUÍRIA NORAT COELHO
- 13ª Vara do Trabalho de Belém
Juíza IDA SELENE DUARTE SIROTHEAU CORRÊA BRAGA
- 14ª Vara do Trabalho de Belém
Juiz ANTONIO OLDEMAR COÊLHO DOS SANTOS
- 15ª Vara do Trabalho de Belém
Juíza PAULA MARIA PEREIRA SOARES
- 16ª Vara do Trabalho de Belém
Juiz RAIMUNDO ITAMAR LEMOS FERNANDES JÚNIOR
- 1ª Vara do Trabalho de Abaetetuba
Juiz FERNANDO DE JESUS DE CASTRO LOBATO JÚNIOR
- 2ª Vara do Trabalho de Abaetetuba
Juíza CASSANDRA MARLY JUCÁ FLEXA
- Vara do Trabalho de Altamira
Juiz LUIS ANTONIO NOBRE DE BRITO
- 1ª Vara do Trabalho de Ananindeua
Juíza VANILZA DE SOUZA MALCHER
- 2ª Vara do Trabalho de Ananindeua
Juíza CRISTIANE SIQUEIRA REBELO
- 3ª Vara do Trabalho de Ananindeua
Juíza MELINA RUSSELAKIS CARNEIRO
- 4ª Vara do Trabalho de Ananindeua
Juíza AMANACI GIANNACCINI
- Vara do Trabalho de Breves
Juíza MARINEIDE DO SOCORRO LIMA OLIVEIRA
- Vara do Trabalho de Capanema
Juiz OCÉLIO DE JESUS CARNEIRO DE MORAIS
- Vara do Trabalho de Castanhal
Juiz PAULO HENRIQUE SILVA ÁZAR
- Vara do Trabalho de Itaituba
Juíza ANNA LAURA COELHO PEREIRA KOENING
- 1ª Vara do Trabalho de Marabá
Juiz JOÃO CARLOS TRAVASSOS TEIXEIRA PINTO
- 2ª Vara do Trabalho de Marabá
Juiz FRANCISCO MILTON ARAÚJO JÚNIOR
- Vara do Trabalho de Óbidos
Juiz JÁDER RABELO DE SOUZA

Vara do Trabalho de Paragominas
Juíza RENATA PLATON ANJOS
1ª Vara do Trabalho de Parauapebas
Juiz JÔNATAS DOS SANTOS ANDRADE
2ª Vara do Trabalho de Parauapebas
Juíza NATASHA SCHNEIDER GURJÃO SAMPAIO - Até 30.04.2008.
Removida para a VT de Redenção (Ato nº 61/2008)
VAGO
Vara do Trabalho de Redenção
Juíza NATASHA SCHNEIDER GURJÃO SAMPAIO - A partir de 1º.04.2008
Vara do Trabalho de Santa Izabel do Pará
Juiz JORGE ANTONIO RAMOS VIEIRA
1ª Vara do Trabalho de Santarém
Juíza ERIKA VASCONCELOS DE LIMA DACIER LOBATO
2ª Vara do Trabalho de Santarém
Juiz PAULO JOSÉ ALVES CAVALCANTE
1ª Vara do Trabalho de Tucuruí
Juíza LEA HELENA PESSÔA DOS SANTOS SARMENTO
2ª Vara do Trabalho de Tucuruí
Juiz RICARDO ANDRÉ MARANHÃO SANTIAGO
Vara do Trabalho de Xinguara
VAGO

ESTADO DO AMAPÁ

1ª Vara do Trabalho de Macapá
Juíza FLÁVIA JOSEANE KURODA
2ª Vara do Trabalho de Macapá
Juiz MARCO PLÍNIO DA SILVA ARANHA
3ª Vara do Trabalho de Macapá
Juíza TEREZA CRISTINA DE ALMEIDA CAVALCANTE ARANHA
4ª Vara do Trabalho de Macapá
Juíza ANGELA MARIA MAUÉS
Vara do Trabalho de Laranjal do Jari - Monte Dourado
Juíza SUZANA MARIA DE MORAES AFFONSO BORGES

JUÍZES FEDERAIS DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Juíza ANA ANGÉLICA PINTO BENTES
Juiz PEDRO TOURINHO TUPINAMBÁ

Juíza ODAISE CRISTINA PICANÇO BENJAMIM MARTINS
Juíza MARLISE DE OLIVEIRA LARANJEIRA
Juiz HARLEY WANZELLER COUTO DA ROCHA
Juíza CAMILA AFONSO DE NÓVOA CAVALCANTI
Juiz NEY STANY MORAIS MARANHÃO
Juiz MARCOS CEZAR MOUTINHO DA CRUZ
Juíza TATYANNE RODRIGUES DE ARAÚJO ALVES
Juíza ANELISE HAASE DE MIRANDA
Juiz DENNIS JORGE VIEIRA JENNINGS
Juiz ANDREY JOSÉ DA SILVA GOUVEIA
Juiz CÉZAR ALBERTO MARTINI TOLEDO
Juíza GIOVANNA CORRÊA MORGADO DOURADO
Juíza GABRIELLE AMADO BOUMANN - até 03.08.2008. Removida p/ a 16ª
Região (Ato nº 127/2008)
Juíza DANIELLE VIANNA SOARES
Juíza KARLA MARTINS FROTA
Juíza ÉRIKA MOREIRA BECHARA
Juíza MEISE OLIVEIRA VERA
Juíza MILENE DA CONCEIÇÃO MOUTINHO DA CRUZ
Juiz SAULO MARINHO MOTA
Juíza BIANCA LIBONATI GALÚCIO
Juiz JORSINEI DOURADO DO NASCIMENTO - até 31.08.2008. Posse no
Ministério Público do Trabalho em 1º.09.2008.
Juiz WELLINGTON MOACIR BORGES DE PAULA
Juiz DANIEL GONÇALVES DE MELO
Juíza NÚBIA SORAYA DA SILVA GUEDES
Juiz FÁBIO MELO FEIJÃO
Juíza ALESSANDRA MARIA PEREIRA CRUZ
Juíza AMANDA CRISTHIAN MILÉO GOMES MENDONÇA
Juiz EDUARDO EZON NUNES DOS SANTOS FERRAZ
Juíza RAFAELA QUEIROZ DE SÁ E BENEVIDES
Juíza GINNA ISABEL RODRIGUES VERAS
Juíza FRANCISCA BRENNIA VIEIRA NEPOMUCENO - Posse em 1º.08.2008
Juiz FERNANDO MOREIRA BESSA - Posse em 1º.08.2008
Juiz RODRIGO DA COSTA CLAZER - Posse em 1º.08.2008
Juiz CARLOS ABENER DE OLIVEIRA RODRIGUES FILHO - Posse em 1º.08.2008
Juíza MARIA GIZÉLIA LIMA DE BARROS - Posse em 1º.08.2008
Juíza SILVANA BRAGA MATTOS - Posse em 1º.08.2008
Juíza ANA PAULA BARROSO SOBREIRA - Posse em 1º.08.2008
Juiz IGOR CARDOSO GARCIA - Posse em 1º.08.2008

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
--------------------	----

DOCTRINA

A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO Vicente José Malheiros da Fonseca	15
OS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS E A REGRA DO ART. 5º, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL Georgenor de Sousa Franco Filho	33
ATRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PERICIAL AO EMPREGADOR COMO MECANISMO VIABILIZADOR DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS LABORAIS À SAÚDE E A SEGURANÇA Pastora do Socorro Teixeira Leal	41
A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS - A problemática do controle do orçamento público. Francisco Sérgio Silva Rocha	51
OS DIREITOS HUMANOS COMO PROCESSO DE LUTA PELA DIGNIDADE HUMANA Maria Zuila Lima Dutra	67
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: REALIZAÇÃO E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO José Claudio Monteiro de Brito Filho	77
CELEBRANDO A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO AO TRABALHO Paulo Klautau Filho	89

DA GREVE AO BOICOTE: OS VÁRIOS SIGNIFICADOS E AS NOVAS POSSIBILIDADES DAS LUTAS OPERÁRIAS Márcio Túlio Viana.....	107
A SUPERSUBORDINAÇÃO - Invertendo a lógica do jogo Jorge Luiz Souto Maior	137
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ALGUMAS APROXIMAÇÕES Ingo Wolfgang Sarlet.....	179
A PROTEÇÃO JURÍDICA AO TRABALHO DO IDOSO Xisto Tiago de Medeiros Neto	207
DIREITO DO TRABALHO, IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO Estêvão Mallet.....	233
TRABALHADORES DO BRASIL: 20 anos de proteção constitucional ou a subordinação revisitada Aldacy Rachid Coutinho	259
A CRISE PARADIGMÁTICA DO DIREITO NO CONTEXTO DA RESISTÊNCIA POSITIVISTA AO (NEO)CONSTITUCIONALISMO Lenio Luiz Streck.....	281

APRESENTAÇÃO

O Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, pela Resolução nº 356, de 9 de setembro de 1968, instituiu sua Revista, sendo o primeiro número lançado no dia 8 de dezembro daquele ano, data previamente escolhida por ser o “Dia da Justiça”.

O então presidente do Tribunal, Dr. Aloysio da Costa Chaves, foi o autor da proposição, assinalando, na ocasião, que “a Revista terá a mais ampla destinação. Por isso mesmo, está aberta à colaboração de magistrados, professores, advogados e institutos especializados em Direito do Trabalho, que queiram cooperar com este Tribunal na prossecução desta obra”.

A idéia inicial foi “de fundar um órgão de divulgação” para ter uma publicação semestral e oficial, além de sistemática, de doutrina e jurisprudência deste e de outros Tribunais do Trabalho, “ao alcance de magistrados, advogados e estudantes”.

Este Suplemento Especial se destina a comemorar os 40 (quarenta) anos de existência da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, publicada ao longo desse tempo sem qualquer interrupção em suas edições.

Por uma despreziosa coincidência, a Constituição da República Federativa do Brasil neste segundo semestre (5/10) completa 20 (vinte) anos de existência e a Declaração Universal dos Direitos do Homem também faz aniversário (10/12) atingindo 60 (sessenta) anos de idade, o que sugeriu, como tema a ser explorado neste momento grandioso de comemoração, o “Poder Judiciário, Direito ao Trabalho e Dignidade Humana”.

A Revista, mercê da generosidade de seus colaboradores, em especial de seus magistrados, vem se mantendo como um canal de comunicação excepcional entre a comunidade jurídica e os jurisdicionados. Simboliza, sem dúvida, a expressão viva e atualizada da instituição.

Os 40 (quarenta) anos da Revista são, para nós, a certeza de sua importância para a sociedade. Há, contudo, um passo a ser dado, qual seja, seu credenciamento junto à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior-CAPES, providência que ora se anuncia como um presente a mais para os estudiosos do Direito.

O fato, existência da Revista, é bem mais importante que a comemoração. Lançando um olhar para o passado, não é difícil de se imaginar e valorizar a iniciativa da obra e agradecer aos homens que deram os primeiros passos para magnífica construção. Seus seguidores,

consciente da responsabilidade e do compromisso tacitamente assumido, a exemplo da corrida de revezamento, cada um a seu tempo, procura manter e solidificar cada vez mais o propósito do órgão de divulgação. Esperemos, pois, pelas seguidas comemorações que teremos, nos 50 (cinquenta), 100 (cem) ... anos da Revista do TRT da 8ª Região.

José Edílssimo Eliziário Bentes
Presidente



DOCTRINA



A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO¹

Vicente José Malheiros da Fonseca²

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948):

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade (Artigo I).

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas (Artigo IV).

Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego (Artigo XXIII - nº 1).

Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social (Artigo XXIII - nº 3).

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (Artigo XXV - nº 1).

A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social (Artigo XXV - nº 2).

- 1 Artigo elaborado para o Suplemento Especial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (que completa 40 anos), em comemoração aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. Tema: "Poder Judiciário, Direito e Dignidade Humana".
- 2 *Vicente José Malheiros da Fonseca* é Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região e Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na Universidade da Amazônia (UNAMA), inclusive em curso de pós-graduação.

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, onde foram incluídos preceitos que consagram a filosofia social do Direito do Trabalho.

Sete temas serão abordados neste artigo, síntese de idéias que tenho escrito sobre a eficácia dos Direitos Humanos na Justiça do Trabalho:

1. Meio ambiente do trabalho;
2. Trabalho do menor;
3. Contrato nulo;
4. Trabalho escravo;
5. Assédio moral;
6. *Jus postulandi*;
7. Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

“Os seres humanos têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza” (Eco-92, Rio).

“O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e é portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras” (Declaração de Estocolmo, 1972).

Visão holística: o estudo do direito ambiental não pode prescindir do auxílio de outras ciências.

Conceito jurídico: o meio ambiente é entendido pelo direito como um bem jurídico.

Natureza jurídica: enquanto relação jurídica, o meio ambiente se estruturou na categoria de interesses difusos.

Ética ambiental: o direito ambiental traz um novo conceito de comportamento: a necessidade de solidariedade como um instituto jurídico norteador, um princípio ético que abstrai a reciprocidade, já que a responsabilidade dos atos ocorre não apenas com as gerações presentes, mas, principalmente, com as futuras.

Desafio cultural: o meio ambiente representa um desafio cultural para a moral contemporânea, pois deve justificar um marco moral, de comportamento, que pode ser compartilhado por pessoas de concepções diferentes, notadamente em uma época de fragmentação, como a atual.

Dignidade e cidadania: o equilíbrio do meio ambiente laboral, a qualidade de vida do trabalhador e a sua saúde são pressupostos de uma vida com dignidade e expressão de cidadania.

Princípio da prevenção: destaca-se, no direito ambiental, o princípio da prevenção, que busca evitar o dano ou perigo ao meio ambiente, uma

vez que, em muitos casos, os acidentes ecológicos terão conseqüências irreparáveis.

Procedimentos preventivos: Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), Licenciamento Ambiental, Direito à Informação e Auditorias Ambientais.

Meio ambiente do trabalho: é o conjunto de condições existentes no local de trabalho relativas à qualidade de vida do trabalhador; ou, ainda, é o integrado pelo conjunto de bens, instrumentos e meios, de natureza material e imaterial, em face dos quais o ser humano exerce as atividades laborais (arts. 7º, XXXIII e 200, VIII, da Constituição Federal).

Abrangência do tema: a matéria referente ao meio ambiente do trabalho transcende à questão de *saúde* dos próprios trabalhadores, dado que o tema é de interesse de toda a sociedade.

Adicionais de risco: o critério, estabelecido pela legislação brasileira - talvez único no mundo -, de estipular adicionais de remuneração para trabalhos perigosos, insalubres ou penosos, representa uma condenável “monetarização do risco” ou “mercantilização da saúde do trabalhador”. Basta ver que o art. 60 da CLT permite a realização de sobrejornada em locais insalubres.

Adicional de insalubridade: o cálculo deste adicional sobre o salário mínimo contraria o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal, segundo a jurisprudência do STF.

Paradoxo da legislação brasileira: a possibilidade da prática de “horas extras habituais” constitui um paradoxo, porque consagra aquilo que deveria ser rigorosamente excepcional, além de comprometer a saúde do trabalhador e contribuir para o índice de desemprego.

Responsabilidades: tanto as pessoas naturais físicas como as pessoas jurídicas têm responsabilidade penal (crime ecológico), além da civil (onde se inclui a trabalhista) e administrativa, pelo dano ambiental.

Ação civil pública: o conceito de meio ambiente evoluiu e hoje abrange, além do fator natural e físico, o cultural, o artificial e o meio ambiente do trabalho. O meio ambiente do trabalho tomou conotação transindividual e de interesse difuso, de modo que a sua proteção pode ser obtida por meio da ação civil pública, com fundamento na Lei nº 7.347/85, na medida em que se trata de um importante direito de todos os trabalhadores e da sociedade como um todo, que ao Estado incumbe assegurar. Por conseguinte, esse tipo de demanda é cabível para resguardar os direitos dos trabalhadores a um ambiente de trabalho sadio e ecologicamente equilibrado, tal como previsto no art. 225 da Carta Magna.

Competência: “Condições de trabalho. Tendo a *ação civil pública* como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho”, à luz do art. 114 da Constituição Federal, conforme jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal. Enfim, as questões ambientais não passam de “lides sobre condições de trabalho no sentido das regras de segurança e medicina do trabalho” e que entram no âmbito da competência do Judiciário Trabalhista, por força de norma constitucional.

Explicitação da competência trabalhista: é, porém, recomendável que seja melhor explicitada a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações relativas a acidentes de trabalho, doença profissional e de adequação ambiental para resguardo da saúde e da segurança do trabalhador.

Competência funcional (originária): a competência originária para conhecer e julgar a ação civil pública ambiental trabalhista é da Vara do Trabalho do local do dano ou de sua ameaça, salvo se de âmbito regional ou nacional, hipóteses em que a questão será apreciada pela Vara do Trabalho da Capital do Estado ou do Distrito Federal onde o dano ou a ameaça se verificou.

Legitimidade ativa: a legitimidade para a propositura da ação civil pública ambiental trabalhista pode ser exercitada pelo Ministério Público do Trabalho ou pelos sindicatos.

Conflitos de massa: como os conflitos acerca do meio ambiente de trabalho geralmente envolvem um bem de massa, o direito deve oferecer mecanismos compatíveis e adequados para resolver a “macrolesão”, daí o cabimento de ações coletivas, plúrimas e a substituição processual (legitimação extraordinária), por iniciativa do Ministério Público ou das entidades sindicais, legitimadas para as demandas que exigem soluções capazes de abranger todo aquele universo.

Legitimidade passiva: podem ser demandadas na ação civil pública ambiental trabalhista as empresas poluidoras e a Administração Pública.

Objeto da demanda: pode ser pleiteada obrigação de fazer e não fazer ou a condenação em dinheiro, como também pode ser instaurada qualquer ação capaz de obter a proteção, adequada e efetiva, dos interesses e direitos tutelados por lei.

Prescrição: a ação civil pública é imprescritível, dada a natureza do bem jurídico tutelado, ou seja, a preservação ambiental, indisponível, por questão de ordem pública. O prazo prescricional conta-se apenas para fins de exigibilidade da indenização.

Cautelar e antecipação da tutela: configurados os pressupostos de concessão de medidas cautelares, uma vez presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, bem assim os requisitos exigidos para antecipação da tutela (art. 273 e seus parágrafos, do CPC), pode o juiz deferir tais provimentos de urgência, à luz do art. 769, da CLT, inclusive a fixação de *astreintes* (multa-diária) em sede liminar, independentemente de pedido do demandante, conforme prazo estabelecido pelo julgador.

Pedido cominatório (multa-diária ou astreintes): é aconselhável a formulação de pedido com preceito cominatório, com o propósito de obter do empregador o cumprimento da obrigação específica (de fazer ou não

fazer), destinada a manter o ambiente de trabalho saudável. Em caráter alternativo, pode ser requerida a conversão da obrigação em perdas e danos. A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o demandante o requerer ou se restar impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente (art. 461, § 5º, do CPC). A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa e de eventual indenização por dano moral.

Termo de ajuste de conduta: antes da propositura da ação civil pública, o Ministério Público pode chamar a empresa para tentar solucionar a questão mediante compromisso de ajustamento, que tem eficácia de título executivo extrajudicial trabalhista (art. 876, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 9.958, de 12.01.2000).

Destino do valor da condenação: o valor da condenação judicial em dinheiro, a título de indenização e/ou multa pelo dano provocado ao meio ambiente do trabalho, que tem sido revertido para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), deve ser recolhido, futuramente, para o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (FUNGET).

Remessa de peças: se, no exercício de suas funções, os Juízes e Tribunais do Trabalho tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública, deverão remeter peças ao Ministério Público do Trabalho, para as providências cabíveis, especialmente quanto aos danos ou ameaças do meio ambiente de trabalho. Idêntica medida pode ser tomada pelas entidades sindicais.

Procedimento Sumaríssimo: somente será possível aplicar o procedimento sumaríssimo trabalhista, instituído pela Lei nº 9.957, de 12.01.2000, na ação civil pública, se o demandante apresentar pedido certo ou determinado e indicar o valor correspondente (art. 852-B, da CLT), o que exige a prolação de sentença em valor líquido (parágrafo único do art. 459, do CPC, e parágrafo único do art. 38 da Lei nº 9.099, de 26.09.1995), não obstante a condenação, em caso de procedência do pedido, deva ser genérica (art. 95 da Lei nº 8.078/90), considerando a natureza da demanda coletiva e seus efeitos *erga omnes*.

Outros instrumentos jurídicos: outros instrumentos jurídicos de proteção ao meio ambiente de trabalho são a reclamação trabalhista (simples ou plúrima); o mandado de segurança coletivo ambiental; o mandado de injunção ambiental; a ação popular ambiental; o dissídio coletivo; a convenção ou o acordo coletivo (importante mecanismo de prevenção do dano ambiental); o regulamento interno de empresa; e a inspeção do trabalho.

Meio ambiente de trabalho no Poder Judiciário: a qualidade de vida dos magistrados e servidores do Poder Judiciário é bastante sacrificada, não só em virtude do volume de processos como também em razão dos métodos adotados na administração da justiça, deveras arcaicos e inadequados, não raro como decorrência de uma legislação processual que carece de modernização.

Proteção jurídica efetiva: já existem normas jurídicas válidas de proteção ao meio ambiente do trabalho, no Brasil. Contudo, a efetividade, a eficácia ou o melhor resultado dessas normas depende da eficiente fiscalização estatal e de medidas criativas capazes de tornar realidade a tutela jurídica que preserve a dignidade do trabalhador, sem nenhuma discriminação. A real proteção jurídica ao meio ambiente do trabalho - terceira geração dos direitos humanos - está no respeito que todos devemos às conquistas da civilização, pela luta constante na busca e na construção de um mundo sem violências, sem fome, menos desigual, mais livre e mais fraterno.

TRABALHO DO MENOR

Do mesmo modo, já existem normas jurídicas válidas de proteção do trabalho do menor, no Brasil. Contudo, a efetividade, a eficácia ou o melhor resultado dessas normas depende da eficiente fiscalização estatal e de medidas criativas capazes de tornar realidade a tutela jurídica que preserve a dignidade do trabalhador, sem distinção de sexo ou idade.

O trabalho infantil e a aprendizagem metódica não devem comprometer a formação escolar, o lazer e o convívio familiar da criança e do adolescente. O trabalho precoce, quando prejudicial, deve ser erradicado.

A prática de horário de trabalho *flexível* e a possibilidade de emprego em *tempo parcial*, o *trabalho temporário* e o *trabalho a domicílio* são *procedimentos* compatíveis com o propósito de tornar menos discriminatória a participação do menor no mercado de trabalho.

A *real proteção jurídica* ao trabalho do menor está no respeito que todos devemos às *conquistas da civilização*, pela luta constante na busca e na construção de um mundo sem violências, sem fome, menos desigual, mais livre e mais fraterno.

CONTRATO NULO

A jurisprudência trabalhista entende que “a contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada” (Súmula 363, do TST).

Meu entendimento é diferente. Creio que em razão da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (art. 1º, III e IV) e ainda porque o contrato de trabalho é contrato-realidade, mesmo no caso de servidor na administração pública direta ou indireta, é inadequado falar-se em nulidade com feito retroativo (*ex tunc*), pois o trabalhador não pode mais devolver o trabalho realizado, o esforço despendido, em favor da entidade empregadora. A meu ver, os efeitos são *ex nunc*, a partir da declaração

judicial de nulidade contratual. Por isso, em tese, tem direito a todas as verbas salariais e indenizatórias, conforme o caso, decorrentes da relação de trabalho, e não apenas ao FGTS e os salários, ressalvadas as hipóteses de ausência de vínculo, fraude, simulação, nepotismo e outros vícios, desde que provados no processo, em cada situação concreta.

Adoto, porque análise muito apropriada sobre a matéria em exame, os argumentos de **Eduardo Vilela**, no exame dos chamados “temporários” (permanentes):

“O homem, ao contratar o trabalho com o Estado, principalmente o que vem das camadas mais humildes da população, não tem em mente se é legal ou não sua contratação, mas sim, a subsistência de seus filhos, de sua família.

Por detrás da nulidade do contrato que, como se viu, é imperativa, não se pode envilecer a dignidade do trabalhador e se encobrir o abuso de poder na administração pública. Os sacrifícios impostos aos cidadãos não podem ser desproporcionais às vantagens auferidas pelos entes da administração sob o pusilânime argumento de que o interesse público deve prevalecer sobre o particular.

A Constituição deve ser analisada como um todo, ela é una e seus diversos dispositivos, sejam princípios, sejam preceitos, devem ser harmonizados, conciliados. O entendimento segundo o qual a contratação pela administração não gera qualquer consequência jurídica não deve prosperar, já que se estariam anulando, inclusive, vários valores constitucionais, para que outro, de aplicação direcionada, imperasse como se fosse absoluto.

Efetivamente, a regra dirigida ao administrador público, justamente para moralizar a ação estatal, não lhe pode servir de refúgio, posto que encerra um tratamento indigno ao ser humano trabalhador.

Esta mesma Constituição tem como princípios fundamentais, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, sendo este a base para as ordens econômica e social. Traz, ainda, regras a serem seguidas por aqueles que funcionam na administração pública, em qualquer das esferas governamentais.

Diferentemente da teoria das nulidades preconizada pelo direito romano, a nulidade do contrato de trabalho não importa em sua inexistência. Trata-se de planos distintos de apreciação. Desta forma, um contrato que existe, pode ou não estar eivado de nulidade; sendo nulo, a eficácia do pacto deverá ser buscada, ante os princípios informadores do direito laborista e a presumível boa-fé do trabalhador; não sendo possível a eficácia do contrato, ainda assim, gerará consequências jurídicas.

A eficácia diz respeito à produção, por este negócio, dos efeitos buscados pelas partes e avalizados pelo direito. A consequência jurídica se refere a efeitos não buscados pelos contratantes, mas que se impõem ante a boa-fé da parte, aliada à impossibilidade de retornarem os contraentes ao estado anterior em que se

encontravam, tendo em vista que, ante a contratação nula do servidor, torna-se inviável a devolução da força despendida pelo mesmo em prol do Estado.

Estas conseqüências jurídicas, no caso sob exame, com fulcro nos arts. 158 e 159 do Código Civil [de 1916; atuais arts. 182 e 186 do Código Civil de 2002], combinados com o art. 7º da Constituição Federal, devem ser suportados pelo Estado, constituindo-se em todos os direitos trabalhistas garantidos ao contratante de boa-fé, inclusive os reconhecidos por estipulações contratuais ou convencionais. A má-fé exclui tal direito” (*A nulidade da contratação pela administração pública sem a necessária realização de concurso público: conseqüências jurídicas. In Transformações do Direito do Trabalho - Estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira*, coordenado por Aldacy Rachid Coutinho e José Affonso Dallegrave Neto. Curitiba: Juruá, 2000. p. 125-128).

Não sou contra o concurso público, que constitui exigência constitucional e democrática. Mas é necessário reconhecer o valor social do trabalho prestado antes da declaração judicial da nulidade contratual, com o pagamento de todos os direitos salariais e indenizatórios, assegurados no próprio texto da Carta Magna (art. 7º).

TRABALHO ESCRAVO

O papel do Estado Brasileiro e, particularmente, da Justiça do Trabalho, deve ser para muito além do “Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas a de escravo” (conhecido como “*Lista Suja*”), ou da desapropriação de terras, ou, ainda, do reconhecimento de dano moral individual e coletivo, das indenizações patrimoniais, da aplicação de sanções eficazes, inclusive a utilização do sistema de *astreintes*, e da consciência de uma nova mentalidade diante do velho problema do trabalho escravo.

A real eficácia do combate ao trabalho escravo depende de ações conjuntas, em regime de colaboração, de todos os órgãos públicos, tais como Justiça do Trabalho, Justiça Federal, Justiça Estadual, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual, Ministério do Trabalho, Polícia Federal e outros.

É, pois, necessário aperfeiçoar o sistema, sobretudo no âmbito da atividade jurisdicional, não apenas para “dizer o direito” (*jurisdictio*), mas para realizar, concretamente, o comando judicial (*judex executione*).

Não impede o vínculo de contrato de trabalho a condição de autônomo do rurícola (art. 17, da Lei nº 5.889, 08.06.1973).

Deve ser atribuída à Justiça do Trabalho competência criminal para o julgamento de questões correlatas e imediatamente resultantes do ilícito civil-trabalhista, sobretudo quanto aos crimes contra a organização do

trabalho e a prática do trabalho escravo, a fim de preservar a unidade da jurisprudência sobre todos os aspectos jurídicos da questão.

Deve ser conferido o atributo de títulos executivos às convenções coletivas, aos acordos coletivos, às sentenças normativas e às sentenças arbitrais trabalhistas.

Deve ser flexibilizado o princípio da inércia do Judiciário, a fim de permitir que a Justiça do Trabalho possa atuar de ofício em algumas situações que o interesse público exigir esse procedimento (*verbi gratia*, no combate ao trabalho escravo), como já ocorre, por exemplo, na instauração da instância da execução (art. 878, da CLT); na demanda sobre anotação de CTPS, oriunda de reclamação administrativa perante o Ministério do Trabalho (arts. 37 a 39, da CLT); e, para alguns, no dissídio coletivo, em caso de greve (art. 856, da CLT).

O mais novo enfoque que trago à reflexão para os debates sobre Trabalho Escravo, é, pois, não só a preocupação que todos devemos ter não apenas na conceituação do trabalho escravo e no julgamento dos processos trabalhistas, em fase de conhecimento - acerca do qual, diga-se, a bem da verdade, já está sendo consolidada firme e corajosa jurisprudência em harmonia com os princípios fundamentais da justiça social, inclusive a concessão de liminares e antecipação dos efeitos da tutela -, mas, acima de tudo, a problemática em torno dos passos seguintes, após a sentença, especialmente os meios eficazes para implementar, efetivamente, o comando expresso na decisão judicial, sob pena de frustração de todos os esforços no sentido de dar a cada um o que é seu, qual vitória de Pírrro.

Tudo tem sido feito para estimular os juízes a proferirem sempre sentenças líquidas, independentemente do valor da causa, sobretudo na 8ª Região Trabalhista, a partir da implementação do chamado procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.957/2000), que ocorreu na época em que fui Presidente de nosso Tribunal Regional. Essa prática agiliza bastante o processo, porque evita impugnações, embargos do devedor e recursos em torno do *quantum debeat*.

Não é tudo. O sistema recursal, como disse, precisa ser drasticamente enxugado.

A execução, para além do poderoso sistema de bloqueio de crédito bancário, através do convênio com o Banco Central, ainda precisa ser aperfeiçoada.

Sugiro, a propósito, que as multas aplicadas pelo Ministério do Trabalho, no âmbito administrativo, e as multas impostas pela Justiça do Trabalho, na esfera jurisdicional, sejam revertidas para o *Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas* - que, segundo proponho terá um Conselho Curador, presidido pelo Presidente do TST, será gerido pelo Ministério Público do Trabalho e terá como agente operador a Caixa Econômica Federal -, sem prejuízo de outras receitas, como o valor das custas e parte do imposto de renda e contribuições previdenciárias arrecadadas pelo Judiciário Trabalhista.

Enfim, como disse no **“Hino da Justiça do Trabalho**, que compus em 1998, magnificamente interpretado pela Orquestra Jovem “Wilson Fonseca” e pelo Coral “Expedito Toscano”, sob a batuta de meu irmão José Agostinho da Fonseca Neto, no CD *“Sinfonia Amazônica”* (volume 1): *“Sempre em busca de um grande ideal/No caminho do justo e da lei/Seja a meta atingir, afinal,/Tudo aquilo que um dia sonhei!/Salve, ó deusa da nossa esperança,/Apanágio do trabalhador/Quem confia em ti não se cansa,/Vê na paz toda a chama do amor.//Cantemos em homenagem/Mantendo a nossa imagem/Na voz desta canção/Em forma de oração./Justiça da equidade/É a tua identidade/Louvemos nossa Justiça/A Justiça do Trabalho.//Pela paz social/Esta é a nossa missão:/Dar ao povo o que é seu/Por conquista se deu/Na conciliação,/Na sentença final.(Sempre em busca...)”*.

ASSÉDIO MORAL

No âmbito das relações trabalhistas, o assédio moral consiste no tratamento humilhante, constrangedor ou vexatório proporcionado pela empresa contra o trabalhador, de forma prolongada, reiterada e intensa, mas geralmente muito sutil, a ponto de reduzir a sua auto-estima e tornar insuportável a continuidade do contrato de trabalho, uma vez que atinge a dignidade da pessoa humana, com graves reflexos na vida pessoal, familiar e social.

Nos termos do art. 1º da Constituição Federal, constituem princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

O assédio moral pode provocar dano, material e/ou moral, porque compromete as condições de trabalho e justifica até o rompimento do pacto laboral, mediante a chamada rescisão indireta do contrato (art. 483, da CLT).

O art. 5º, X, da Lei Fundamental, reza que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O patrimônio jurídico de uma pessoa não se esgota no plano material. Assim, o dano pode afetar tanto o universo material como o status moral da pessoa.

Tenho afirmado que o dano moral é mais grave do que o dano material. Às vezes, a lesão material é reparada com uma indenização adequada; mas o prejuízo moral dificilmente pode ser compensado com alguma indenização monetária. A ofensa moral, em regra, é indelével e permanece na lembrança para sempre.

Segundo as circunstâncias do caso concreto, é possível configurar-se tanto o dano material como o dano moral, numa única situação.

O assédio moral, capaz de acarretar dano, sempre existiu, embora nem sempre tenha sido adequadamente abordado pelo direito, sobretudo quanto à indenização hoje reconhecida.

Houve época em que se discutia muito sobre a possibilidade de indenização por dano moral, uma das conseqüências do assédio.

Atualmente, diante do texto constitucional e da legislação ordinária, essa polêmica ficou superada.

No âmbito do direito do trabalho, a matéria já era prevista na CLT, editada em 1943, como se vê, por exemplo, do art. 482, alíneas “j” e “k”, e do art. 483, alínea “e”.

O art. 482, da CLT, estabelece que constitui justa causa para a ruptura do contrato de trabalho, o fato do empregado cometer “ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”; e “ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”.

E o art. 483, da CLT, prevê que o empregado pode considerar rompido o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização quando “praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama”.

Como se vê, as alíneas “j” e “k” do art. 482 e a alínea “e” do art. 483, ambos da CLT, já estipulavam motivos, de natureza moral, para a resolução do contrato de trabalho, por faltas cometidas pelo trabalhador ou pelo empregador.

Com efeito, a dignidade do trabalhador sempre foi o fundamento central do direito do trabalho.

A título de ilustração, configura prática de assédio moral a humilhação causada ao trabalhador, em face de tratamento discriminatório, arbitrário, desumano e antiético, como ameaças de dispensa ou dificuldades de promoções, por não ter alcançado metas excessivas, impostas em razão da competitividade no mercado capitalista, mediante pressões e atitudes abusivas, que prejudicam o bom relacionamento no ambiente de trabalho, seja no plano vertical (nas vinculações hierárquicas com as chefias), seja no plano horizontal (disputas entre os próprios trabalhadores).

O assédio moral pode provocar dano, material e/ou moral, porque compromete as condições de trabalho.

O dano moral pode resultar de um único ato praticado pelo ofensor.

Já o assédio moral decorre, em regra, da prática reiterada e prolongada, muitas vezes invisível, de condutas capazes de causar humilhações, constrangimentos ou vexames, de modo prolongado, intenso e insuportável.

Assim, o assédio corresponde à conduta do ofensor, enquanto que o dano é a conseqüência desse procedimento humilhante.

A polêmica mais acirrada, ainda hoje, persiste na quantificação da indenização resultante dessa lesão.

Discutiu-se também sobre a competência da Justiça do Trabalho para exame de pedido de indenização de dano moral pleiteado pelo trabalhador

contra seu empregador. E mais recentemente, sobre dano moral resultante de acidente de trabalho.

Hoje, a competência da Justiça do Trabalho, para essas questões, está pacificada, inclusive pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, ao tornar explícito que cabe ao Judiciário Trabalhista processar e julgar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

Diante do atual art. 114, VI, da Carta Magna, e, ainda, em virtude dos itens I e IX do mesmo art. 114 constitucional, não há dúvida sobre a competência da Justiça do Trabalho não só para dirimir os conflitos decorrentes das “relações de emprego”, mas também para examinar “as ações oriundas da relação de trabalho” e “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

Vale esclarecer que compete à Justiça do Trabalho apreciar os conflitos oriundos ou decorrentes de qualquer “relação de trabalho” (eventual ou autônomo, por exemplo) - e não apenas resultantes de “relação de emprego” - conforme escrevi no artigo “**Justiça do Trabalho - Nova Competência**”, publicado no livro “*A Nova Competência da Justiça do Trabalho*”, obra coletiva coordenada por Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, São Paulo: LTr/ANAMATRA, jan./2005. E no artigo “A Nova Justiça do Trabalho” (Revista nº 74 do TRT-8ª da Região, vol. 38, jan./jul./2005, p. 25-39).

Atualmente, verifico que houve um novo enfoque, nas ações trabalhistas que requerem indenização por dano moral, por certo em virtude dos avanços da ciência jurídica, o que nos obriga, enquanto empresários, trabalhadores, sindicalistas, agentes da inspeção, estudantes, advogados, procuradores e magistrados, à atualização de nossos estudos, a fim de acompanhar a evolução da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria.

Trabalhadores e empregadores devem lutar contra o assédio moral no trabalho, até porque ambos permanecem grande parte de suas vidas no ambiente profissional.

As relações no trabalho devem ser transparentes e pautadas por respeito recíproco, uma vez que ambos os contratantes merecem tratamento digno e ético.

Trabalhadores e empregadores devem ser estimulados a criar uma consciência de que o assédio moral, no ambiente de trabalho, reduz as possibilidades de êxito profissional e empresarial, mediante campanhas bem conduzidas neste sentido.

JUS POSTULANDI

Incumbe ao próprio cidadão decidir sobre a conveniência ou necessidade da assistência jurídica estatal, sindical ou particular perante o Judiciário Trabalhista.

Continua em vigor o preceito legal, consagrado no art. 791, da CLT, que faculta aos litigantes, empregado, trabalhador ou empregador, o direito de exercer pessoalmente o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, tendo em vista as peculiaridades do processo trabalhista.

A postulação em juízo, embora atividade privativa de advocacia, na medida em que a representação técnica, no processo judicial, não pode ser exercida por intermédio de outros profissionais, não exclui o direito de livre acesso ao Judiciário, pelo próprio titular do direito subjetivo, não apenas porque isso decorre de uma norma constitucional, mas, sobretudo, porque é inerente aos direitos fundamentais da cidadania, que se sobrepõem aos interesses de classes ou corporativistas.

A postulação em juízo não é ato exclusivo da advocacia, porém manifestação que o próprio cidadão pode exercitar pessoalmente, em situações peculiares.

Ideal seria que a União contasse com uma Defensoria Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, a fim de prestar assistência judiciária aos necessitados.

Diante dessa carência, seria recomendável a implementação, onde for possível, da norma disposta no art. 15 da Lei nº 5.584/70, que permite, por analogia, o auxílio, no patrocínio das causas trabalhistas, por Acadêmicos de Direito, inscritos, como estagiários, na OAB, mediante convênio do Tribunal do Trabalho com as Universidades ou Faculdades de Direito, pelo menos no âmbito das Varas do Trabalho, o que contribuirá para o aperfeiçoamento do estágio, ao mesmo tempo em que poderá colaborar, desde que bem conduzido o sistema, na realização de um serviço público relevante.

O benefício legal do *jus postulandi* no âmbito recursal trabalhista, especialmente em caso de recurso ordinário contra sentença proferida pela Vara do Trabalho, comporta a aplicação analógica do mesmo procedimento previsto para o ajuizamento da ação trabalhista, que admite a forma verbal, reduzida a termo, perante o próprio Juiz, em ata de audiência, ou perante a Secretaria do Juízo.

Por força de lei, o *jus postulandi*, que constitui o direito de postular pessoalmente, em juízo, sem necessidade de patrocínio de advogado, pode ser exercitado “até o final” do processo (art. 791, da CLT).

Essa garantia deve ser entendida como o direito de exercer a postulação pessoal em toda a sua extensão, que não se esgota no simples ajuizamento da ação, pelo reclamante, ou na apresentação de defesa, pelo reclamado.

O *jus postulandi* é limitado no Juizado Especial, uma vez que não pode ser exercido nas causas de valor superior a vinte salários mínimos e no âmbito recursal (Lei nº 9.099/95).

Na Justiça do Trabalho, o *jus postulandi* é amplo e irrestrito, pois não sofre limitações, seja quanto ao valor da causa, seja quanto às pessoas envolvidas no litígio, seja quanto ao grau de jurisdição, à luz do art. 791, da CLT, que consagra uma das principais características do processo trabalhista.

Trata-se de prerrogativa que abrange a prática de todos os atos do processo trabalhista, em qualquer grau de jurisdição, no âmbito da Justiça do Trabalho e, se for o caso, até o Supremo Tribunal Federal, em face do princípio da instrumentalidade processual, do direito de acesso à justiça e do exercício da cidadania, que se amparam no espírito da Constituição da República (art. 5º, XXXV, e seu § 2º) e nos fundamentos dos direitos humanos, ainda mais no processo trabalhista, que se caracteriza pela simplicidade, informalidade, oralidade, gratuidade e celeridade.

No processo trabalhista, os litigantes (ainda que não empregados ou empregadores), terão direito ao *jus postulandi*, que assegura à parte ou terceiro interessado a prerrogativa de funcionar em juízo sem necessidade de patrocínio de advogado.

Mesmo antes da ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, já tinham direito ao *jus postulandi*, no processo trabalhista, o pequeno empreiteiro (art. 652, a, III, da CLT); o trabalhador rural não empregado (art. 17, da Lei nº 5.889/1973); o trabalhador avulso (art. 643, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 7.494/1986); e o trabalhador portuário (art. 643, § 3º, da CLT, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001), todos trabalhadores autônomos.

Em face da ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, definida no art. 114, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o art. 791, da CLT, deve ser interpretado no sentido de que o *jus postulandi* pode ser exercido em processo trabalhista de qualquer natureza, mesmo nas ações oriundas de relação de trabalho autônomo, por força das características do processo trabalhista e do direito de acesso à justiça.

FUNDO DE GARANTIA DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que dispõe sobre a Reforma do Poder Judiciário, aprovou um importante mecanismo para tornar o processo trabalhista mais eficiente e célere.

Estabelece o art. 3º da EC 45 que “a lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas”.

A sociedade brasileira e os magistrados trabalhistas, em especial, alimentam a esperança de que a regulamentação do FUNGET, por via de lei ordinária, seja implementada com as cautelas necessárias para não se desviar dos propósitos que justificam a criação do novo modelo processual trabalhista.

A idéia originária do FUNGET, por mim concebida há 30 anos, tem sido debatida e aprovada em conclave jurídicos, inclusive no XII Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho (2004).

Tramitam no Congresso Nacional três Projetos de Leis para regulamentar a matéria (PL 4597/2004, PLS 246/2005 e PL 6541/2006), daí

a necessidade de conciliar divergências no sentido de encontrar a fórmula capaz de efetivar o comando constitucional, tal como foi idealizado.

Atualmente, os três projetos estão anexados.

É aconselhável defender a aprovação do Projeto de Lei nº 246/2005, de autoria da Senadora Ana Júlia Carepa (PT-PA) - atual Governadora do Estado do Pará -, que difere em muitos pontos do PL nº 6541/2006, proposto pela Comissão Especial Mista de Regulamentação da EC 45/2004, inclusive quanto à gestão do Conselho Curador do FUNGET, que deverá ser presidido por representante da Justiça do Trabalho e administrado pelo Ministério Público do Trabalho, órgãos que melhor se adequam a tarefas de gerenciamento do sistema.

Afinal, o processo trabalhista foi concebido para ser simples, informal, concentrado, oral e célere, em todas as etapas, jamais um fim em si mesmo.

Mas se a sentença ou a conciliação não for cumprida, segue-se a fase de execução, um dos “calcanhares de Aquiles” na Justiça do Trabalho.

No momento crucial do processo, a efetividade do título executivo é quase nenhuma, porque quase nada obedece aos princípios basilares do processo moderno.

Desde o momento histórico em que o devedor deixou de responder com o seu próprio corpo pelas dívidas civis (salvo ação de alimentos e depositário infiel), essa responsabilidade transferiu-se para o seu patrimônio, em caso de execução. Daí a penhora sobre bens do devedor, para efeito de alienação, em praça ou leilão, e posterior pagamento para satisfação do direito do credor, como assegurado no título executivo judicial ou extrajudicial.

Acontece que esse sistema complexo de execução, desde o direito romano, já não atende às expectativas do credor trabalhista, geralmente hipossuficiente e desempregado.

O que fazer?

Após ouvir conferência proferida por *Manuel Alonso Olea*, em São Paulo, no ano de 1976, que fez breve referência ao “*Fondo de Garantía Salarial*”, na Espanha, sustentei a tese de criação de um “**Fundo de Garantía das Execuções Trabalhistas**”, que tenho defendido há quase 30 anos, aprovada em diversos congressos jurídicos.

Escrevi sobre a matéria, pela primeira vez, na Revista nº 22, julho-dezembro/1979, do TRT-8ª Região. O tema foi incluído no livro “*Reforma da Execução Trabalhista e Outros Estudos*” (LTr/SP, 1993), ao qual novamente fiz referência no livro “*Em Defesa da Justiça do Trabalho e Outros Estudos*” (LTr/SP, 2001).

Na Espanha, adota-se, com sucesso, o “*Fondo de Garantía Salarial*”. O precedente espanhol funciona assim: se houver recurso da empresa contra condenação a título de salários, pode, o trabalhador, levantar de imediato o valor correspondente, perante o *Fondo*. Improvido o apelo, o obreiro já teve antecipado o seu pagamento. Provido o recurso patronal, o *Fondo* se incumbem de cobrar do trabalhador e ressarcir o empregador.

A fim de adaptar à realidade nacional, o Fundo somente poderá ser movimentado após o trânsito em julgado da decisão. Se houver recurso, a execução poderá estar garantida com o depósito recursal. Não havendo pagamento, o juiz determinará a movimentação do FUNGET - que se destina a assegurar qualquer crédito trabalhista, e não apenas os salários, como na Espanha -, para pagamento imediato ao credor, que terá satisfeito, de modo rápido, o seu direito. Em seguida, o Fundo, sub-rogando-se no crédito do trabalhador, passa a executar o devedor, perante a Justiça do Trabalho, mediante sanções severas, inclusive as *astreintes* (dia-multa), para evitar a sua movimentação constante e inevitável descapitalização.

Conforme o art. 2º do PLS 246/2005 “o FUNGET é constituído pelos depósitos a que se refere esta lei, pelas multas impostas por sentenças ou ajustadas em acordos nos processos trabalhistas, e ainda pelas multas administrativas resultantes da fiscalização do trabalho, além de outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações”.

A Justiça do Trabalho proporciona expressiva arrecadação de custas, contribuições previdenciárias e imposto de renda, além dos depósitos recursais efetuados na conta vinculada do FGTS. Há sentenças que determinam o recolhimento de multas e indenizações - como é o caso de dano moral coletivo resultante do trabalho escravo ou degradante - para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), que poderão doravante reverter para o FUNGET.

Haverá uma pequena contribuição patronal para o Fundo, cujo custeio não decorre de verbas públicas. Em compensação, as empresas poderão utilizar-se, eventualmente, do Fundo, para aplicação em programas que tragam benefícios diretos ou indiretos aos trabalhadores e seus familiares (creches, escolas, qualificação profissional, lazer etc.), desde que não causem a movimentação dos depósitos durante certo tempo. Os empregadores adimplentes com o Fundo ainda receberão incentivos fiscais.

A idéia, fundada nos princípios da seguridade e que tem como premissa a função social da empresa, nas relações trabalhistas, atende aos pressupostos jurídicos da responsabilidade civil objetiva. A mesma tese que justifica o instituto do seguro prévio para garantir os infortúnios humanos, que não se limitam aos eventos da morte, do acidente, do incêndio, da doença e da aposentadoria, para os quais existem fundos que asseguram a cobertura de compensações para dependentes e segurados. Merecem ainda atenção os riscos decorrentes das relações de emprego, especialmente em favor dos desempregados e seus familiares, excluídos de uma vida mais digna, vítimas da crueldade que a sociedade vem se acostumando a assistir, quase insensível, senão indiferente.

Foi, pois, pensando nas agruras do credor trabalhista, que espera “até não sei quando” o final do processo de execução, qual *Pedro Pedreiro*, do *Chico Buarque de Hollanda*, que concebi a idéia do Fundo de Garantia

das Execuções Trabalhistas, com vistas a agilizar e tornar realmente efetiva uma das fases mais demoradas e penosas do processo do trabalho, ao lado do sistema recursal, que também carece de aperfeiçoamentos. O processo civil tem sofrido diversas mudanças. Guardo, ainda, a esperança de que o processo executório trabalhista possa ser dotado da efetividade de que tanto necessita.

Não é suficiente que o crédito do trabalhador, reconhecido por sentença judicial, conserve o seu poder aquisitivo. Impõe-se que o empregador sofra as consequências severas por mora no cumprimento das obrigações resultantes da *res judicata*, proporcionalmente à gravidade social da sua atitude.

Daí justificar-se a adoção do sistema francês das *astreintes*. Garante-se, assim, na execução da sentença trabalhista, o pagamento da dívida principal acrescida das sanções pecuniárias, impostas pelo juiz, à parte responsável pelo atraso na quitação das verbas reconhecidas pela decisão judicial, sem prejuízo dos juros e correção monetária.

Nesse sentido, os arts. 652, alínea *d*; 832, § 1º, 835; e 880, da CLT, que hoje podem ser interpretados com o auxílio da regra disposta, por exemplo, no art. 475-J, do CPC (art. 769, da CLT), com a redação dada pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005.

Não basta “dizer” o direito (*jurisdictio*); impõe-se realizá-lo, concretamente (*judex executione*).

Todavia, a tese de criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas constitui uma reformulação profunda e corajosa no nosso Direito Processual do Trabalho, pois é medida capaz de imprimir uma verdadeira *antecipação* da garantia das execuções trabalhistas, inclusive com apoio nos princípios da seguridade social.

Consagrada a idéia na Emenda Constitucional nº 45/2004 (art. 3º), quiçá seja logo editada a necessária regulamentação, por legislação ordinária, a fim de que o Brasil possa dispor de um sistema de pagamento imediato, efetivo e atualizado dos créditos decorrentes do trabalho humano, resultantes de sentença judicial.

Trata-se, na verdade, de autêntica reforma ampla e eficaz da execução trabalhista.

Diz a lenda que Tétis, a ninfa marinha, segurou, pelo calcanhar, seu filho Aquiles, para mergulhá-lo no rio Estige, que o tornaria imortal e invencível. Queria contrariar um oráculo, segundo o qual o jovem morreria na guerra de Tróia. Numa batalha, porém, Aquiles, bravo lutador e herói da mitologia grega, foi alvejado por uma flecha, justamente em seu único ponto vulnerável, o calcanhar, que não havia sido banhado por sua mãe.

Metáforas à parte, o *Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas* salva o processo trabalhista de um de seus pontos mais frágeis, a execução.

Não é tudo.

O passo seguinte, com os calcanhares protegidos, deverá ser o enxugamento do sistema recursal na Justiça do Trabalho, sem o que o processo trabalhista, que se caracteriza pela celeridade na solução das demandas, continuará sujeito às delongas por diversos graus de jurisdição, longe, portanto, de atender os seus objetivos jurídicos e sociais.

Se a legislação ordinária já estabelece que “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo **andamento rápido das causas**, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”, atualmente constitui garantia constitucional “a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Enfim, a real eficácia dos Direitos Humanos na Justiça do Trabalho somente estará concretizada quando o cumprimento ou a execução da sentença judicial ou da conciliação puder contar com mecanismos de acesso e efetividade à prestação jurisdicional rápida e justa.

OS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS E A REGRA DO ART. 5º, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL¹

Georgenor de Sousa Franco Filho²

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Buscando re-identificar direitos humanos. III. A regra constitucional e seus efeitos. IV. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

Dentre tantas reformas pelas quais tem passado a Constituição de 1988, mais de meia centena em menos de 10 anos de vigência, uma delas, considerada de grande porte, foi a decorrente da Emenda Constitucional n. 45/2004, pelo menos em dois grandes aspectos: primeiro, no que respeita ao Poder Judiciário, inclusive no que, a meu ver, significou limitar a competência da Justiça do Trabalho (art. 114); segundo, ao elevar tratado sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil a nível de Emenda Constitucional (art. 5º, § 3º).

Quanto àquela, já teci considerações a respeito alhures, assinalando que mais se trata de redução do que, ao contrário do apregoado pela maioria, ampliação de competência³.

Este estudo destina-se, especificamente, a comentar o que, no meu entendimento, representa o novo § 3º acrescentado ao art. 5º do Texto Maior.

II. BUSCANDO RE-IDENTIFICAR DIREITOS HUMANOS.

Anos atrás, homenageando o eminente constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, escrevi sobre a identificação dos direitos humanos,

1 Estudo elaborado para a obra coletiva em homenagem ao Prof. Adherbal Meira Mattos, de Belém do Pará.

2 Juiz Togado do TRT da 8ª Região, Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia, Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Membro da Academia Paraense de Letras, da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, da *International Law Association* e do *Centro per la Cooperazione Giuridica Internazionale*.

3 V. meu artigo *Ampliação da competência da Justiça do Trabalho? In: Revista do TRT da 8ª Região*. 41:80(59-67), jan./jun. 2008.

tentando resolver o grave problema de encontrá-los e separá-los no mundo do Direito ⁴.

Distingui, então, direitos humanos de direitos fundamentais. Aqueles são os básicos do ser humano, reconhecidos internacionalmente, como o direito à vida, sendo o gênero do qual derivam os demais, que são os direitos humanos reconhecidos e garantidos pelas Constituições.

Nessa linha, situei as diversas gerações de direitos fundamentais, que alguns combatem e outros acolhem. Adoto como forma de identificar cronologicamente o surgimento do Direito como tal, jamais como meio de classificá-los quanto à importância. Sendo, como são direitos humanos, todos, indistintamente, têm, conforme a hipótese examinada, a mesma ou até maior importância.

No estudo que referi acima, mencionava quatro gerações de direitos humanos, a quarta, inclusive, dividida em duas vertentes, o que não significa dizer que tenham a mesma origem, o que seria de toda uma incoerência, porque são direitos completamente diversos. Mas, ao contrário, duas vertentes no sentido de surgimento praticamente simultâneo no mundo do Direito ⁵.

Assim, podem ser encontradas as seguintes gerações:

Primeira geração: direitos de liberdade, no Estado liberal, com uma postura negativa deste, sendo, dentre outros, direitos à vida e à liberdade;

Segunda geração: direitos de igualdade, no Estado social, que tem a missão positiva de fazer, garantindo, *v.g.*, direito à saúde, à educação, ao emprego;

Terceira geração: direitos de solidariedade ou de fraternidade, que são direitos difusos, dentre os quais direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio-ambiente;

Quarta geração: nas suas duas versões: direito à democracia, à informação e ao pluralismo; e direito à manipulação genética, à mudança de sexo, à clonagem, à genética, surgidos em momentos próximos, embora de origens absolutamente distintas.

Hodiernamente, pode-se falar de uma novíssima *quinta geração*. A ela, chamarei de direitos subjetivos, que são os direitos a ter sentimentos.

4 V. o meu *Identificação dos direitos humanos*. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. *Estudos de direito constitucional (homenagem a Paulo Bonavides)*. São Paulo, LTr, 2001, pp. 119-26.

5 O eminente jurista carioca Arion Sayão Romita, que denomina as gerações de “famílias” ou “naipes” demonstra que, a seu ver, seria uma contradição minha essas duas versões, apontando “o que não apresenta consistência lógica, porém, é a reunião, na mesma família, de duas ‘versões’ ou ‘vertentes’ que não apresentam entre si elementos de conexão que recomendem esse procedimento” (*in Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2ª ed., São Paulo, LTr, 2007, p. 115-6). Penso que está esclarecida a divisão que fiz, para fins exclusivamente cronológicos, de identificação temporal, e que mantenho.

Esses sentimentos são, dentre outros, direito ao respeito, direito ao amor, direito à dignidade. Tais valores representam um *plus* para a Humanidade. Não se trata de respeitar por temor, mas respeitar por querer bem. Não se quer amor, como o amor carnal, senão aquele amor de caridade. Não se imagina dignidade com tratamento especial de reverências, mas sim como garantia de um *standard minimum* para a vida humana.

Essa geração tem ganhado força nos últimos tempos. De um lado, as pessoas têm ocorrido às igrejas de todos os matizes para curar os males da alma; organizações não-governamentais (ONGs) surgem a cada dia, destinadas a prestar serviços beneficentes de ajuda ao próximo; os homens começam a ser mais solidários e preocupados com os outros homens. De outro, perde-se a vergonha de ter fé, as pessoas se sentem mais humanas, pouco a pouco o ódio e as disputas dão lugar ao amor e às divisões.

Reconquista-se o sentimento maior da humanidade, tão bem demonstrado por S. Paulo, na Epístola aos Colossenses: *amor é o vínculo da perfeição* (Cl. 3, 14).

Penso que essa novíssima geração é a síntese de todas as outras e a maior e mais importante de todas elas. Surge (re-surge) agora, com mais força e vigor do que antes, porque a humanidade passou a sentir-se necessária a ela própria.

III. A REGRA CONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS.

Situados esses aspectos, como está a Constituição brasileira?

Em 8 de dezembro de 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 45, que, publicada a 31 seguinte, começou a vigor em 1 de janeiro de 2005. Dois parágrafos foram incluídos no art. 5º, que cuida de direitos e deveres individuais e coletivos. Assim, aos dois primitivos somaram-se mais dois. Os textos constitucionais dos quatro parágrafos são os seguintes:

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

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

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Para o tema que se está abordando, não carecem ser feitas maiores considerações acerca dos §§ 1º, 2º e 4º.

O primeiro trata da aplicação temporária de normas em geral que cuidem de direitos e garantias fundamentais. Observo, por necessário, que a imediatidade referida no dispositivo não afasta a observância das regras pertinentes à regular ratificação de tratados internacionais e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Acerca do § 2º, escrevi comentários apontando a correção da emenda apresentada pelo Constituinte paraense Aloysio da Costa Chaves que corrigiu as imperfeições do projeto que era examinado no Parlamento de então ⁶.

O derradeiro cuida do acesso ao Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil também faz parte, tema específico, não importando para o objeto deste estudo.

Irei deter-me, exclusivamente, ao § 3º e a ele farei diversas considerações, e, *data venia*, algumas objeções.

Uma objeção inicial fica a conta da sinonímia. O texto escoreito do § 2º, referindo apenas a *tratados internacionais*, deu lugar a *tratados e convenções*, que são expressões sinônimas, levando a equivocada desconfiança de que seriam figuras jurídicas diversas. Aliás, nossa Constituição permite uma dificuldade de entendimento aos leigos pelo menos. É que existe o art. 49, I, tratando da competência do Parlamento sobre *tratados, acordos e atos internacionais*. O art. 84, VIII, cuida da competência presidencial para celebrar *tratados, convenções e atos internacionais*. E o art. 102, III, *b*, determina que cabe ao Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, “declarar a inconstitucionalidade de *tratado...*”. Só ai constata-se o sofrimento da interpretação: tratado, convenção, acordo e ato internacional são expressões que devem ser consideradas sinônimas, mas que podem ensejar embaraço para o povo simples, o leigo, destinatário da Norma Fundamental.

Ponto positivo é, sem dúvida, o fato de elevar os tratados sobre direitos humanos a nível de Emenda Constitucional, colocando tais documentos acima de leis federais (complementares e/ou ordinárias), como era o entendimento sedimentado do Excelso Pretório ⁷.

Afora isso, no meu pensamento, dois pontos são passíveis de dúvidas, irão gerar conflito, estão ensejando manifestação do Supremo Tribunal Federal, e merecem ter cuidadoso exame doutrinário, desapixonado, mas

6 V. o meu artigo *Os tratados internacionais nas Constituições Brasileiras*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, 21(40):99-117, jan./jun. 1988.

7 V. nesse particular, as decisões do STF sobre a Convenção n. 158 da OIT e as do Pacto de São José da Costa Rica. Em especial: ADIn n. 1.480-3-DF, de 26.6.2001 (Confederação Nacional dos Transportes e Confederação Nacional da Indústria - CNI vs. Presidente da República e Congresso Nacional). Rel.: Min. Celso de Mello (DJ n. 140-E, Seção 1, de 8.8.2001, pp. 2-3). As decisões, na íntegra, estão nos meus *Direito do trabalho no STF (2 e 5)*. São Paulo, LTr, 1999 e 2002, pp. 59-63 e 15-22, respectivamente).

isento, e criteriosa apreciação do Judiciário ao se tratar da aplicação desses tratados.

O primeiro refere-se à aplicação temporal do dispositivo. A regra dominante no Direito brasileiro é da vigência imediata da norma constitucional e da sua irretroatividade, inclusive em respeito ao princípio do direito adquirido. Em se tratando de Direito Penal, a lei retroage para beneficiar, mas nunca para prejudicar, o réu. *Nullum crimen nulla poena sine praevia lege* (art. 2º do Código Penal de 1940).

Nessa linha, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 consagra o princípio da irretroatividade (art. XI, 2).

Sendo assim, tenho que os tratados de que cuida o § 3º do art. 5º somente serão aqueles que, a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, passaram a ser aprovados com o *quorum* especial e nas condições indicadas no preceito. Todos os aprovados anteriormente, sem exceção, têm aplicação restrita, ou seja, podem ter seu destino afastado se contrariar lei federal.

Claro que pode ser excepcionada a regra. A condição extraordinária é submeter o texto novamente ao exame do Parlamento brasileiro. E por que? Porque a resolução congressual primeira, a que ocorreu antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, ainda que tenha sido pela unanimidade das duas Casas, não ocorreu em dois turnos, nem os parlamentares sabiam que estariam adotando uma Emenda Constitucional.

Logo, qualquer tratado acolhido pelo Congresso Nacional anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, que se pretender enquadrar no § 3º, necessitará retornar ao Parlamento.

Nesse caso, um tratado internacional suscita de plano grande dúvida. Encontra-se em exame na Suprema Corte a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica no que refere à prisão civil por dívidas, inclusive do depositário infiel⁸. Decisão anterior afastara a aplicação do tratado, prevalecendo a regra constitucional permissiva da prisão civil, inclusive de devedor fiduciante⁹. Agora, tudo leva a crer que a posição será modificada e não será mais possível a prisão do depositário infiel no Brasil.

8 V. algumas decisões do STF a respeito no meu *Direito do trabalho no STF (11)*. São Paulo, LTr, 2007, pp. 127-38.

9 RE 372. 436-3-SP, de 19.2.2003 (Banco BRADESCO S/A vs. Comércio de Tratores, Peças e Implementos Agrícolas Catanduva Ltda.). Rel.: Min. Celso de Mello (DJ n. 59, Seção 1, de 27.3.2003, p. 58). No mesmo sentido: RE 400.512-3-RJ, de 17.9.2003 (Aliança Administradora de Consórcios S/C Ltda. vs. Andréa Vieira Catharino Muniz). Rel.Min. Celso de Mello (DJ n. 219, Seção 1, de 12.11.2003, p. 115) e HC 83.416-3-SP, de 14.10.2003 (Associação Paulista de Transporte S/A vs. Augusto Vieira de Mello). Rel. orig.: Min. Carlos Britto. Red. p/Acórdão: Min. Cezar Peluso (Informativo n. 203, de 22.10.2003, p. 2). V., na íntegra, no meu *Direito do trabalho no STF (7)*. São Paulo, LTr, 2004, pp. 183-90).

O outro ponto, e que é, a meu ver, o que mais cuidadoso exame merecerá do aplicador da norma constitucional, é saber o que **não** é um direito humano. Identificar o que são os direitos humanos é tarefa menos difícil. Dizer quais os direitos que não são humanos é problemático.

É certo que podemos invocar, de plano, a condição de que o dispositivo cuida de direitos humanos *stricto sensu*, tais como direito à vida, direito à liberdade, direito à educação, direito ao trabalho, aqueles mínimos, que se enquadrariam, considerando as gerações, dentre os direitos de primeira e segunda. Com algum esforço, poderíamos estender até a terceira geração, e, com mais sacrifício, à quarta.

Assim, estariam contentes o Constituinte derivado e os defensores intransigentes dos direitos humanos,

Parece que estaria fazendo a defesa dos direitos **não humanos**, mas não é disso que se trata. A questão é a dificuldade mesma em se distinguir o que é do que não é direito humano. Poder-se-ia argumentar, *v.g.*, que a Convenção de Montego Bay sobre Direito do Mar, de 1982¹⁰, é um tratado que cuida de tema específico, nada a ver diretamente com direitos humanos. Mas, incorreríamos no sério problema de desconsiderar que o documento aborda, *inter alia*, justamente a conservação do espaço equóreo (art. 146, *passim*) e estamos então diante de uma questão de meio ambiente, que é direito humano de terceira geração. Ou quando esse tratado proíbe o transporte de escravos (art. 99), garantindo o direito de liberdade.

Por outro lado, o que poderia ser dito da prática de crime em aeronaves, severamente punido pela Convenção para a Repressão aos Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (Montreal, 1971)?¹¹

Afora isso, enfrentamos a problemática das Convenções Internacionais do Trabalho. Das quase duas centenas aprovadas desde 1919, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Brasil ratificou 80 e denunciou treze convenções, até agosto de 2008¹². Se a denúncia da Convenção n. 158 foi a que maior tumulto causou no país, a meu ver, a Convenção n. 96, que proíbe agências de colocação de mão-de-obra com fins lucrativos, teve maior reflexo negativo no seio da classe trabalhadora, mas, nem por isso, suscitou tanta controvérsia. Sua denúncia gerou a sanção da Lei n. 6.019, de 3.janeiro.1974, que criou inúmeras empresas prestadoras de serviço que, a rigor, são meras *locadoras* de mão-de-obra humana.

10 A Convenção encontra-se em vigor no Brasil, conforme o Decreto n. 1.530, de 22.6.1995.

11 A Convenção está vigendo no Brasil desde 23.1.1973, tendo sido promulgada pelo Decreto n. 72.383, de 20.6.1973.

12 Cf. <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm>. Acesso a 28.8.2008.

É porque fizeram da Convenção n. 158 arma de defesa do emprego, como se, àquela época, antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, um tratado internacional pudesse resolver a regulação de preceito constitucional sujeito à reserva legal, que é o caso do inciso I do art. 7º da Constituição de 1988.

Ao interpretar sua denúncia, o Excelso Pretório sinalizou perfeitamente que o conflito entre leis (Constituição e Tratado, lei anterior e posterior e lei genérica e específica) resolve-se pela prevalência da Constituição, e pela adoção de dois critérios que vêm do Direito romano: *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generalis*¹³.

Demais disso, todos - a quase totalidade - os tratados -inclusive as Convenções Internacionais do Trabalho - que o Brasil ratificou foram antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, ou seja, sem a observância do rito previsto no § 3º do art. 5º. Sendo assim, e se, ninguém disso tem a menor dúvida, todas as convenções internacionais do trabalho cuidam de direitos humanos, como agir com relação às incorporadas à ordem jurídica interna antes de janeiro de 2005, quando a Emenda Constitucional n. 45/2004 começou a produzir seus efeitos? Se não são *emendas constitucionais*, serão tratados singelos, e a sua aplicação poderá ser afastada, se conflitar com lei federal.

Querer assimilar a expressão *aplicação imediata* do § 1º do art. 5º de tratado ratificado sem o *quorum* específico do § 3º, com equivalência à Constituição, e, com isso, pretender despiciendo aquele *quorum* especialíssimo é, *data venia*, criar uma situação que o constituinte não pretendeu.

IV. CONCLUSÃO

Insisto! Não sou contra a defesa dos direitos humanos e a garantia da sua proteção pelo Estado e pela sociedade. O que, no entanto, defendo, é a imperiosa necessidade de uma ordem jurídica onde sejam observadas regras mínimas. Por exemplo, a prisão do depositário infiel, conquanto viole o direito de liberdade do infrator, ao mesmo tempo é forma garantidora do cumprimento de uma obrigação. Se estivermos, como acontece muito, em ação em trâmite na Justiça do Trabalho, o trabalhador e sua família dependem da venda de um bem penhorado e entregue aos cuidados de um depositário, para ter recebido seus créditos trabalhistas. Descumprindo sua missão de depositário, manda-se prender o infiel. Com isso, geralmente, é efetuado o depósito do valor correspondente, liquida-se o processo e

13 V. ADIn n. 1.480-3-DF, de 26.6.2001 (Confederação Nacional dos Transportes e Confederação Nacional da Indústria - CNI vs. Presidente da República e Congresso Nacional). Rel.: Min. Celso de Mello (DJ n. 140-E, Seção 1, de 8.8.2001, pp. 2-3). Na íntegra, no meu *Direito do trabalho no STF (5)*. São Paulo, LTr, 2002, pp. 15-22).

expede-se o competente alvará de soltura. Para o trabalhador e sua família, aquele *quantum* é necessário para comprar alimento, e alimento é vida, e o direito à vida é o primeiro e maior de todos os direitos humanos.

Aliás, Norberto Bobbio escreveu, tempos atrás, afirmando que não devemos nos preocupar em *justificar* os direitos humanos, mas em *proteger e garantir os que existem*¹⁴. Penso ser esta a grande questão dos homens e dos Estados: garantir o que existe e não ficar criando outros sem sequer preservar aqueles...

A expectativa em torno da aplicação efetiva do § 3º do art. 5º da Constituição brasileira é grande e, a meu juízo, vai deixar muito a desejar, afora as dúvidas que, talvez pela forma açodada de emendar, possa proporcionar ao jurisdicionado e, sobretudo, ao Judiciário que deverá aplicar a norma internacional invocada.

De qualquer forma, trata-se de um passo, importante sem dúvida, para essa consagração real, mas que deve ser concluído com o necessário zelo e o indispensável cuidado para não resultar em exageros e desmandos.

Belém, 28.Agosto.2008

14 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 24.

A ATRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PERICIAL AO EMPREGADOR COMO MECANISMO VIABILIZADOR DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS LABORAIS À SAÚDE E A SEGURANÇA

Pastora do Socorro Teixeira Leal¹

Como viabilizar a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição? Que mecanismos jurídicos podem ser utilizados para essa finalidade? Esses questionamentos ficam ainda mais difíceis de serem respondidos quando estamos diante de direitos humanos laborais ou direitos fundamentais trabalhistas.

A saúde e a segurança são bens jurídicos objeto de direitos fundamentais e, como tal, estão elencados na Constituição Federal: “*Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*”

O dispositivo antes destacado encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no inciso III, do art. 1º, da Carta Magna que, para consolidar sua garantia, estabeleceu no art. 5º, § 1º que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”

A preocupação com a tutela da saúde e da segurança no trabalho é ratificada no plano constitucional: *Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ...XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.*

Garantir direitos pressupõe identificar e fazer valer os deveres a eles correlatos.

Quem seria então o responsável pela higidez e segurança no trabalho?

Uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro revela que o responsável é o empregador ou aquele que toma e/ou se beneficia do serviço prestado.

É oportuno que não se confunda responsabilidade com culpabilidade. O risco advindo de uma atividade econômica deve ser suportado por quem a explora, independentemente de culpa, embora em algumas circunstâncias não seja culpado, a exemplo do que ocorre com produtos que, por defeito

¹ Corregedora Regional do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, professora de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará - UFPA e da Universidade da Amazônia - UNAMA.

de fabricação, venham a causar danos ao consumidor, mesmo tendo sido fabricados com a observância das regras técnicas. O risco não pode ser 100% previsto ou prevenido, tampouco a ciência e a tecnologia podem dar respostas precisas, mas a responsabilidade pode até ser presumida.

O art.2º da CLT, quando definiu o empregador como aquele que assume os riscos de sua atividade econômica, foi muito além de sua época, pois, em 1943, não se poderia imaginar a magnitude dos números de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais que as estatísticas hoje revelam. Infortúnios esses decorrentes de variáveis que provêm do modelo de sociedade complexa e de massa, bem como do incremento vertiginoso da tecnologia, fatores que geram maior desgaste ambiental, físico, mental e emocional.

A proteção à saúde e à segurança no trabalho está diretamente relacionada à garantia do meio ambiente sadio e seguro, o que exige medidas de prevenção e até mesmo de precaução. Nesse ponto, a Constituição avançou, consoante se verifica nos seguintes dispositivos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em que pese todo esse avanço no plano constitucional, ainda são elaboradas e aplicadas normas de conteúdo monetizador do risco, tais como as referentes ao adicional de insalubridade e de periculosidade, como se a saúde do trabalhador tivesse preço, quando o desejável é a prevenção ou redução do risco. Feita essa crítica, salienta-se que as normas que regulamentam as atividades insalubres e perigosas também apresentam regras que impõem aos empregadores a utilização de mecanismos de prevenção, mais adiante apontados de forma exemplificativa.

Nosso ordenamento jurídico é rico em normas que nos autorizam a concluir que é do empregador o dever de manter a saúde e a segurança no

trabalho, além de responder por gravames a esses bens jurídicos. Todavia, dentro dos limites deste artigo, numa síntese apertada, alguns exemplos ilustrativos podemos enumerar:

a) A NR5 estabelece que a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA - “tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador” e determina que **“devem constituir CIPA**, por estabelecimento, e mantê-la em regular funcionamento as empresas privadas, públicas, sociedades de economia mista, órgãos da administração direta e indireta, instituições beneficentes, associações recreativas, cooperativas, bem como outras instituições que admitam trabalhadores como empregados”;

b) A NR6, que trata do **dever** de fornecimento de Equipamento de Proteção Individual, determina, em seu item 6.3, que a empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, **EPI** adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento;

c) Destacam-se da NR 7 alguns itens: 7.1.1- estabelece a **obrigatoriedade** de elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - **PCMSO**, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores; 7.1.3- caberá à empresa contratante de mão-de-obra prestadora de serviços **informar à empresa contratada dos riscos** existentes e **auxiliar na elaboração e implementação do PCMSO** nos locais de trabalho onde os serviços estão sendo prestados; 7.2.3- o PCMSO deverá ter caráter de **prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados ao trabalho**, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores; 7.3.1- que compete ao empregador: a) garantir a elaboração e efetiva implementação do PCMSO, bem como zelar pela sua eficácia; e b) **custear sem ônus para o empregado** todos os procedimentos relacionados ao PCMSO;

d) A NR 9 estabelece: 9.1.1 - a obrigatoriedade da elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - **PPRA**, visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da **antecipação, reconhecimento, avaliação e conseqüente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais**; 9.1.2- as ações do PPRA devem ser desenvolvidas no âmbito de cada estabelecimento da empresa, **sob a responsabilidade do empregador**, com a participação dos trabalhadores, sendo sua abrangência e profundidade dependentes das características dos riscos e das necessidades de controle;

e) É necessário o preenchimento de formulário (**PPP**) pelas empresas que exercem atividades que exponham seus empregados a agentes nocivos

químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, de acordo com Norma Regulamentadora nº 9 da Portaria nº 3.214/78 do MTE;

f) De acordo com art. 58 e seus §§, da Lei nº 8.213, de 24/07/91, com alterações introduzidas pela Lei nº 9.528, de 10/12/97, DOU de 11/12/97, as empresas estão obrigadas a manter laudo técnico de condições ambientais do trabalho (LTCAT), elaborado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança e medicina do trabalho, que servirá para comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos para fins de aposentadoria especial. O laudo técnico referido deverá conter informações sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à **penalidade** prevista no art. 133 da referida lei.

Se houver violação pelo empregador de quaisquer dos procedimentos antes enumerados, estará passível de autuação pelo órgão fiscalizador. A competência para anular penalidades impostas pelo órgão fiscalizador é da Justiça do Trabalho, na forma do inciso VII, do art. 114, da Constituição Federal: "*Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;*". Essa atribuição reforça a conclusão de que ao judiciário trabalhista incumbe não somente o poder de anular as penalidades, mas também, no caso concreto, exigir que as empresas comprovem o cumprimento dos deveres inerentes ao seu dever de garantir meio ambiente de trabalho sadio e seguro.

Definir direitos e estabelecer deveres correlatos pressupõe mecanismos para a sua efetivação, sendo o mais abrangente deles a garantia de acesso à Justiça, como prevê o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*" que deve ocorrer, na forma do inciso LXXVIII do mesmo artigo: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*". Isto quer dizer que é necessário todo um instrumental processual capaz de garantir, de forma efetiva, os direitos tutelados.

Os meios de prova são o arsenal de que se deve utilizar o interessado para demonstrar seu direito. Ocorre que, muitas das vezes, esses meios não estão ao alcance da parte. É o caso, por exemplo, do trabalhador que busca o judiciário para fazer valer seus direitos à saúde e à segurança no trabalho, seja pela via da prevenção - o que é raro -, seja pela via da reparação.

Quanto à distribuição do ônus da prova, há duas posturas que denominamos de: tradicional ou clássica e efetivadora ou flexível.

A tradicional ou clássica é resistente a qualquer possibilidade do que se costumou denominar de “inversão do ônus” e limita-se à estrita dicção do inciso I, do art.333, do CPC: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.”

A efetivadora se predispõe a reconhecer que o ônus da prova incumbe àquele que tem o dever de viabilizar a concretização do direito e que, portanto, é quem tem mais fácil acesso aos meios de prova a sua demonstração em Juízo.

Em matéria de insalubridade e de periculosidade o art.195, da CLT, representa a corrente tradicional, pois impõe ao juiz determinar a realização de perícia e ao empregado arcar com seus custos, quando todo o restante da legislação pertinente remete ao dever de o empregador implementar mecanismos de tutela como aqueles já mencionados (EPs, PPRA,PCMSO,PPP,LTCAT), dentre outros.

Sabe-se que um grande número de processos, cujos pleitos consistem em reparação por danos à saúde ou à higidez, têm sua tramitação emperrada devido às inúmeras dificuldades na realização de perícias na hipótese de assistência judiciária gratuita, tais como: recusa sistemática de entidades públicas em realizar perícias alegando falta ou insuficiência de pessoal qualificado; as empresas alegam que o custeio compete ao empregado que postula, pois é dele o ônus da prova; os empregados, em sua grande maioria, não têm recursos para arcar com as despesas periciais; o custeio de perícias pela União (Resolução CSJT nº35/2007) apresenta expressivas restrições e onera o orçamento dos TRTs; existem localidades de difícil acesso, nas quais sequer há profissionais habilitados; dificuldade de encontrar peritos que aceitem os valores tabelados.

Se o empregador está obrigado a implementar os mecanismos de prevenção já enumerados, a visão efetivadora usa da interpretação sistemática para concluir que o ônus da prova pericial compete ao empregador, presumindo-se a ocorrência do fato que se pretendia demonstrar pela perícia, obviamente levando-se em conta os demais elementos dos autos em seu conjunto, pois se a descrição da atividade do trabalhador não se inclui naquelas previstas como de risco, não há como presumi-lo.

Os parâmetros que servem de suporte para a visão tradicional e para a efetivadora decorrem do paradigma no qual cada uma delas se assenta.

Nossas crenças determinam nossa forma de agir. Se acreditarmos que as pessoas e as coisas são como são e que nada pode ser feito para alterá-las, nada muda. Por outro lado, se acreditarmos que o esforço comum pode realizar mudanças, este já é um grande passo.

Quem lê este artigo deve estar se perguntando: O que tem a ver crenças ou visões de mundo com a distribuição do ônus da prova e com a concretização dos direitos humanos? Tudo.

O modelo de ciência que utilizamos para descrever e alterar a realidade pode responder a questão.

Modelos de Ciência

Modelo Tradicional	Modelo Novo-Paradigmático
objetividade	intersubjetividade
imutabilidade	instabilidade
simplicidade	complexidade
linearidade	circularidade

O modelo tradicional não tem servido para dar respostas aos problemas complexos da sociedade de massa e globalizada. Nem mesmo no campo das ciências exatas o paradigma clássico se manteve. Os físicos tiveram de aceitar a dualidade das ondas luminosas, também conhecida como dualidade onda-partícula ou dualidade matéria-energia, dependendo das condições de observação da luz. É conhecido, também na Física, o chamado “princípio da incerteza”, segundo o qual a palavra dualidade deve ser substituída pela idéia de complementariedade, pois ondas e partículas são como duas imagens que se complementam mutuamente. Assim, a “probabilidade” agora se interpreta de forma diferente daquela da física clássica, pois depende das condições nas quais o fenômeno ocorre.

Foi necessário nos estendemos um pouco mais na exemplificação com o intuito de demonstrar que a ciência precisou rever seu paradigma, sua forma de pensar e agir.

Desnecessário destacar que a forma tradicional de manejar o ônus da prova tem por baliza o modelo de ciência tradicional da *imutabilidade* a toda prova, ou seja, a de que “provar compete a quem alega”, que a pretexto da *objetividade* ignora qualquer circunstância ou condição do caso concreto, como se a concepção de mundo do intérprete em nada interferisse. Segundo essa visão, a distribuição do ônus da prova funciona como uma receita, sempre ocorrendo da mesma maneira: *linear*.

Aplica-se à visão efetivadora da distribuição do *onus probandi* as características do modelo de ciência novo-paradigmático, porquanto ajusta-se às variáveis do caso, à equidade, porque a realidade não é imutável, mas *instável*, visto que um mesmo agente de risco pode gerar conseqüências variadas. A questão também é *complexa*. Assim, se o dever de implementar mecanismos de prevenção e de proteção à saúde e à segurança no trabalho é do empregador, a ele incumbe tê-lo feito quando demandado em Juízo. A título de exemplo temos o PCMSO cujos exames devem ser feitos na admissão, durante o contrato de trabalho e por ocasião da dispensa. Tais exames têm o condão de demonstrar em que condições de saúde o trabalhador ingressou na empresa, se adoeceu ou se teve agravamento no seu quadro clínico por conta da atividade laboral e em que condições foi dispensado. Por outro lado, o PPRA pode demonstrar quais as condições de risco no trabalho.

Contudo, ainda existe uma enorme resistência da comunidade jurídica em ajustar-se ao novo paradigma, pois a própria formação jurídica, em sua grande maioria, ainda está calcada no modelo de ciência tradicional. Essa resistência aliada à deficiência do aparato fiscalizador do Estado integram um conjunto de obstáculos à concretização dos direitos fundamentais laborais.

Manter-se resistente é mais simples e, muitas vezes, até mais cômodo, pois ninguém gosta de dar-se ao trabalho de ler “NRs” (normas regulamentadoras), repletas de detalhes técnicos, quando basta apenas que o trabalhador não possa custear a perícia ou que não se encontrem peritos predispostos a receber valores tarifados para que o pleito seja julgado improcedente por falta de provas.

A introdução expressa da presunção donexo causal entre a atividade da empresa e o agravo à saúde (Lei 11.430/2006), como se pode verificar pela redação do art.21-A: “*Presume-se caracterizada incapacidade acidentária quando estabelecido o nexotécnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, em conformidade com o que dispuser o regulamento.*”, representou significável avanço da lei previdenciária em face da trabalhista, cuja rigidez na distribuição do ônus da prova, principalmente em matéria de saúde e de segurança do trabalho, tem levado à dramática situação de toda uma legião de vitimados pelo trabalho que, justamente por dificuldades de prova, não têm acesso *integral* à Justiça e, como consequência, não conseguem responsabilizar seus empregadores pelos danos suportados.

O Decreto nº 6.042/07 oficializa a necessidade de implantação, pela Previdência, de dois instrumentos legais que são: **o Nexo Técnico Epidemiológico (NTPE) e o Fator Acidentário Previdenciário (FAP)**. Esses novos instrumentos têm o intuito de permitir a flexibilização das alíquotas de contribuição das empresas ao seguro acidente de trabalho (SAT).

Dentre os antecedentes dessa normatividade, encontra-se a Resolução nº.1236, do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), publicada em 10 de maio de 2004, que trouxe novo procedimento de especial importância para as doenças ocupacionais, nas quais há grande resistência à emissão do CAT. Essa nova sistemática também passou a constar da Lei nº. 8213/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº. 316/06, posteriormente convertida na Lei nº. 11.430, de 26 de dezembro de 2006, que acrescentou o art. 21-A ao Plano de Benefícios. Nessas situações, como o benefício será considerado acidentário, de ofício, não haverá multa pela ausência de comunicação de acidente do trabalho (CAT) por parte do empregador (art. 22, § 5º, da Lei nº. 8213/91, com redação dada pela Lei nº. 11430/06). No Regulamento da Previdência Social o assunto é tratado a partir do art. 337, com redação dada pelo Decreto nº. 6.042/07, que dá nova formatação ao Anexo II do RPS, o qual estabelece Nexo Técnico Epidemiológico entre a atividade da empresa e a entidade

mórbida motivadora da incapacidade. Essa presunção que dá acesso a benefício acidentário passou a ser válida a partir de abril de 2007 (art. 5º, I, do Decreto nº. 6.042/07).

A resistência de muitos empregadores em emitir a CAT, a desproporcionalidade no custeio acidentário entre empresas onde a ocorrência de acidentes era diferenciada, a dificuldade de controle, a oneração do custeio público, dentre outras, foram algumas das causas da alteração da legislação mencionada que, como se pode verificar, teve suporte em problemas de natureza econômica. Todavia, ainda que decorrente de fatores econômicos, são sensíveis os reflexos da sobredita normatividade na tutela dos direitos fundamentais à saúde e à segurança no trabalho.

A presunção denexo causal, quando a patologia (CID) corresponder, no enquadramento legal à atividade econômica (CNAE) do local de trabalho, provoca um deslocamento de eixo na maneira tradicional de conceber a responsabilidade civil, prescindindo da investigação da culpa.

No mesmo sentido é a dicção do parágrafo único, do art.927, do Código Civil: *“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 natureza, risco para os direitos de outrem.”*

Projeto de Lei em tramitação (PL nº3427/2008) significa tentativa de inserção desse novo paradigma na legislação trabalhista, quando reforça o reconhecimento da obrigação de o empregador propiciar meio ambiente de trabalho sadio e seguro, bem como de adotar medidas preventivas para eliminar ou neutralizar os agentes nocivos e as causas de acidentes ou de doenças ocupacionais.

Mencionado Projeto de Lei implica em mudanças na CLT: altera a redação do art.195, suprime seus §§ 1º a 3º e cria um parágrafo único; suprime os §§4º e 6º do art. 852-H; modifica a redação do art.790-B e cria o art.818-A e seus §§1º a 6º. Este último representa reforço aos argumentos já expendidos no sentido de que, sendo do empregador o dever legal de propiciar ao trabalhador meio ambiente sadio e seguro, também incumbelhe a respectiva prova. Vejamos:

Art.818-A. Constitui ônus da empresa demonstrar que propicia a seus trabalhadores meio ambiente sadio e seguro ou que adotou, oportuna e adequadamente, as medidas preventivas de modo a eliminar ou neutralizar os agentes insalubres, penosos ou perigosos, bem como as causas de acidentes ou doenças ocupacionais.

§1º. O reclamado deverá apresentar com a defesa, documentação relativa aos programas e instrumentos preventivos de segurança e saúde no trabalho a que está obrigada a cumprir.

§2º. Se o reclamado não cumprir o disposto no §1º, o Juiz poderá determinar a realização de prova pericial as suas expensas.

§3º. Será dispensável a realização de perícia sempre que o Juiz

entender que as provas dos autos são suficientes para respaldar tecnicamente a decisão.

§4º. Determinada a realização da prova técnica, o Juiz nomeará perito, facultando às partes, no prazo de cinco dias, a formulação de quesitos pertinentes e a indicação de assistentes técnicos, os quais apresentarão seus pareceres no prazo fixado para o perito.

§5º. As partes que não indicarem assistentes técnicos poderão apresentar impugnação fundamentada ao laudo, no prazo comum de cinco dias, após o que fixado para a entrega do laudo oficial.

§6º. O perito do Juízo e os assistentes técnicos deverão estar habilitados na forma do art. 195.

A proposta de alteração legal acima destacada, além de convergir para o que dispõe o art. 21, da Convenção 155 da OIT que estabelece que as medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores, representa significativo avanço e ajusta a legislação trabalhista ao modelo de efetividade, bem como denuncia que a formação jurídica calcada no modelo tradicional exige que a literalidade da lei traduza a regra aplicável, embora as demais regras e os princípios do ordenamento jurídico nacional e internacional, como já explicitado, convirjam para a mesma conclusão.



A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS - A problemática do controle do orçamento público

Francisco Sérgio Silva Rocha¹

O objetivo do presente trabalho é avaliar a possibilidade do uso de instrumentos de controle da norma orçamentária, de sorte a proceder, em alguma medida, a verificação da correspondência entre os objetivos constitucionais e o orçamento público, como elaborado e executado.

Para tanto, existe a necessidade de considerar o orçamento como um instrumento de ação política e viabilizador de políticas públicas. Desta assertiva emerge o debate sobre sua aptidão para gerar direito subjetivo e, por decorrente, obrigações ao Poder Público, estabelecendo padrões de vinculatividade, em função dos princípios estabelecidos na Constituição.

Todavia, é forçoso reconhecer que a doutrina em matéria orçamentária persiste tributária das lições de Laband². Este autor, de origem tedesca, considera que o orçamento não é materialmente lei, mas sim possui a natureza de ato administrativo, restringindo-se a uma estimativa de gastos e receitas, mero plano de gestão. Por tal, nega a existência de normas jurídicas no orçamento, ou mesmo de alguma ordem ou ainda alguma proibição, concebendo-o como uma mera expectativa contábil sobre receitas e despesas, nele incorrendo qualquer delimitação de direitos e deveres por não conter “regra de direito”.

Esta concepção surgiu como resultante do processo histórico onde se desenvolveu a tensão entre a monarquia prussiana e o Parlamento. A formulação do orçamento como espécie de ato administrativo tinha por objetivo reforçar a posição do monarca, negando ao Parlamento a possibilidade de modificar o orçamento proposto, cabendo-lhe apenas aprovar ou rejeitar o projeto encaminhado pela Administração Pública.

Esta concepção autoritária se atenua ao longo do tempo, porém persiste a noção original de que o orçamento é, fundamentalmente, um ato do Executivo que, aprovado pelo Parlamento, significa uma autorização para realização de receita e despesa, cuja execução deverá permanecer sob o prudente arbítrio do Administrador Público.

1 Desembargador Federal do Trabalho da 8ª Região, Mestre em Direito pela UFPA, Professor de Direito da FACI.

2 Laband, Paul. *El Derecho presupuestario*. Madri. Espanha. Instituto de Estudios Fiscales. 1979.

Ricardo Lobo Torres³ afirma ser o orçamento uma lei formal ou um ato-condição, de tal forma que, no tocante às receitas, só tem significância nos países que adotam o princípio da anualidade tributária e, no que concerne às despesas, seu significado surge como autorização de gasto para os agentes públicos (ordenador de despesa).

Nesta concepção não é possível falar em vinculatividade. Considerar o orçamento uma autorização de despesa, mercê da decisão do executante quanto a implementação, retira a possibilidade de controle pela inexecução orçamentária e não permite ao administrado buscar uma forma de decisão injuntiva em face da Administração.

Em sentido diverso, temos a posição de Joaquim José Gomes Canotilho⁴, para o qual o orçamento público é simplesmente lei, destinada a prever os meios financeiros para a realização de determinados fins, aplicação esta que não pode se furtar a observância dos princípios constitucionais e a respectiva fiscalização pelos órgão de controle, submetida a controle jurisdicional de constitucionalidade.

Não se há de negar que a definição da natureza jurídica das leis orçamentárias está vinculado a disputa de poder entre o Parlamento e o órgão que cumpre as funções do Poder Executivo, especialmente, como é o caso em estudo, na conformação das contas públicas. A este quadro se soma o desenvolvimento do Estado e da sociedade, com a ampliação do controle da atividade estatal, restringindo a teoria dos poderes discricionários da Administração ao mínimo necessário a condução dos serviços públicos, privilegiando a atividade vinculada à lei e aos princípios regentes que, constitucionalizados passam a atuar de modo decisivo, permitindo a apuração judicial de critérios de razoabilidade, eficiência, dentre outros.

Não é possível desconsiderar, ante a tendência de ampliação dos mecanismos de controle do Poder Público, ser necessário adentrar em áreas até então imunes ao controle jurídico, o que será objeto de apreciação ao longo do presente trabalho.

A evolução histórica fez inserir nas cartas constitucionais surgidas a partir do primeiro quartel do século XX os denominados direitos de segunda geração ou direitos sociais. Tais normas jurídicas previam a ampliação dos direitos fundamentais para abarcar normas de conteúdo diversificados, porém vinculadas a satisfação do princípio da igualdade material.

Os direitos do trabalho, saúde, educação, moradia, cultura, dentre outros surgem para permitir a atuação do Poder Público para superar a diferenciação econômica e social entre as pessoas, tornando efetivo o direito

3 Torres, Ricardo Lobo, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

4 Canotilho, J. J. Gomes, *A Lei do Orçamento na Teoria da Lei*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1979.

de igualdade⁵. Parte do reconhecimento que as pessoas não possuem igual acesso aos direitos fundamentais enquanto existir uma desigualdade de base material que vai além da mera distinção de aptidão das pessoas.

Assim, a norma constitucional reconhece os direitos sociais e determina a atuação do Poder Público no sentido de sua implementação, reduzindo as desigualdades sociais.⁶ Não é possível considerar que a exigência constitucional seja satisfeita com uma atuação meramente omissiva e não-custosa⁷, ao contrário, o ditame constitucional obriga a realização de políticas expressivas na consecução dos objetivos traçados, realização esta que implica, necessariamente, na inversão de amplos recursos, quer diretamente pelo Poder Público ou pela sociedade.

Os investimentos públicos são previstos no orçamento para sua efetivação, com a disposição dos meios necessários à sua execução. Desta forma, o Poder Público realiza as políticas públicas, necessárias a realização dos direitos e princípios estabelecidos na Constituição, prevendo sua execução e consolidando-a com a inserção no orçamento dos meios necessários à sua implementação.

Assim sendo, a efetivação destas políticas, custosas e pendentes de atuação positiva, passa pela alocação dos recursos necessários, o que é feito pela lei orçamentária.

Considerando esta assertiva, como negar a possibilidade de submeter o ato de elaboração e de implementação do orçamento ao controle político ou judicial, considerando a lei orçamentária como elemento essencial e etapa necessária na efetivação dos direitos fundamentais?

Devemos retornar a original concepção de Laband, que foi desenvolvida para resolver o impasse criado pela crise política representada pelo choque entre o princípio monárquico e a representação popular, onde o monarca queria aprovar a lei orçamentária sem se submeter a possibilidade de modificação pelo Parlamento, sustentando não ser limitado por qualquer legislação, pelo que possuiria competência residual para resolver as questões omissas ou os conflitos insolúveis entre dois órgãos estatais⁸.

5 Para importante ligação entre o direito de liberdade e a efetivação dos direitos sociais ver Amartya Sen *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras 2000.

6 Artigo 3º, III da Constituição Federal.

7 Tal não significa que apenas os direitos sociais são direitos custosos. A implementação de todo e qualquer direito implica na efetivação de um custo que deve ser suportado pela sociedade. O estabelecimento de mecanismos de eleições periódicas e acesso à Justiça, como direitos de primeira geração são igualmente custosos e representam uma opção da sociedade por um meio de viver que valorize os direitos fundamentais.

8 Bereijo, Álvaro Rodrigues. Orçamento III. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.º 94, abr./jun. 1990, p. 30-31.

A concepção formulada considera que o orçamento é lei em sentido meramente formal, sendo uma forma de ato administrativo de competência da Administração. Desta forma, os atos de gestão financeira do Estado não poderiam ser suspensos, mesmo que não houvesse aprovação da lei orçamentária, cabendo à Administração tomar as medidas necessárias para manter seu regular funcionamento. Este procedimento não violava qualquer forma de direito, pois a lei orçamentária não interferia na esfera jurídica do indivíduo ou da comunidade política, ou seja, não regulava as relações intersubjetivas, nem criava direitos e deveres na esfera alheia, destinando-se apenas a assegurar a continuidade dos serviços públicos e o funcionamento da administração pública⁹.

A finalidade da teoria de Laband era eliminar a competência do Parlamento na apreciação do conteúdo da lei orçamentária, cuja apreciação seria matéria restrita ao exame do órgão exercente do Poder Executivo, como executante do plano de gestão financeira. Por ter conteúdo de ato administrativo, o plano de gestão financeira seria submetido ao Parlamento, apenas por ter forma de lei e para atender a exigência de participação parlamentar. Em caso de impasse, caberia à Administração Pública a realização da gestão orçamentária, mesmo sem a prévia aprovação pelo Parlamento¹⁰.

Esta concepção, originária da Alemanha em processo de unificação, desbordou sua origem e passou a ser adotado em países de construção histórica diversa. Houriou, Deguit e Jèze¹¹, pensadores expoentes da doutrina francesa de direito público acolheram a doutrina germânica, sustentando que o ato de aprovação do orçamento possui a natureza de ato administrativo.

Canotilho¹² considera que o Parlamento tem o dever de apreciar, juntamente com a faculdade de recusar a aprovação da proposta orçamentária, como decorrente do sistema de equilíbrio de poderes, mas tal procedimento não pode parar a vida do próprio Estado, sendo admissível, nesta situação, o uso de medidas de emergência. A discussão sobre a possibilidade de ser procedida alteração parlamentar ao projeto de orçamento decorre da concepção desta como lei meramente formal, hipótese em que a atuação parlamentar seria restrita. Em sentido diverso, a concepção do orçamento como lei em sentido formal e material, favorece a atuação parlamentar, de onde seria possível a aprovação de emendas modificativas ao texto apresentado pelo Poder Executivo.

Em nosso sistema jurídico vemos que a possibilidade de controle político está bem assentada por vários dispositivos constitucionais. A

9 Laband, 1979, p. LIII e p. 21-24.

10 Laband, 1979, p. LIV-LV.

11 Conforme citado por Canotilho: 1979, pg. 11.

12 Canotilho: 1979, pg. 17.

imprescindibilidade da atuação parlamentar na apreciação do projeto de lei orçamentária está bem marcada na disposição do artigo 57, § 2º da CF, bem como a possibilidade de controle parlamentar durante a execução orçamentária (artigo 72, § 2º da CF). Os parlamentares possuem a prerrogativa da apresentação de emendas (art. 166, §§ 2º e 3º, da CF) e o uso de recursos decorrentes de veto, emenda ou rejeição da lei orçamentária apenas poderá ser utilizado com autorização do Congresso Nacional (artigo 166, § 8º da CF).

Desta forma, os diversos dispositivos constitucionais acima citados bem demonstram a possibilidade de controle político da norma orçamentária pelo Parlamento, sem olvidar a plena aplicabilidade do princípio da harmonia dos poderes, inclusive na elaboração deste tipo de norma.

Se o controle político existe, e assim o demonstra os dispositivos constitucionais antes citados, o que dizer da possibilidade de controle judicial do orçamento?

A lei orçamentária é uma norma que fixa e determina conduta, com natureza material e formal, pois possibilita a exigibilidade de concretização dos direitos moldados pelas políticas públicas. Estabelece o modo de aplicação dos recursos públicos, a forma e as etapas de implementação dos direitos fundamentais sociais e como serão desenvolvidas as políticas que devem dar cumprimento às normas constitucionais. O orçamento permite a materialização da política pública que irá dar cumprimento ao direito social reconhecido e albergado pela Constituição.

Não é possível afirmar que o direito fundamental surja, ou que demonstre algum tipo de eficácia, apenas após sua consideração pela norma orçamentária. Os direitos constitucionais sociais existem antes da previsão de implementação pelo orçamento e podem ser passíveis de níveis de satisfação, mesmo antes da previsão no orçamento.

Vale a pena destacar posição diversa, esposada pelo professor Ricardo Lobo Torres, segundo a qual, no atendimento aos direitos sociais, há necessidade da ocorrência de uma dupla legalidade: a primeira concerne às leis concessivas de tais direitos e a segunda decorre da lei orçamentária.

Para este autor, na ausência de lei ordinária concessiva, a Administração Pública não estará obrigada a incluir no orçamento recursos para atendimento deste tipo de despesa, ainda que a Constituição proclame o direito social. Na hipótese de existência de lei ordinária de concessão do direito social ou econômico, o orçamento autorizará a despesa, porém pode fixar dotações inferiores às propostas ou até mesmo deixar de as prever como atividade e despesa¹³.

Evidente que tal postura nega completamente a possibilidade de controle de norma orçamentária, na medida em que apenas reconhece o

13 Torres, Ricardo Lobo, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5.

direito social quando duplamente reconhecido, pela legislação ordinária e pela inclusão em proposta de orçamento de recursos postos à disposição para esta finalidade, mesmo que estes sejam insuficientes para atender os direitos em nível de satisfação.

O direito social estabelecido na Constituição não depende de qualquer medida legislativa ou administrativa para seu reconhecimento. Sua existência decorre da própria Constituição que proclama sua aplicabilidade imediata, conforme o artigo 5º, § 1º da CF.

Neste sentido temos duas posições a considerar. A primeira, formulada pelo professor José Afonso da Silva¹⁴ considera que as normas constitucionais se distinguem, quanto a sua aplicabilidade, em três tipos de norma: normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral e normas de eficácia limitada. As normas declaratórias de princípio programáticas estariam enquadradas neste terceiro tipo, sendo normas editadas pelo constituinte para traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado. Este tipo de norma orienta a atuação do Estado de sorte que este não pode agir no sentido contrário ao mandamento constitucional, necessitando de regulamentação por ato administrativo ou legislativo para atingir toda a sua potencialidade em termos de aplicabilidade. Sem a complementação, existe aplicabilidade negativa da norma, pelo que o administrador público ou o legislador não podem tomar atitudes contra o texto expresso na Constituição, sob pena de incidir em vício de inconstitucionalidade.

A segunda posição, sustentada pelo professor Eros Roberto Grau¹⁵, considera que as normas definidoras dos direitos fundamentais possuem eficácia imediata, como dispõe o artigo 5º, § 1º da CF. Estas normas devem ser cumpridas pela Administração e pelos particulares, não possuindo caráter programático e não dependem da produção de qualquer ato administrativo ou legislativo para sua efetividade. Todavia, este autor procede a uma distinção entre a eficácia jurídica e eficácia social (material), pelo que não considera que a Constituição assegure a eficácia material dos direitos sociais, os quais devem ser paulatinamente implementados, na medida em que existam condições para isso, não havendo direito subjetivo a ser exigido para forçar a implementação dos direitos fundamentais sociais.

Creemos que inadmitir a possibilidade de recurso a atuação judicial, quando há violação dos direitos sociais, é negar atributo essencial de eficácia das normas que consagram os direitos fundamentais de segunda dimensão.

14 Silva, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, pg. 75.

15 Grau, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 8ª edição: Malheiros, 2003.

Os direitos sociais surgem a partir dos movimentos de trabalhadores no século XIX e atingem concretização constitucional a partir do primeiro quartel do século XX, especialmente com a vigência da Constituição Mexicana de 1917 e Alemã de 1919. Seu desenvolvimento ocorre ao longo da primeira metade do século até atingir sua plenitude no período imediatamente após a 2ª Guerra Mundial, com a ampliação do reconhecimento destes direitos e sua universalização.

No Brasil, a Constituição de 1988 rompe com um passado autoritário e propõe a criação de um Estado Democrático de Direito, com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 1º e 170 da CF). Estabelece os direitos sociais e assegura que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata (art. 6º e 5º, § 1º da CF).

O direito previsto nasce para ser implementado em uma específica sociedade e em um determinado tempo/espaço. O Brasil era e persiste como uma sociedade periférica, com demandas sociais imensas, cujo acesso da população aos meios necessários para compor o conceito mínimo de dignidade humana é diminuto e carece de uma atuação estatal para sua ampliação.

A concepção de aplicação dos direitos fundamentais sociais é diferenciada em função do tempo/espaço. Tal é bem exato considerando a forma de implementação dos direitos sociais em países de capitalismo avançado. Nestas sociedades a base é formada de um universo de direitos e prestações capaz de compor um conceito de dignidade pessoal bem diverso do considerado nos países de capitalismo periférico. Nestas sociedades a base existente para a prestação de serviços e de direitos é tênue e necessita de uma maior atuação estatal para atingir um patamar que possa compor o conceito de dignidade humana.

Desta forma, a aplicação da doutrina da “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen) em países de base histórica e social bem diferenciadas, deve ser precedida de necessária cautela, pois diversa é a base fática sobre a qual foi desenvolvida. Andreas Krell¹⁶ sustenta a aplicabilidade dos direitos sociais fundamentais posto na Constituição, independentemente de sua definição por ato legislativo ou administrativo, porém crê na existência de uma margem de conformação posta ao legislador para a definição da forma e da medida em que o direito social deve ser assegurado, havendo um “livre espaço de conformação” sobre o qual o legislador pode agir.

Este autor considera que a existência de um espaço de conformação é necessária para que o legislador possa escolher o modo e forma de implementar o direito social, posto que em um sistema político plural, as

16 Krell, Andreas J., Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa), *Revista de Informação Legislativa*, vol. 144, Brasília: Senado Federal, outubro/dezembro 1999.

normas constitucionais definidoras dos direitos sociais devem ser abertas para possibilitar diversos modos de efetivação do direito, conforme as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. Importa para a Constituição a satisfação do direito fundamental, sendo possível atendê-lo de diversas formas e maneiras, consoante a visão política do órgão responsável. A escolha deve ser realizada pelo administrador ou pelo órgão legislativo, cumprindo programas submetidos ao sufrágio popular para sua aceitação.

Neste sentido, temos a ocorrência de controle político do orçamento como meio de desenvolvimento de políticas públicas, implementadoras dos direitos sociais fundamentais. Este controle é desenvolvido pelos órgãos de representação popular do Estado em cumprimento a políticas submetidas ao processo eleitoral como caminhos aptos a viabilização de direitos. O campo de opção posto a tais órgãos permite efetuar escolha entre alternativas possíveis, dentro de uma margem de atuação limitada.

Em outras palavras, os órgãos de representação popular possuem um espaço de atuação dentro do qual podem escolher o modo e o sentido de implementação do direito social. O procedimento irá observar a opção política do administrador público, submetida ao sufrágio popular. Por exemplo, o princípio constitucional da proteção da relação de emprego (artigo 7º, I da CF) pode ser considerado como atendido de diversas formas: um governo de ideologia liberal poderá enfatizar programa de educação profissional, enquanto de governo de diversa orientação ideologia poderá priorizar mecanismos que dificultem diretamente a dispensa imotivada.

A conformação aberta dos direitos sociais irá permitir uma variação na forma de seu desenvolvimento, conforme a opção do eleitorado. Neste espaço, sua possibilidade de escolha é ampla e soberana, não estando sujeita a censura do Poder Judiciário, albergado no princípio da separação de poderes.

Este horizonte aberto à atuação da Administração Pública não é ilimitado. Como decorrente do cumprimento da Constituição, sua missão é proceder a implementação do direito social, cuja efetividade imediata (art. 5º, § 1º da CF) já foi destacada anteriormente. A possibilidade de opção da Administração está no meio e na forma de viabilizar o cumprimento, jamais no direito em si.

Neste sentido, não é possível falar em absoluta liberdade de atuação do Poder Público, mas sim em atividade discricionária de conteúdo limitado.

O ato administrativo classicamente é dividido, quanto ao regramento, em atos discricionário e vinculado¹⁷. No primeiro, o agir administrativo é completamente conformado pela disposição legal e no segundo existe uma

17 Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993.

margem de escolha do administrador. Todavia, este esquema clássico não atende às necessidades do regramento da atuação do Poder Público.

A ação administrativa não é um fim em si mesma. Corresponde a necessidade de atenção aos interesses da coletividade, cujo zelo cabe aos poderes públicos. Neste sentido, atua em nome da coletividade e para atender a seus interesses, assim age fundada no princípio da supremacia para fazer valer o interesse coletivo, mesmo a custa do interesse individual¹⁸.

Já destacamos que o agir administrativo decorre da necessidade de satisfação dos interesses da coletividade, pelo que seus atos devem ter por finalidade a realização do interesse público e não do interesse meramente individual. Assim, estamos diante de um direito/dever da Administração, posto que para cada direito que nasce para o Poder Público existe a correspondente necessidade de atuação conforme o interesse público que busca efetivar.

Desta forma, não existe plena autonomia da vontade para a Administração Pública, mas sim a realização de uma finalidade específica - a satisfação do interesse público, cujo conteúdo é preenchido pela lei.

De fato, admitir que a finalidade a ser buscada pela Administração Pública esteja fora do conteúdo normativo é abrir amplo campo de atuação ao Estado que poderá fazer uso de sua posição de supremacia em quaisquer áreas de interesse, hipótese que poderia redundar em ameaça para as liberdades públicas.

Assim sendo, a atuação da Administração Pública conforme a lei é decorrente lógica da organização da sociedade no enunciado Estado de Direito, posto que enumera os campos de atuação do Poder Público e permite o controle das finalidades que devem ser objeto de seu agir.

A questão não é de escasso interesse. Como primado inicial, temos por estabelecido que a atividade administrativa difere da atuação da generalidade das pessoas (naturais e jurídicas) pela sua absoluta submissão ao comando legal. Para as pessoas, em vida social, é possível atuar ou regular conduta onde a lei não vede, pois toda ação não proibida é juridicamente permitida (facultada). Desta forma, é perfeitamente possível ao cidadão livremente dispor, estabelecendo situações não previstas e obrigando-se em condutas não contempladas no ordenamento positivo, ressalvando a comum impossibilidade no que concerne a atos proibidos.

Para a Administração Pública a realidade é diversa, aplicando-se o brocardo: *"quae non sunt permissae prohibita intelliguntur"* (o que não é permitido há de entender-se como proibido). O administrador apenas atua sob comando normativo. Sua possibilidade de agir e competência são

18 É claro que a busca pela satisfação do interesse coletivo não pode implicar em violação dos direitos e garantias individuais, posto o direito da minoria, por esta ser minoria, não deixa de ser direito, necessitando ser respeitado pela atuação do Estado.

discriminadas no ordenamento, não sendo possível atuar onde a lei não determine, devendo agir conforme previsto no ordenamento. Nenhum ato é legítimo senão quando conforme as normas obrigatórias em vigor. No dizer de Caio Tácito: “A Administração Pública, dotada de uma margem reconhecida de discricionariedade, em benefício do interesse geral, encontra na regra de competência, explicitada na lei que qualifica o exercício da autoridade, a extensão do poder de agir”.¹⁹

Tal formulação decorre da necessidade de estabelecer controles para os atos da Administração Pública, pelo que a sociedade tem a possibilidade de escolher onde e como o Estado deverá atuar, ao mesmo tempo em que se assegura que nenhuma atividade existirá fora dos limites de sua escolha. O administrador possui limites estritos em sua possibilidade de atuação, estando submetida a uma regra da legalidade, pela qual deverá pautar seu agir.

No Estado criado, denominado Estado de Direito tudo se faz de conformidade com a lei, posto que a Administração age dando execução à lei, observando rigorosamente a lei.

Em certos casos, a lei estabelece o único comportamento a ser adotado pelo administrador perante casos concretos, posto que o legislador preestabelece a situação de fato e o modo de agir do administrador diante de dada situação específica. No caso, o ato a ser praticado pelo funcionário competente para tal é denominado de vinculado. Sua vinculação, no liame de causalidade ocorre entre o fato e a lei. Dada a situação de fato legalmente prevista, o agir deve ser aquele que o comando normativo antecipadamente prevê.

Em outra situação, o legislador permite ao administrador, diante de situações fáticas determinadas, uma margem de liberdade na prática do ato, podendo assumir as formas de: praticar ou não o ato administrativo; conceder-lhe competência para escolher o momento de prática do ato; deferir-lhe opção quanto à forma do ato, ou ainda autorizar o administrador a decidir sobre a providência a ser adotada entre alternativas existentes. Nestas hipóteses, estamos diante da discricionariedade administrativa.

O limite específico da atuação do administrador na prática de ato discricionário está bem posta na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual a discricção existe “única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima”. Posto que, “não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo”. Em resumo: “...a liberdade que a norma haja conferido em seu mandamento ao administrador, quando lhe abre alternativas de conduta, não lhe é outorgada em seu proveito ou para que faça dela o uso que bem entenda. Tal liberdade representa apenas o reconhecimento de que

19 *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, pg. 144.

a Administração, que é quem se defronta com a variedade uniforme de situações da vida real, está em melhor posição para identificar a providência mais adequada à satisfação de um dado interesse público, em função da compostura destas mesmas situações. Por isso, a lei não podendo antecipar qual seria a medida excelente, para cada caso, encarrega o administrador, pela outorga da discricção, de adotar o comportamento ideal: aquele que seja apto no caso concreto a atender com perfeição a finalidade da norma".²⁰

Por tal, o legislador não pretende deixar completamente livre o campo de atuação ao administrador para que este proceda à margem de um critério de racionalidade, mas deseja e determina que atue, diante das circunstâncias fáticas, no sentido de obter a melhor solução.

Desta forma, a obrigação que a lei impõe ao administrador é de tomar a melhor das decisões, para o fim de atender à finalidade (elemento vinculado, posto que prevista na lei). Esta obrigação não é apenas política, mas é, também, uma obrigação jurídica.

Neste sentido, o conceito clássico de mérito administrativo, aparta-se da afirmativa no sentido de que os motivos de oportunidade e de conveniência administrativa, utilizados pelo administrador na prática do ato discricionário, são intangíveis ao controle judicial.

Ao revés, são perfeitamente passíveis de controle, posto que submetidos a uma finalidade prevista em lei. O administrador possui margem de atuação, porém os contornos de sua atividade estão previstos no ordenamento, pelo que seu agir apenas será legítimo enquanto observar os preceitos legais pertinentes a finalidade do ato que pretende praticar. A discricção não equivale ao arbítrio desregrado, mas antes a vinculação do administrador ao sistema normativo e ainda, aos princípios que atuam como reguladores de conduta para o órgão do poder público.

Obviamente, a vinculação do Poder Público ao sistema jurídico é decorrente do princípio da legalidade, cuja ligação com o princípio da supremacia da Constituição é evidente. Neste sentido, a atuação do Poder Público está amplamente e plenamente sujeita ao sistema normativo, em cujo ápice está a Constituição como decisivo elemento de vinculação de toda a sociedade às suas normas.

A sujeição ao princípio da supremacia da Constituição marca o limite de atuação da Administração Pública, seja no ato político (elaboração de leis), seja no ato administrativo propriamente dito, aplicando a legislação (constitucional) em sua atividade regular.

Desta forma, quer no processo de elaboração das leis, quer no mister de sua execução, a atividade do Poder Público está sujeita ao parâmetro da legalidade, mormente o limite da legalidade constitucional. No caso em apreço, temos por questionar o controle realizado na elaboração

20 Celso Antonio Bandeira de Mello - *Curso de Direito Administrativo* - Malheiros Editores - 4ª Edição - São Paulo - 1993.

e execução da lei orçamentária, adotando a Constituição como parâmetro de controle²¹.

Já destacamos que os direitos sociais, contemplados pela Constituição, não surgem com a norma orçamentária. Existem previamente e estão aptos a produzir efeitos, embora talvez sem atingir sua integral potencialidade. Porém, com sua inserção na norma orçamentária, dentro da margem de conformação do Poder Público, passam a gerar direitos e deveres e torna nítida a possibilidade da exigência judicial dos direitos constitucionais. A defesa do aspecto material e formal da natureza jurídica das leis orçamentárias confere consistência ao atendimento das necessidades humanas consideradas fundamentais pela Constituição.

A norma orçamentária realiza a gestão dos recursos públicos, com a seleção de prioridades, dentro de um limite material conformado pelo total de despesa passível de ser suportada em uma relação tempo/espço. Desta escolha podem decorrer tensões, que devem ser solvidas para a aplicação dos meios disponíveis para a satisfação das necessidades humanas. Para tanto, é necessária a aplicação da Constituição e das normas de princípio nela contidas, de sorte a resultar na melhor opção possível de dispêndio. Caso isso não ocorra, é cabível o recurso ao Poder Judiciário para preservar a supremacia constitucional, utilizando os instrumentos postos à disposição da sociedade para a preservação de direitos.

Não é possível se contentar com uma aplicação parcial da Constituição, abrindo mão de prestações positivas. Este procedimento frustra a *vontade da Constituição*, elemento apontado como indispensável à plena afirmação de sua força normativa²² e renúncia à vocação de influenciar e determinar a própria realidade política e social com a qual coexiste. Se é certo que a eleição de prioridade é uma tarefa de política pública, nem por isso o legislador possui margem de discricionariedade tal que o leve a dispor livremente dos princípios constitucionais.

Assim sendo, caberá ao Poder Público estabelecer política para satisfação dos direitos sociais, materializando-os pela sua previsão no orçamento público, estabelecendo a estimativa dos meios necessários ao atendimento à necessidade de direitos fundamentais da população. Com tal procedimento emerge a vinculação absoluta do executor orçamentário às prioridades estabelecidas por ocasião da elaboração

21 Mesmo não tratando de controle de orçamento para a viabilização de direito fundamental social, vemos que o STF já proclamou a possibilidade de controle judicial do orçamento público, afastando a hipótese de se tratar de ato infesto a este tipo de avaliação. Neste sentido a ADI 1911-MC, ADI-MC 468-9 e ADI-MC 810-2.

22 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

do orçamento público, não existindo espaço para atuação discricionária nesta atividade.

Neste sentido sua atuação é de uma discricionariedade limitada às normas e princípios estabelecidos na Constituição na elaboração da norma orçamentária e uma atividade vinculada na sua execução, cabendo-lhe implementar os direitos constitucionais contemplados no orçamento aprovado, com a ressalva da possibilidade de recurso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV da CF) em caso de flagrante violação a Constituição ou descumprimento das normas aprovadas pelo Parlamento.

A possibilidade de controle judicial está posta em dois níveis: controle em face da não implementação dos direitos sociais fundamentais, deixando de prever sua materialização pela norma orçamentária; controle pelo descumprimento da norma orçamentária aprovada pelo Parlamento.

No primeiro nível já afirmamos a existência de um espaço de conformação ao Poder Público para efetivação dos direitos, espaço este aberto a opção ideológica do gestor público, decorrente do sufrágio. Neste espaço, o Poder Público implementará sua política para a satisfação dos direitos sociais, consoante seu modelo. A possibilidade de recurso ao Poder Judiciário não abrange o pedido de revisão do modelo implementado. Não cabe substituir a figura do administrador pelo Juiz para dizer que um modelo é melhor que outro e obrigar o Poder Público a agir em sentido diverso da opção política manifestada, ressalvada flagrante e direta violação das normas contidas na Constituição. Todavia, em caso de simples omissão persistente do Poder Público em prever o atendimento, é possível o uso dos mecanismos existentes de controle de constitucionalidade (artigo 5º, XXXV e LXXI e artigo 103, § 2º da CF) para atingir os direitos previstos, mas não implementados.

Nesta hipótese, já existe decisão proferida pelo STF considerando ser possível a atuação do Poder Judiciário para promover o atendimento de direito fundamental descumprido pelo Poder Público, considerando a hipótese de omissão na formulação de políticas públicas para atendimento de direito social estabelecido na Constituição Federal. Nesta decisão, apesar de destacada a excepcionalidade da intervenção judicial, foi determinado a Administração que procedesse ao atendimento do direito fundamental, sem a prévia previsão orçamentária, enfatizando a necessidade de não comprometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais.²³

Vale ainda citar como exemplo interessante decisão, também proferida pelo Supremo Tribunal Federal, desta feita em 11 de junho de

23 Decisão proferida no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 436996, julgado pela Segunda Turma do STF, relatado pelo Ministro Celso de Mello. No mesmo sentido é a decisão proferida no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715, com o mesmo órgão julgador e relator.

2002, tendo como órgão julgador a Primeira Turma²⁴ daquela Corte, cuja singela ementa é abaixo transcrita:

“Recurso extraordinário. Investigação de Paternidade. Correto o acórdão recorrido ao entender que cabe ao Estado o custeio do exame pericial de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita, oferecendo o devido alcance ao disposto no art. 50 LXXIV, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido”.

Nesta decisão foi reconhecida a imediata eficácia do direito fundamental inscrito no artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal, cuja despesa para implementação deve ser integralmente e imediatamente custeada pelo erário público, independentemente de prévia previsão de disponibilidade orçamentária, ou mesmo da previsão da sustentabilidade do direito perante o orçamento. Transcrevo trecho do voto para melhor entendimento da matéria discutida naquele processo:

“A espécie fundamental posta nos autos concerne, efetivamente, à extensão da assistência judiciária, *ut* art. 5º, LXXIV, da Lei Maior, regra auto-aplicável. No ponto, o acórdão decidiu, de forma adequada, em termos a emprestar ampla eficácia à regra fundamental em foco, garantidora do acesso à justiça dos necessitados, que hão de receber do Estado amparo em ordem ao pleno exercício de seus direitos e à sua defesa, *ut* art. 5º, XXXV da Constituição.

Embora possam surgir dificuldades à Administração, quanto a recursos para atender a despesas necessárias ao funcionamento da assistência judiciária, a *quaestio juris* em causa, nos termos decididos pelo acórdão, não entra em conflito direto com o art. 100 e parágrafos, da Constituição, onde não se poderá encontrar óbice à incidência do art. 5º, LXXIV. Por igual, não há ofensa direta aos dispositivos apontados no apelo extremo, de resto, não objeto da discussão principal. Do exposto, não conheço do recurso extraordinário.”

Na decisão, pode-se encontrar, como fundamento a consideração da relevância de princípio constitucional, (os princípios de acesso à Justiça e segurança jurídica) para justificar a intervenção do Poder Judiciário em fazer prevalecer a Constituição, outorgando diretamente direitos, independentemente de sua prévia estipulação em norma orçamentária.

24 Recurso Extraordinário nº 207.732-1 Mato Grosso do Sul, Relatora: Ministra Ellen Gracie, recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul e recorrido: Marcos Augusto Viel. No mesmo sentido deste julgamento foi a decisão proferida no RE 224775 / MS - Mato Grosso do Sul, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, julgado em 08 de abril de 2002 pela Segunda Turma daquele tribunal.

No caso, resta evidente que o Poder Judiciário considerou existente uma despesa pública para viabilizar o exercício de direito fundamental, sem cogitar da necessidade de prévia previsão legal, seja sob a forma de lei ordinária prevendo o direito, seja sob a forma de lei orçamentária, alocando receita para sua efetivação.

Na segunda hipótese - controle pelo descumprimento da norma orçamentária aprovada pelo Parlamento, a possibilidade de seu exercício está na conjugação da eficácia das normas materiais constitucionais com a lei orçamentária, como fonte de direito e garantia deste direito, respectivamente. Assim, é possível determinar a forma e o meio em que deve ser cumprida a obrigação em prestações materiais do Estado, respeitando-se as reais possibilidades econômicas e financeiras, consoante previsão em norma orçamentária para atender os direitos fundamentais sociais. Caberá ao Judiciário controlar o cumprimento da lei, repondo o direito na hipótese de violação.

Na hipótese acima tratada, temos por necessário traçar uma distinção para justificar a existência de hipótese de legal descumprimento da norma orçamentária. A primeira versa sobre a impossibilidade de execução orçamentária por motivos alheios à real vontade da Administração Pública, como na hipótese de redução de receita prevista que afete significativamente a execução orçamentária. Evidente que nesta situação o Poder Público poderá motivadamente deixar de dar cumprimento ao orçamento aprovado, submetendo suas razões ao Congresso Nacional (artigo 166, § 1º, II da CF). Também é igualmente certo que o orçamento pode não ser executado, conforme aprovado pelo Parlamento, em outra hipótese. Falo da situação possivelmente ocorrente de elevação da receita pública prevista (artigo 165, § 8º da CF), situação em que, mediante autorização parlamentar (artigo 166, § 1º, II da CF) deve ocorrer elevação dos valores de despesa, proporcionalmente em relação ao efetivo aumento de receita, especialmente, mas não só, em relação às despesas que possuem receitas vinculadas (artigos 198, § 2º e 212 da CF)²⁵.

De qualquer sorte, temos que a execução da lei orçamentária é passível de controle, quer em função dos próprios termos da lei do orçamento ou da lei das diretrizes orçamentárias, quer em relação a Constituição Federal²⁶. Reprise-se que os direitos fundamentais sociais já são concedidos pela própria Constituição, cabendo as leis orçamentárias sua delimitação quanto a forma e maneira de sua implementação, pois

25 O artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal admite outra solução ao permitir que os valores obtidos por excesso de arrecadação sejam gastos no exercício diverso a sua concretização.

26 Neste sentido a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI nº 2925-8, onde o Ministro Marco Aurélio foi prolator. Neste julgado foi admitido o controle e proclamada a inconstitucionalidade de lei orçamentária.

condicionados aos limites e recursos expostos nessas leis. Porém, estas normas infraconstitucionais não servem para negar a eficácia desses direitos, uma vez que a constituição já é suficiente para sua exigibilidade, dentro de certa medida.

Não é possível considerar que as normas instituidoras dos direitos sociais são carentes de aplicabilidade até quando uma norma infraconstitucional silenciar. Esta concepção seria subordinar a Constituição a uma normatividade inferior, negando a supremacia como atributo constitucional. Se é bem certo que o direito não possui o condão de, por si só, modificar a realidade, possuindo limites na impossibilidade de normatizar o inalcançável, também é correto considerar que a atuação do Estado deve observar a Constituição em seus princípios e regras, compreendendo os direitos fundamentais como linha ordenatória de sua atuação (artigo 3º da CF), cabendo ao Poder Público (artigo 2º da CF) proceder em equilíbrio entre extremos²⁷ para a produção de um sistema jurídico dotado de eficácia material e garantidor dos direitos fundamentais.

Caberá ao Poder Público, compreendido como Executivo, Legislativo e Judiciário, gestar um modo de atendimento aos direitos fundamentais, dentro das regras de atuação de cada função estatal, consoante a norma constitucional de cada país. Em nosso sistema jurídico não é possível negar a atuação do Poder Judiciário, dentro das regras de competência especificadas e com possibilidade de ampla revisão das decisões, para proceder ao controle da atuação dos demais poderes, em busca da efetivação dos direitos previstos na Constituição e nas normas infraconstitucionais que detalham os direitos sociais e os modos de sua implementação.

Tal procedimento não significa substituir o critério do administrador pelo do Juiz, mas sim compreender que o sistema jurídico, acolhendo a regra de controle, materializada na doutrina dos freios e contrapesos, atribui a este setor do Poder Público a responsabilidade última de fazer prevalecer a supremacia da Constituição (artigo 102, *caput*, da CF). Negar esta possibilidade é retornar ao período anterior a *Marbury v. Madison*.²⁸

27 Krell, op. cit., pg. 255.

28 Decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803. A decisão da Corte de que deveria obedecer à Constituição e não ao estatuto inconstitucional introduziu no sistema constitucional a prática da revisão judicial dos atos do Poder Público, garantindo a supremacia da Constituição.

OS DIREITOS HUMANOS COMO PROCESSO DE LUTA PELA DIGNIDADE HUMANA

Maria Zuila Lima Dutra¹

Sumário: 1. Considerações preliminares; 2. Evolução dos direitos humanos; 3. A visão dos direitos humanos nos dias de hoje; 4. Conclusão.

1. Considerações preliminares

Qual o sentido da procura incessante pela melhor compreensão dos direitos humanos? Buscar resposta a essa pergunta significa olhar diferente o sofrimento dos seres humanos e os danos que vêm sendo praticados ao ambiente natural, considerando que a dignidade humana é o centro dessa questão.

Os debates que vêm sendo travados nesse sentido também são acompanhados de resistências de um novo tipo de capitalismo, imanente ao poder econômico. Os excluídos da sociedade moderna sofrem as conseqüências da vida e da natureza humana que são danificadas no dia-a-dia, o que exige uma mudança radical no modo de pensar os direitos humanos.

É o que pretendemos desenvolver neste trabalho, partindo da visão crítica que vem sendo concebida sobre o conceito desses direitos.

2. Evolução histórica dos direitos humanos

As lutas que objetivam abrandar as desigualdades e as injustiças da convivência humana vêm dos mais remotos tempos, como se percebe nos estudos históricos universais. Segundo DUTRA², a evolução história dos direitos humanos tem na *Bill of Rights*, de 1689, um dos mais importantes textos constitucionais do Reino Unido, porque representou o fim do regime de monarquia absoluta na Europa. Essa lei inaugurou nova forma de organização do Estado, que tem como função maior proteger os direitos fundamentais da

1 Juíza Federal do Trabalho da 8ª Região Titular da 5ª Vara de Belém. Professora de Direito Processual do Trabalho na Universidade da Amazônia (Belém). Professora de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho no Curso de Pós-Graduação do Centro de Ensino Superior do Amapá. Mestre em Direitos Fundamentais e das Relações Sociais. Especialista em Direito das Relações Sociais.

2 DUTRA, Maria Zuila Lima. *Meninas Domésticas, Infâncias Destruidas: legislação e realidade social*. São Paulo: LTr, 2007.

pessoa humana³. Depois vieram as fases da Revolução Francesa de 1789 e da Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, além de outras normas de proteção aos direitos humanos. A Constituição do Império do Brasil constitui-se em um importante referencial histórico, por ter sido a primeira das constituições no mundo a incorporar normas de direitos humanos em seu texto.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, preceitua no artigo III que *Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*. Mas, a realidade em que vivemos tem demonstrado que somente uma insignificante parcela de pessoas de nosso planeta usufrui desses direitos. E por que isso ocorre? Essa realidade pode ser mudada?

Não temos dúvidas de que a cidadania vem sendo construída ao longo da história, como uma possibilidade real de participação efetiva na produção e uso de bens e valores presentes em um determinado contexto. Neste aspecto, filiamo-nos ao entendimento esboçado por Bobbio⁴, no ensaio sobre os fundamentos dos direitos do homem, onde ele apresenta interessantes questionamentos relativos ao fundamento absoluto dos direitos humanos, dizendo que “a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais”. No mesmo capítulo, Bobbio⁵ defende que “da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão”.

Ser cidadão, portanto, pressupõe participação ativa no contexto histórico da sociedade, na qual seja visível o reconhecimento do direito de expressar-se e ser compreendido, bem como lhe seja garantido o direito a ter direitos, além da possibilidade de rever os direitos já existentes e construir novos, caso esse processo seja necessário, em virtude do relacionamento dinâmico entre as pessoas. Neste sentido, BOFF⁶ nos diz que essa ligação entre os homens e as mulheres faz-se na forma de “projeto da liberdade que acolhe conscientemente o outro e cria condições para que o amor se instaure como o mais alto valor da vida (...). O amor é o fundamento do fenômeno social e não uma consequência dele”. O amor humano é, indubitavelmente, a maior força de agregação das sociedades.

Essa inserção na vida da sociedade deve contribuir para o exercício de cidadania, baseada no coletivo, na indignação ética, no comprometimento

3 COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 90-91.

4 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1992, p.1.

5 Idem, p. 3

6 BOFF, Leonardo. **Saber Cuidar**. 3ª ed. São Paulo: Vozes. 1999, pg. 110.

conjunto para um viver democrático, onde o respeito aos diferentes grupos que a constitui seja o valor maior a ser efetivamente vivenciado.

Como bem sabemos, a evolução dos direitos humanos representa grande conquista da humanidade, tendo em vista que os diferentes problemas decorrentes da convivência humana, em determinados momentos históricos, geraram conflitos ideológicos e materiais, os quais culminaram com a materialização de normas de proteção de direitos, incorporadas aos ordenamentos jurídicos de diversos povos, representando conquistas irrenunciáveis das sociedades, em face da condição de direitos humanos fundamentais.

Neste mesmo propósito, os Estados partes presentes ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da Resolução nº 2200 A (XXI), de 1966, em vigor desde em 03 de janeiro de 1976, de conformidade com o art. 27, consideram que os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, referentes à liberdade, à justiça e à paz no mundo, têm por base o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis.

Para Comparato, a unidade do ser humano e a dignidade do homem e da mulher decorrem de “direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais”⁷. É dessa igualdade de essência da pessoa que se extrai o “núcleo do conceito universal de direitos humanos”⁸. O titular dos direitos humanos não é o ser humano abstrato, como concebido pelo capitalismo, mas o conjunto de grupos sociais esmagados pela miséria, pela doença, pela fome e pela marginalização⁹. É por isso que o entendimento da dignidade da pessoa e de seus direitos tem resultado “da dor física e do sofrimento moral”¹⁰.

A dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, mesmo que não sejam reconhecidos no ordenamento do Estado ou em documentos normativos internacionais¹¹, razão por que a tendência atual é considerar que as normas internacionais de direitos humanos sobrepõem-se ao ordenamento jurídico estatal, com prevalência da norma mais favorável em caso de conflitos.

Hodiernamente, o tema Direitos Humanos tem sido objeto de inúmeros debates, não obstante a consciência universal apontar para o fato

7 COMPARATO, F. K. Ob. cit., p. 90-91.

8 Idem, p. 20.

9 COMPARATO, F. K. Ob. cit., p. 53.

10 Idem, p. 37.

11 Ibidem, p. 59.

de que os direitos fundamentais nascem com o indivíduo, logo, não podem ser considerados como uma concessão estatal.

Desse modo, temos como inquestionável que o respeito aos direitos humanos será sempre o eixo fundamental de qualquer modelo de sociedade que deseje a liberdade e a igualdade de todos (DUTRA, 2007)¹².

No entender de Canotilho¹³, as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” geralmente são usadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado, poder-se-iam distingui-las da seguinte maneira:

(...) direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalizadamente garantidos e limitados espaço-temporalmente. (grifos no original).

Desse modo, o ápice da questão envolvendo os direitos humanos, especialmente nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, a exemplo do Brasil, concentra-se na efetividade dos mecanismos internos e internacionais de implantação desses direitos e no papel dos Estados e das ONGs.

No relatório de 1993, que trata sobre o Desenvolvimento Humano, a ONU recomenda que as pessoas sejam o sujeito de toda a produção tecnológica, econômica e política, levando-lhe a sugerir as seguintes medidas a serem seguidas pelos Estados membros: reorientação dos mercados que sirvam às pessoas e não pessoas aos mercados; desenvolvimento e investimento em novos modelos de desenvolvimento centrados na pessoa humana e sustentáveis ecologicamente; enfoque na cooperação internacional nas necessidades humanas e não nas prioridades dos Estados; e desenvolvimento de novos padrões de administração global e nacional, com maior descentralização e possibilitando maior autoridade aos governos locais.

Os Direitos Humanos têm lugar considerável na consciência política e jurídica contemporânea e implicam, com efeito, um Estado de Direito e o respeito das liberdades fundamentais sobre as quais repousa toda democracia.

Leonardo Boff¹⁴ questiona tentando descobrir que imagem de ser humano subjaz ao ideal democrático. Em resposta diz que o ser humano é entendido como “um ser de participação, um ator social, um sujeito histórico pessoal e coletivo”, responsável pela “construção de relações sociais o

12 DUTRA, M Z L. Ob. cit., p. 45.

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 517.

14 BOFF, L. 1999, Ob. cit., p. 35.

mais igualitárias, justas, livres e fraternas possíveis dentro de determinadas condições histórico-sociais”.

O direito humano à vida compreende um princípio básico de onde emanam todos os demais direitos, pois viver significa dispor dos meios apropriados de subsistência e de um padrão de vida decente. Daí afirmar-se que todos os direitos humanos são indivisíveis.

É justamente essa vinculação que envolve os direitos humanos da característica de universalidade. Como qualidade intrínseca, a dignidade é, portanto, algo que integra a substância da pessoa e encontra-se inserida como um dos direitos fundamentais no art. 1º de nossa Constituição Federal. Como bem acentua Brito Filho¹⁵, “a dignidade, dessa feita, deve ser considerada como um atributo do homem, algo que dele faz parte, e, portanto, o faz merecedor de um mínimo de direitos”.

Do ponto de vista teórico, pautado por novos argumentos, Norberto Bobbio¹⁶ afirma que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades, contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez. Nasceram quando aumenta o poder do homem sobre o homem, em face do progresso técnico, isto é, da evolução da capacidade do homem em dominar a natureza e os outros homens.

Comentando sobre os direitos humanos, o cientista brasileiro Comparato¹⁷ levanta um questionamento aduzindo que “na verdade, a indagação central de toda filosofia é bem esta: Quem é o homem?”. Para ele, “a sua simples formulação já postula singularidade eminente deste ser, capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão”¹⁸.

O mesmo autor, na introdução da obra já citada¹⁹, faz profunda reflexão que responde à sua indagação primeira, dizendo que todos os homens e mulheres, apesar das variadas diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem idêntico respeito, por serem os únicos seres deste mundo capazes de amar, de descobrir a verdade e de criar a beleza. Para ele, afirmar os direitos humanos significa reconhecê-los universalmente com a certeza de que “em razão dessa radical igualdade, ninguém - nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode afirmar-se superior aos demais”²⁰.

15 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana**. In: Revista do MPT-PB, nº 1, junho/2005. João Pessoa: Editora Gráfica (GRAFIPEL), p.144.

16 BOBBIO, N. Ob. cit, p. 6.

17 COMPARATO, F. K. Ob. cit, p. 3.

18 Idem, p. 3.

19 Ibidem, p. 1.

20 COMPARATO, F. K. Ob. cit, p. 1.

O respeito aos direitos humanos impõe-se a cada dia, pois, como diz ainda Comparato²¹:

(...) a concentração do gênero humano sobre si mesmo, como resultado da evolução tecnológica no limitado espaço terrestre, se não for completada pela harmonização ética, fundada nos direitos humanos, tende à desagregação social, em razão da fatal prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos.

A dignidade humana pode ser concebida mediante a fórmula enunciada por Kant²² quando diz: “Inato é aquele Direito que pertence a cada indivíduo por Natureza”. Para ele, existe um só direito Inato: a liberdade.

Esse imperativo estabelece que todo homem possui um valor intrínseco, representado por sua dignidade. Neste sentido, afirma Kant²³ que:

Existe, de fato uma IGUALDADE inata que pertence a cada homem e que consiste em seu Direito de ser independente de ser obrigado por outros a alguma coisa além daquilo ao qual ele também pode obrigá-los de maneira recíproca. É, por conseguinte, a qualidade ainda de cada homem em virtude da qual ele deve ser seu próprio senhor do Direito (grifos no original).

A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si e não simplesmente como meio, ou seja, a dignidade é atributo intrínseco da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Daí decorre, como destacou o filósofo²⁴, que “todo homem tem *dignidade* e não um *preço*, como as coisas”. (grifos no original).

No mundo de hoje, persistem situações sociais, políticas e econômicas que contribuem para tornar descartáveis os homens e as mulheres, sendo que esse pressuposto contrasta com a posição filosófica de Kant, de que o ser humano, e apenas ele, não pode ser empregado como um meio para a realização de um fim, pois é fim de si mesmo, uma vez que, apesar do caráter profano de cada indivíduo, ele é sagrado, porque na sua pessoa pulsa a humanidade.

Essa condição é a responsável pela pluralidade humana e possui características antagônicas: de igualdade e de diferença. A igualdade

21 Idem, p. 38.

22 *Apud* MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 243.

23 Idem, p. 243.

24 *Apud* COMPARATO, F. K. Ob. cit., p. 21.

revela-se na capacidade que homens e mulheres têm para compreender-se mutuamente e entender seus ancestrais; enquanto a diferença apresenta-se quando precisam do discurso para se fazerem entender. O diferente aqui não tem sentido de ser outra pessoa, significa que somente os homens e as mulheres possuem a capacidade “de comunicar a si próprios e não apenas comunicar alguma coisa - como sede, fome, afeto, hostilidade ou medo”. Essa diferença única dos seres humanos apresenta-se no discurso e na ação²⁵.

3. A visão dos direitos humanos nos dias de hoje

Um ponto pacífico entre os doutrinadores reside no fato de que o ser humano é o elemento central do Direito, considerando que não existe ordenamento jurídico destinado a regular conduta de outros seres. Todas as normas jurídicas têm por objeto a conduta do ser humano.

Não obstante essa realidade, existem muitas divergências na compreensão acerca do papel do ordenamento jurídico perante o ser humano. O posicionamento crítico apresentado é bastante interessante e provoca reflexões sobre as quatro gerações de direitos humanos, cuja classificação é muito difundida e aceita por grande parte da doutrina.

Acreditamos que a classificação fracionada dos direitos humanos pode estar contribuindo para facilitar o estudo individualizado de cada geração nela proposta. Todavia, não podem ser objeto de fragmentação a dinâmica da vida em sociedade e a mútua relação dos direitos. Ademais, a disposição dos direitos humanos em gerações tem passado a idéia de conquista e de sua incorporação à convivência humana, o que não é verdade, pois apesar de reconhecidos, muitas lutas continuam sendo desenvolvidas, com vistas a dar eficácia às normas protetoras de direitos humanos.

Partindo dessa visão, FLORES²⁶ nos propõe uma concepção cultural dos direitos humanos, dizendo que:

“toda formación social constituye un *proceso cultural*, es decir una forma particular y concreta de reaccionar frente a los estornos de relaciones que sus componentes mantienen entre ellos, consigo mismos y con la naturaleza.

No entender do cientista espanhol, não existe um processo cultural mais importante, nem mais válido ou legítimo que o outro, quando leciona que “todas lãs formas de relación com el mundo *deben ser consideradas* -

25 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. Trad. Roberto Raposo. 2005, p. 188.

26 FLORES, Joaquim Herreras. **Los Derechos Humanos como procesos de lucha por la dignidad**. Texto que afaz parte de la Introducción al libro LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRODUCTOS CULTURALES. CRÍTICA DEL HUMANISMO ABSTRACTO, publicado por Libros de la Catarata, Madri, 2005.

nos gusten o no - *como relaciones culturales*". Daí a imperiosa necessidade de compreender a luta pela dignidade humana como processo de reação cultural, de modo a se obter um novo mundo, que seja melhor para se viver.

Os direitos humanos enfrentam um grande desafio, considerando que a consciência pelo respeito ao meio ambiente nunca foi tão significativa. Apesar dessa crescente conscientização, muito pouco tem sido feito para impedir os desastres ecológicos, a exemplo do desenfreado desmatamento da Amazônia e o aquecimento global.

Estou convencida de que a teoria crítica dos direitos humanos oferece uma plataforma para reconciliar muitos conflitos, pois somente com uma abordagem que seja composta pela crítica e empiricamente orientada é possível compreender com mais lucidez o que está acontecendo ao nosso redor.

A teoria crítica dos direitos humanos vem sendo dedicada à interpretação do mundo à luz de suas potencialidades culturais. Faz-se imprescindível desafiar os preconceitos disciplinares que confinam a pesquisa, para abriremos as perspectivas para o futuro, perguntando como Boaventura de Sousa Santos²⁷, um outro mundo é possível?

O sociólogo lusitano nos ensina que a razão indolente produz ausências e exclusões inaceitáveis. Ele exemplifica dizendo que a razão indolente acredita que só a ciência representa pensamento rigoroso, sendo irracionais todos os demais saberes. Não obstante, a biodiversidade nos mostra a importância do saber dos índios e dos povos originários de certas regiões. "Saberes sem os quais não conseguiremos preservá-la. Desse modo, a visão indolente da ciência, como fonte única de saber, produziu, por exemplo, a ausência do pensamento indígena"²⁸.

Na entrevista concedida ao Jornal O Estado de São Paulo, Boaventura²⁹ prossegue aduzindo que para ir à lua precisamos do pensamento científico. Mas, para preservar a diversidade amazônica, precisamos conhecer o pensamento do índio. Neste aspecto, é preciso incorporar os saberes e as experiências humanas que, mesmo pequeninos, funcionam como embriões de alternativas.

São estes fundamentos que fazem a economia solidária como a sétima do mundo, através dos microcréditos, mutualidades, cooperativas, projetos populares, programas do Terceiro Setor, além de outros. No Brasil, por exemplo, catadores de lixo da cidade de Belo Horizonte, organizaram-se em cooperativa e fazem um relevante trabalho para melhorar suas vidas, representando um movimento vibrante e inovador.

27 SANTOS, Boaventura de Sousa. Entrevista concedida a Laura Greenhalgh do jornal O Estado de São Paulo, em 07/06/2007. Site consultado em 07/03/2008: http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3356&Itemid=2

28 Idem

29 Idem, idem

4. Conclusão

Quero concluir estas reflexões reafirmando a crença de que a pobreza deste mundo é o reflexo direto da desumanização e da compreensão dos direitos humanos e que somente uma leitura crítica, histórica e contextualizada pode conduzir ao debate e à reflexão sobre os direitos humanos, não só nos aspectos filosóficos e conceituais, mas também, e principalmente, na prática humana cotidiana, nas relações econômicas, políticas, culturais, éticas, estéticas e educacionais. Como nos ensina FLORES³⁰ “La lucha por la igualdad no agota l ala lucha contra la discriminación ni contra las desigualdades”

A compreensão sobre os direitos humanos traçou um longo caminho, mas os tempos em que estamos vivendo exigem que tenhamos uma nova visão, tendo em vista que o exercício da liberdade supõe “ir más allá de la lucha por la igualdad”.

Cada um de nós tem uma parcela de responsabilidade na construção da sociedade do futuro. É preciso que paremos para refletir o que realmente queremos, enquanto nação, enquanto companheiros de vida, enquanto irmãos que lutam no dia-a-dia em busca da sobrevivência digna. “Quais são verdadeiramente os nossos valores mais sagrados? Que tipo de vida deseja para nossos filhos, netos e bisnetos? São perguntas inadiáveis. Como inadiáveis são as respostas. Elas exigem a deflagração imediata do mais amplo e democrático debate possível entre todos os brasileiros, entre todos os que aqui vivem e convivem. De todos os matizes ideológicos, de todas as crenças religiosas, de todas as condições econômico-sociais, de todas as posturas perante a vida. Exigem posicionamento, exigem ação. Aqui e agora (SOLHA, p. 25).

Somos desafiados a colaborar para a chegada desse novo tempo, conscientes de que a retomada dos valores faz-se imprescindível, numa diretriz que não pode ficar alheia à solidariedade, à responsabilidade social e ao comprometimento ético-político, posto que o momento em que vivemos exige que se opere a ressignificação das matrizes teóricas do Direito, compreendida como uma ordem social totalmente compromissada com o respeito à dignidade da pessoa humana.

Referências Bibliográficas

ANGIEUSKI, Plínio Neves. **Evolução dos Direitos Humanos: Crítica à Classificação em Gerações de Direitos**. Site consultado em 17/03/2008: <http://br.geocities.com/esquinadaliteratura/autores/joao/joao03.html>

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. Trad. Roberto Raposo. 2005.

30 Flores, J.H. Ob. Cit.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1992.

BOFF, Leonardo. **Saber Cuidar**. 3ª ed. São Paulo: Vozes. 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Juarez de Oliveira (Org). São Paulo: Saraiva, 2008.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana**. In: Revista do MPT-PB, nº 1, junho/2005. João Pessoa: Editora Gráfica (GRAFPEL).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

DUTRA, Maria Zuila Lima. **Meninas Domésticas, Infâncias Destruídas: legislação e realidade social**. São Paulo: LTr, 2007.

ELEUTÉRIO, João Luiz Beauclair. **A escola como mediadora dos Direitos Humanos e da cidadania: breve relato de uma experiência**. Site consultado em 17/03/2008: <http://br.geocities.com/esquinadaliteratura/autores/joao/joao03.html>

FLORES, Joaquim Herreras. **Los Derechos Humanos como procesos de lucha por la dignidad**. Texto que faz parte de la Introducción al libro LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRODUCTOS CULTURALES. CRÍTICA DEL HUMANISMO ABSTRACTO, publicado por Libros de la Catarata, Madri, 2005.

MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 243.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Entrevista concedida ao jornal O Estado de São Paulo, em 07/06/2007.

Sites consultados em 17/03/2008:

http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3356&Itemid=2

http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm.

http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3356&Itemid=2

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: REALIZAÇÃO E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO¹

José Claudio Monteiro de Brito Filho²

Resumo: Trabalho que propõe análise a respeito dos Direitos Fundamentais Sociais, defendendo sua realização; sustentando a possibilidade de ampla atuação do Poder Judiciário; e o não cabimento dos argumentos contrários utilizados, como a separação de poderes; a reserva do possível; a impossibilidade material; as restrições das leis orçamentárias; e a necessidade de respeitar o planejamento financeiro do Estado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais - realização; papel do Estado; atuação do Poder Judiciário na concessão dos Direitos Sociais; reserva do possível, impossibilidade material e restrições orçamentárias.

Sumário: 1. Generalidades; 2. Enfrentando os argumentos contrários à realização dos Direitos sociais; 2.1. O papel do Estado e a separação de poderes; 2.2. A reserva do possível e a impossibilidade material; 2.3. As leis orçamentárias e o planejamento financeiro do Estado; 3. Conclusão.

1. Generalidades

Se o século XX foi marcado como o século da consolidação das idéias de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais³, com a sistematização e

1 Texto escrito para a edição comemorativa dos 40 anos da Revista do TRT da 8ª Região, 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2 Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Procurador Regional do Trabalho, lotado na 8ª Região, sendo atualmente o Coordenador Nacional da Coordigualdade. Professor Associado I da Universidade Federal do Pará. Professor Titular I da Universidade da Amazônia. jclaudio@prt8.mpt.gov.br.

3 Para uma compreensão mais clara do que entendo como Direitos Humanos e como Direitos Fundamentais, bem como suas diferenças, além de algumas questões que colocarei neste texto, especialmente nessa parte inicial, como a dignidade como fundamento dos Direitos Humanos, e sua condição necessária de universais, sugiro ver o meu texto "Direitos humanos: algumas questões recorrentes: em busca de uma classificação jurídica (ROCHA, João Carlos de Carvalho e outros (Coord.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do estatuto dos refugiados* (Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997). Belo horizonte: Del Rey, 2008. p. 29-43).

ampliação de um conjunto de normas que se foram criando nos séculos precedentes, com mais vigor a partir do Século XVII, penso que o século XXI será marcado pelo refinamento dessa construção e, posteriormente, pela elevação da proteção até agora existente.

É que, primeiro, tratando do refinamento da construção, em discussão que se encerrará aqui neste item, pois a proposta é só explicar parte da abertura do texto, o que se tem visto hoje em dia é uma fuga daquelas visões monolíticas a respeito da temática. Não se pode dizer que, atualmente, existam apenas os que são favoráveis aos Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais, e os que são contra.

Pelo contrário, o momento é mais rico, com diversas posições, pode-se dizer, intermediárias entre os defensores dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.

Isso se deve, por exemplo, à visão mais completa de idéia de norma trazida ao debate pelos pós-positivistas. Também se deve à visão que procura compatibilizar, sem extremismos, a idéia de se ter um mínimo de direitos que se deva reconhecer a todos os seres humanos, com a necessidade de respeitar a cultura e os costumes locais.

Não há mais somente aquela visão absoluta dos Direitos Humanos como um conjunto de regras. Pelo contrário, há os que conseguem enxergar uma parte desse conteúdo mínimo como princípios - e ainda assim com concretude e cumprimento obrigatório -, a indicar o caminho a ser seguido, mas não necessariamente fixando forma única de seguir esse caminho.

Penso que é um passo importante para fixar de vez a idéia imprescindível da universalidade dos Direitos Humanos, e compatibilizá-los com sua vertente interna aos Estados, os Direitos Fundamentais.

É que, por mais paradoxal que seja, acredito que, pensar os Direitos Humanos rigidamente só os afasta, no plano da realidade, de sua indispensável universalidade. Pensar que todos os direitos podem ser exercitados, da mesma forma, em todos os lugares do planeta, desconsiderando os saberes e culturas locais, é querer o não realizável. Mais correto, então, é defender os Direitos Humanos e sua universalidade, mas reconhecer que podem ser aceitos e aplicados com variações que respeitem a cultura local, mas, ao mesmo tempo, sem que isso signifique negá-los ou deturpá-los de forma tal que signifique o mesmo (a negação)⁴.

Já no tocante à proteção dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, uma das questões que mais discussão provoca, hoje em

4 Ver, a respeito, Amartya Sen (*Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000), e também Clifford Geertz, em duas obras: *Nova luz sobre a antropologia* (Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001), e *O saber local* (Petrópolis: Vozes, 1998).

dia, nos meios jurídicos e políticos, no Brasil, é a pertinente à realização dos direitos sociais.

Jamais concedidos no patamar mínimo necessário, os Direitos Sociais, por força de uma atuação no início esporádica, depois mais intensa, do Poder Judiciário, provocado via de regra pelo Ministério Público - mas não somente por ele, e não somente, também, no plano coletivo -, passaram a ser discutidos, na perspectiva de sua realização, de forma mais concreta, dando origem a decisões que começaram a impor essa realização, ou seja, começaram a materializar o que então era visto somente como "promessa"⁵.

Essa tendência, que se convencionou chamar de judicialização da política, ou de ativismo judicial, gerou uma série de críticas e argumentos contrários. A discussão teve introduzidas algumas questões, sempre com o objetivo de impedir que as determinações constitucionais que fixam a obrigação de serem concedidos direitos sociais sejam concretizadas.

Os argumentos são os mais variados, como veremos adiante. Penso que esses argumentos, além de seu evidente e nocivo conservadorismo, representam inversão de valores, além de violação clara ao texto constitucional.

Meu objetivo, nesse breve texto, é evidenciar o não cabimento de toda essa argumentação. Com isso, assumo desde logo que me filio aos que defendem, de forma que não admite transigência, a obrigatoriedade de concretizar, de realizar de forma plena todos os Direitos Fundamentais, o que inclui os Sociais.

Indico desde logo também que, não reconheço limites para a atuação do Poder Judiciário na proteção desses mesmos Direitos Fundamentais, a não ser os impostos pelas próprias normas, quando for o caso.

É o que pretendo demonstrar.

Para isso, procurarei travar diálogo com esses argumentos contrários à plena realização dos Direitos Sociais e à atuação do Judiciário nessa direção. Observo todavia que, não pretendo fazê-lo de forma particularizada, ou melhor, pessoalizada.

É que minha idéia, neste texto, é defender uma posição definida, não polemizar com autor ou autores determinados, específicos, chamando-os para um debate depois que minha posição já foi exposta. Não pretendo também assumir a defesa de uma corrente específica, ou explicitar, de forma exaustiva, determinado marco teórico.

5 O uso do vocábulo promessa é a única forma que se tem de indicar dispositivos que estão expressos no texto constitucional, que consagram direitos ao seres humanos, mas, ainda assim, pelo pensamento que não lhes concede aplicabilidade, e que aqui rejeito, não existem na prática.

Pretendo é expor visão que procura demonstrar o acerto de se buscar, da forma mais eficaz, a defesa dos Direitos Fundamentais, mas não somente como um amontoado de letras em textos legais, e sim como conquista materializada da coletividade⁶.

2. Enfrentando os argumentos contrários à realização dos Direitos sociais

Nas discussões que vêm sendo travadas a respeito da realização dos Direitos Sociais, os mais freqüentemente apresentados para limitar essa realização, bem como para tentar restringir a atuação do Poder Judiciário, são: a separação de poderes; a limitação pela reserva do possível; a impossibilidade material; a necessidade de respeito às leis orçamentárias e ao planejamento financeiro do Estado.

Nesse item, dividindo a discussão em três partes, vou apresentá-los e demonstrar que não são aptos a obter o fim desejado: impedir a plena realização dos Direitos Sociais.

Essa divisão, a propósito, pareceu-me a mais adequada para discorrer sobre o assunto. Faço a ressalva todavia que, como há diversos pontos de contato entre os temas, que por evidência estão interligados, há momentos em que a sustentação de um argumento por mim apresentado pode ser utilizado para contrariar mais de um motivo elencado para a não concessão dos direitos.

6 Para não deixar o leitor, todavia, à mercê apenas das minhas idéias, apresento aqui uma bibliografia que ajuda a entender o tema, com a ressalva de que as indicações são de autores que tanto defendem idéias semelhantes às minhas, como totalmente contrárias: ABRAMOVICH, Victor, e COURTIS, Christian (Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In SARLET, Ingo W. (Org.). *direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 135-167). BARCELLOS, Ana Paula de (O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michel Walzer e Robert Alexy. In TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11/49). BARRETO, Vicente de Paulo (Reflexões sobre os direitos sociais. In SARLET, Ingo W. (Org.). *direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134). DIAS, Jean Carlos (*O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007); SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007); SCAFF, Fernando Facury (Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. *Direitos humanos em concreto*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 89-115). SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007; TORRES, Ricardo Lobo (A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In SARLET, Ingo W. (Org.). *direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46). Para completar, o meu marco teórico quando se trata de discutir Direitos Humanos e seu fundamento: a dignidade da pessoa humana, que é Immanuel Kant (*Fundamentação da metafísica dos costumes*. Portugal - Lisboa, Edições 70).

2. 1. O papel do Estado e a separação dos Poderes

Inicio dizendo que, quando penso no Estado, penso em um ente que é constituído não apenas para materializar a organização política definida por um povo, em determinado território, o que corresponde a uma visão clássica desse ente. Penso também em um ente que não é um fim em si mesmo, que não atua como algo que só existe para seus interesses e de seus governantes. Penso, sim, em um ente que existe, pela vontade da coletividade, para oferecer serviços (direitos) que foram definidos como essenciais, ou seja, para garantir e concretizar Direitos Fundamentais dentro de um determinado espaço.

Essa idéia, se não rejeita a estrutura existente, rejeita sua atuação se não ocorrer em prol dos interesses da coletividade.

Da mesma forma, se não rejeita a separação de poderes, torna essa divisão subordinada a um interesse maior, que é o de, repetindo, garantir e concretizar Direito Fundamentais, ou, simplesmente, de fazer com que o Estado cumpra a sua função.

A independência dos poderes, ou, mais propriamente, a interdependência dos Poderes, não torna cada um deles algo estanque, que gravita somente em torno de si mesmo, sem interferências.

É que, caso se leve a idéia da separação de poderes ao limite de se pensar que a natural separação de funções torna impossível a atuação de cada um deles fora do que é visto de forma clássica, sem que cada um possa atuar em seu limite máximo, caso necessário controlando os demais, ter-se-á de concluir que não se tem, em verdade, poderes separados, mas distintos, como se não fossem apenas a forma considerada mais adequada de balancear as funções do Estado, mas sim entes separados, o que está fora de cogitação.

É claro que isso não significa conceder a um dos poderes do Estado, ou a cada um deles, a possibilidade de executar as funções de outro, mas sim defender que cada um, nos limites de sua atuação, possa maximizá-la até o ponto de garantir e proteger os bens tidos como essenciais pela coletividade, que são os Direitos Fundamentais.

Por isso, e, de certa forma invertendo a ordem que se poderia pensar como natural para o texto, não vejo como interferência indevida a atuação do Poder Judiciário na realização dos Direitos Fundamentais.

Pelo contrário, vejo como natural, dada sua condição de Poder responsável pela solução dos conflitos, e guardião dos direitos previstos no ordenamento jurídico.

Havendo uma situação de violação a Direitos Fundamentais, por exemplo pela sua não concessão, quer sejam eles individuais, quer sejam eles sociais, para usar a terminologia do próprio texto constitucional, nada mais apropriado ao Poder Judiciário que agir para fazer cessar a lesão.

Ocorre que, quando se trata de Direitos Sociais, o primeiro óbice apontado é o de que o Judiciário invade a esfera de atuação dos demais Poderes, “criando” políticas públicas.

Incorreto. É a visão equivocada a respeito do que sejam políticas públicas e, como espécie destas, as políticas sociais, além da visão, nos mesmos termos, a respeito de sua criação, que leva ao erro.

Observe-se a propósito que, a discussão a respeito das Políticas Públicas tem relação direta com a efetivação dos Direitos Sociais. É que estes, os Direitos Sociais, via de regra necessitam que o Estado implemente ações para sua realização.

Segundo Luiza Frischeisen, “a implantação efetiva dos direitos sociais depende da realização de políticas públicas, cujas linhas gerais também estão estabelecidas na Constituição”⁷.

Devem ser elas entendidas (as políticas públicas), aproveitando discussão que é travada por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, como as empreendidas pelo Estado e voltadas para a concretização dos objetivos da República, definidos no plano genérico pelo texto constitucional⁸.

Quanto às Políticas Sociais, não é simples sua definição. Michael Hill afirma que existem dois modos de responder o que sejam Políticas Sociais. Um seria listando as áreas em que elas são implementadas; outro, seria definindo seu verdadeiro escopo e distinguindo-as dos outros tipos de política⁹.

Em abono do primeiro método podemos usar as próprias áreas listadas pelo autor retro indicado, que seriam: *social security, personal social services, health service, education, employment policy, e housing*¹⁰.

Por ela, verificamos que as políticas sociais seriam aquelas relacionadas com a efetivação dos Direitos Sociais que, nos termos da Constituição Brasileira, são os que dizem respeito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados.

E isso nos conduz à definição pelo segundo método, pelo qual definiríamos Políticas Sociais como as políticas públicas que têm por objetivo a realização dos Direitos Sociais.

A respeito delas, é importante observar que, então, não são criação do administrador público, porque já estão definidas no ordenamento jurídico a partir dos direitos já reconhecidos e que devem ser efetivados.

7 *Conselhos gestores e democracia participativa* - o papel do ministério público. In www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicaPublica/LuizaCF.htm. Capturado em 15-4-2003.

8 Ver aqui, da autora, *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público* (São Paulo: Max Limonad, 2000. P. 76-81).

9 No livro *Understanding social policy*, Hill, no capítulo 1, *What is social Policy?*, assim prescreve: *One way to answer the question ‘What is social policy?’ is to provide a list of areas of public policy included under that heading. Another way is just do try to define its scope by explaining what it is that distinguishes it from other kinds of policy* (Fourth edition. USA: Blackwell Publishers, 1993. P. 1).

10 *Idem*, p. 97-201.

O que o administrador público faz é exatamente isso que foi dito por último: efetivar os direitos por meio das políticas necessárias. A margem de discricionariedade do administrador público, dessa feita, não é tão grande, pois está jungido a obedecer ao que já está disciplinado.

O que ele pode, todavia, é decidir como direcionar os esforços do Estado para seu atendimento, o que também não quer dizer que aqui ele tenha tanta liberdade, embora tenha seguramente mais.

Isso, todavia, será visto mais adiante, pois o que interessa, no momento, é o fato, acima indicado, de que as políticas públicas já estão previstas no texto constitucional; no caso dos Direitos Sociais, a partir das normas que os prescrevem.

Assim, quando o Poder Judiciário determina a concessão de qualquer Direito Social, fixando o modo de exercício do direito, não está “criando” política pública, ou, mais restritamente, política social; está, sim, determinando que um específico direito previsto no ordenamento seja concedido a quem dele faz jus.

O fato de isso implicar em um fazer determinado, por sua vez, não é uma afronta a outro Poder do Estado, mas apenas a consequência natural da inércia desse Poder, e a necessidade de ver realizado o direito.

Defender a não “interferência”, nesse caso, é defender a não concessão do direito, inadmissível em se tratando de um comando constitucional de aplicabilidade imediata, por força do artigo 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB¹¹.

Não há sentido, então, em atacar a atuação do Poder Judiciário, quando esta atuação é somente o cumprimento de suas funções, muito menos quando o seu agir é só consequência da negação à coletividade de suas necessidades vitais, pela inação de outro Poder do Estado.

E caso isso imponha que o Judiciário fixe regras para o exercício, ou determine a outro Poder que execute determinado ato, não há que se falar em interferência, mas, somente no uso do que é uma obrigação: prestar a tutela jurisdicional.

Aliás, não é demais dizer, e isso deve ser repetido continuamente, que se está falando de Direitos Fundamentais, ou seja, que estão definidos na Constituição da República como o mínimo necessário à pessoa humana.

Para encerrar esse subitem, o mais longo de todos, gostaria de abordar, não com a profundidade que o tema merece, pois é questão de suma importância, mas mais como uma advertência a respeito de uma mudança de discurso que vem sendo feita por aqueles que pretendem rejeitar decisões do Judiciário a respeito da implementação dos Direitos Sociais, e que tem como alvo, agora, as ações individuais.

11 Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A mudança de postura da cúpula do Judiciário, que de refratária à atuação do Poder na implementação dos Direitos Sociais passou a adotar o entendimento de que isso é possível¹², tem levado a alguns a se insurgir contra não mais todas as decisões da mesma forma, mas principalmente contra as proferidas em ações individuais, ou em favor de grupos de indivíduos perfeitamente identificados, caso em que os interesses são individuais homogêneos.

Dizem que isso, mais que as ações em que os interesses são difusos ou coletivos, representa uma ingerência totalmente indevida do Judiciário, e fonte de desequilíbrio, em desfavor da sociedade, no tocante aos direitos defendidos.

Ao lado do fato de que não seriam os mais aptos a utilizar esse argumento, pois a coletividade, em suas interpretações, não é considerada, pois negam a aplicação imediata dos Direitos Sociais, deve-se observar que o argumento, além de meramente matemático, não encontra guarida no direito, e nos princípios éticos e morais que todos adotamos.

Não é jurídico porque não há impedimento algum para que um indivíduo, ou um grupo de indivíduos postule em juízo a reparação ou a concessão de um direito que julgam possuir.

O fato de as ações coletivas serem mais adequadas para solucionar conflitos em uma sociedade de massa não impõe que as pessoas sejam obrigadas a esperar uma atuação dos legitimados coletivos, como o Ministério Público e as associações.

Além do mais, quando se fala em Direitos Fundamentais, como por exemplo o direito à saúde, o fato de ser um ou todos os protegidos nada muda em termos éticos e morais. Há o direito à proteção.

Como se vai discorrer mais abaixo, é como se, por determinado procedimento médico não estar previsto como despesa ou prioridade em determinado orçamento, por não existir programa compatível, pudesse o Estado simplesmente deixar morrer uma pessoa que necessitasse de tal procedimento.

Estatisticamente seria "somente" uma morte; em termos éticos e morais seria uma aberração.

Evidente a legitimidade da pessoa de exigir do Estado a proteção, pela via judicial. Caso isso possa gerar dificuldades orçamentárias, como será visto adiante, que se crie no orçamento a previsão de receita para esse tipo de despesa.

2.2. A reserva do possível e a impossibilidade material

Outros argumentos, agora de ordem nitidamente econômica, dizem respeito aos limites dos recursos à disposição do Estado, o que

12 Mudança que, no Supremo Tribunal Federal - STF, alterou até a sua posição conservadora e, penso, até então incorreta, a respeito do mandado de injunção.

deveria nortear a aplicação das políticas até o limite do que pudesse ser despendido.

Os argumentos são falsos, por pelo menos duas razões.

Primeiro, e essa é a razão mais singela, porque a questão dos recursos não é exatamente de sua limitação, que até existe, mas sim diz respeito à forma com que são aplicados.

Recursos sempre houve, e em quantidade significativa. O Estado, atualmente, tem batido sucessivamente recordes de arrecadação, e isso em nada modifica sua inércia na implementação de políticas que efetivamente gerem resultados positivos nas áreas da saúde, educação, segurança, assistência e outras. O que se vê é o direcionamento do “excesso” para outras áreas, não relacionadas aos Direitos Fundamentais.

Quando assim não era, o que mais se via - e vê - era desperdício ou o direcionamento de recursos para setores não essenciais. Ora, o fato de terem sido concedidos, pela população, mandatos para administradores e legisladores, não faz com que estes possam executar as ações ao seu talante, em detrimento do que foi estabelecido como básico.

Mas, esse é um argumento também econômico e, não obstante seja suficiente para retirar validade à alegação de existência de recursos limitados, deve ser reforçado pelo principal argumento, de natureza jurídico-política.

O texto constitucional elenca, de forma clara e expressa, quais são as prioridades do Estado em relação ao bem-estar da população, dispondo-as na forma de Direitos Fundamentais, que são, como visto, de aplicação imediata.

O Estado, mesmo a prevalecer a idéia da escassez de receita, está obrigado a utilizar os recursos, de forma prioritária, no atendimento dos Direitos Fundamentais, entre eles os sociais.

A não ser assim, ou seja, em não sendo utilizados os recursos disponíveis para a concessão dos Direitos Fundamentais, estará o Estado, como de fato está, deturpando a razão de sua própria existência, pelo que volto ao que disse no início do subitem 2.1, agindo como ente divorciado da sociedade e, assim, como se fosse um fim em si mesmo.

Por outro lado, caso seja necessário elevar a contribuição da coletividade - o que não me parece esteja demonstrado -, que seja feito. O que não pode ocorrer é a utilização de um argumento econômico para vedar o que é definido pela constituição como imprescindível.

2.3. As leis orçamentárias e o planejamento financeiro do Estado

Por fim, usa-se com freqüência o argumento de que o planejamento financeiro do Estado é uma imposição constitucional, assim como o fato de que o orçamento tem regras rígidas, como, por exemplo, a impossibilidade de início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária, ou o fato de que não se pode fixar despesas que não tenham a correspondente receita.

Por essa argumentação, não poderia o Estado conceder direitos que não houvesse previsto na lei orçamentária, sendo inconstitucionais decisões judiciais que fixassem obrigações de pronto cumprimento, sem inclusão no orçamento.

Embora aqui exista a aparência de que o argumento encontra amparo no Direito, é somente aparência.

É que, só se pode considerar o orçamento como válido, no plano jurídico, se ele contiver previsão de concretização dos Direitos Fundamentais, entre eles os Sociais.

A lei orçamentária deve, obrigatoriamente, prever a realização, pelo Estado, dos direitos que a Constituição da república definiu como imprescindíveis, sob pena de ela ser considerada inconstitucional, pois, ao contrário, estar-se-ia diante da situação de entender que o Estado poderia, por lei orçamentária, alterar o texto constitucional, dizendo o que é fundamental e o que não é.

Aqui é importante frisar que não se está a negar a possibilidade de o Estado fixar as condições de exercício dos Direitos Sociais, pois ele evidentemente tem essa possibilidade. O que se está a dizer é que a margem de discricionariedade do Estado vai até o ponto em que ele pode dizer em que condições vai atender esses direitos, mas não ao limite de dizer que não vai atendê-los.

De qualquer sorte, não se tome isso como uma concessão ao Estado, no sentido de que, prevista a realização de todos os Direitos Sociais no orçamento, não se poderia exigir algo além do previsto.

É que, mesma essa margem de discricionariedade do Estado, acima reconhecida, não será capaz de impedir a exigência de qualquer Direito Social, desde que o interessado seja capaz de demonstrar, ao mesmo tempo, que os projetos e programas previstos não atendem suas necessidades, e que há em norma o direito exigido, mesmo que a norma seja “somente” constitucional¹³.

Nesse caso, esteja a atuação requerida prevista ou não no orçamento, deve o Estado implementá-la. Caso isso seja necessário de imediato, deverá ocorrer mesmo sem a previsão expressa no orçamento.

Para encerrar, antes que se diga que isso produziria um desequilíbrio nas contas públicas, o que, em si não seria suficiente para impedir a concretização de Direitos Fundamentais, é bom lembrar que já há previsão orçamentária, hoje, em dia, de que uma parte da receita seja utilizada para cumprir decisões judiciais que impõem o pronto cumprimento.

13 Isso para eliminar a possibilidade, muito utilizada, de se alegar que o direito, quando previsto no texto constitucional, não está regulado em lei, e portanto não poderia ser aplicado, e que faria vingar a absurda alegação de que o Estado, por não fazer o que é determinado pela Constituição: regular um direito, poderia deixar de realizá-lo.

Basta, ao destinar essa parte da receita, levar em consideração as demandas relativas ao cumprimento dos Direitos Sociais.

3. Conclusão

Para finalizar esse breve texto, e como as principais conclusões já foram apresentadas em seu decorrer, bem como, desde o início, minha visão a respeito da realização dos Direitos Sociais e dos argumentos contrários, creio que é conveniente encerrar apresentando um pensamento final a respeito da importância da concretização dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.

É que, de pouco adianta consolidar a idéia de que há direitos mínimos garantidos a todos os seres humanos se ficarmos, sempre, postergando sua realização.

Argumentos contrários, com aparência de legalidade e até de bom-senso, sempre existirão. O que todos precisamos decidir é se vamos ceder a esses argumentos, fazendo da vontade da coletividade e da Constituição letras mortas, ou se vamos afastar esses argumentos contrários e materializar, de fato, o bem-comum.

De minha parte, penso que tempo é de praticar todos os atos necessários para que os direitos sejam concedidos, sem exceções, e sem condicionantes. Já é hora de todos termos o mínimo.

Belém, PA, 23 de julho de 2008



CELEBRANDO A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO AO TRABALHO

Paulo Klautau Filho¹

Introdução.

Em contribuição a esta edição comemorativa, proponho que os sessenta anos da Declaração Universal de Direitos Humanos e os vinte anos de nossa Constituição Federal de 1988 (assim como os quarenta anos da Revista do TRT - 8ª Região) sejam celebrados sob a perspectiva de uma sempre renovada compreensão dos princípios éticos que devem inspirar a interpretação-aplicação daqueles textos normativos.

Penso que a celebração deve ter o caráter de um verdadeiro culto cívico, de um permanente retorno e reafirmação dos fundamentos da atuação dos profissionais do direito na promoção da dignidade humana.

Para tanto, ofereço uma leitura, em três breves atos, da tradição ético-jurídica que une a Declaração Universal e a Constituição Federal, considerando o especial significado do direito ao trabalho neste contexto.

A Declaração Universal de Direitos Humanos: expectativas, bastidores e desafios.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH) é um dos marcos iniciais do processo contemporâneo de construção de um sistema jurídico internacional de direitos humanos. Tal sistema pode ser compreendido como a resposta do mundo do Direito a demandas de ordem política e moral, acentuadas após a Segunda Guerra Mundial. Naquele momento, aprofundava-se a crise de crença na razão humana, a qual, além de não conseguir concretizar as promessas de felicidade e progresso do Iluminismo, serviu de instrumento para a criação de algumas das mais eficientes e terríveis logísticas e armas de destruição em massa do ser humano.

Por isso, muitos autores enfatizam que, a partir daquele marco, o chamado “movimento internacional de direitos humanos” caracterizava uma

1 Doutor em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela USP. *Master of Laws* pela Universidade de Nova York. Professor do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Advogado. Procurador do Estado do Pará.

tentativa de retomada de parâmetros éticos universais². Não é à toa que o ideário kantiano, com destaque para a “paz perpétua” e para a dignidade³ do ser humano como um mandamento da razão (imperativo categórico), é usado como fundamento de criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e, posteriormente, na redação da DUDH⁴.

Do ponto de vista da técnica jurídica, vale lembrar que o primeiro texto normativo com força vinculante da história da humanidade a adotar a expressão “direitos humanos” é muito mais recente do que normalmente se imagina. Trata-se, justamente, da Carta das Nações Unidas - o tratado internacional que criou a ONU, em 1945.

A Carta da ONU destaca, no Artigo Primeiro, entre seus propósitos, além do fortalecimento da paz universal: “promover e estimular o respeito aos direitos humanos”. Contudo, as menções neste e em quatro outros artigos da Carta são vagas e nada dizem sobre o significado dos “direitos humanos”⁵. Três anos depois, a Assembléia Geral da ONU aprovaria a DUDH

- 2 Flávia Piovesan, em palestra proferida no Encontro Anual de Magistrados do Trabalho da Segunda Região, em Campos do Jordão (2003) reiterava: “É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução” (PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e o Trabalho” in: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. *Direito do Trabalho e Direitos Humanos*. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006, p. 290.
- 3 COMPARATO, 1998, p. 61, lembra, com apoio no Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine - Histoire des Mots, de A. Ernout e A. Meillet, que “Dignus, na língua latina, é adjetivo ligado ao verbo defectivo decet (é conveniente, é apropriado) e ao substantivo *decor* (decência, decoro). No sentido qualificativo do que é conveniente ou apropriado, foi usado tanto para louvar quanto para depreciar: *dignus laude*, *dignus supplicio*. O substantivo *dignitas*, ao contrário, tinha sempre conotação positiva: significava mérito e indicava cargo honorífico no Estado”.
- 4 O Preâmbulo da DUDH é explícito logo em sua primeira sentença: “**Considerando** que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, (...)”
- 5 Veja-se os seguintes preceitos da Carta da ONU: “**Artigo 1º** - Os propósitos das Nações Unidas são: (...); 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; (...) **Artigo 13** - 1. A Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: (...); b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (...) **Artigo 62** - 1. O Conselho Econômico

(1948) com a finalidade de preencher de conteúdo a expressão contida na Carta - com o intuito de dizer, afinal, o que são, quais são e quem são os titulares dos *direitos humanos*.

Mas os bastidores do processo de elaboração da DUDH já demonstravam as enormes dificuldades na realização desse projeto de (re)afirmação das bases de uma consciência ética universal. Em 1946, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura - UNESCO convidou pensadores e autoridades da época para opinar sobre o significado de direitos humanos e sobre o que deveria constar na Declaração Universal. O resultado dá o que pensar ainda hoje...

Por exemplo, quando consultado, o líder mundial mais respeitado naquele momento, o Mahatma Gandhi, teria dito: "Eu não tenho muito tempo. Eu estou escrevendo isso num trem em movimento. De qualquer maneira, eu sou um pobre leitor da literatura do passado ou do presente. Eu aprendi com minha mãe que era analfabeta, mas sábia, que todos os direitos para serem merecidos e preservados vêm de obrigações bem cumpridas. Assim, o próprio direito de viver nos pertence somente quando cumprimos as obrigações da cidadania do mundo. Qualquer outro direito pode ser mostrado como usurpação pela qual dificilmente vale a pena lutar".⁶

A indicação da oposição entre uma visão do direito (e do mundo) que dá prioridade aos deveres de cada um e de todos em relação à comunidade e outra voltada para a afirmação dos direitos de todos perante a sociedade (mais precisamente, o Estado) seria o prenúncio da crítica do relativismo cultural à proposta de universalidade dos direitos humanos.

Por sua vez, Benedito Croce, à frente do Partido Comunista Italiano, não disfarçou o ceticismo: "Eu não vejo como seria possível formular um meio termo ou uma declaração de compromisso entre concepções adversas de liberalismo e socialismo a qual (a Declaração) não acabaria por se revelar vazia ou arbitrária".⁷

O mundo já caminhava a largos passos para a Guerra Fria. O confronto entre os dois blocos político-ideológicos, durante algumas décadas, traria, também, desafios implacáveis à idéia de universalidade dos direitos da pessoa humana.

e Social fará ou iniciará estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos e poderá fazer recomendações a respeito de tais assuntos à Assembléia Geral, aos Membros das Nações Unidas e às entidades especializadas interessadas. 2. Poderá, igualmente, fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos. (...)"

6 Reproduzo neste trecho o testemunho de Philip Alston, professor da New York University (NYU) e relator especial da ONU sobre Execuções Arbitrárias, Sumárias ou Extra-Judiciais, no curso *International Human Rights Law*, proferido na NYU na primavera de 2002.

7 *Idem*.

Foi esta a linha da grande maioria das respostas encontradas pelo universalismo otimista dos dirigentes da UNESCO. Por isso, quando o trabalho foi submetido à Comissão de Direitos Humanos - organismo da ONU responsável de direito pela redação da DUDH, ele foi devidamente ignorado. Rivalidade entre organizações? Uma grande amostragem de como intelectuais, filósofos e políticos são, por definição, incapazes de concordar em alguma coisa?...O fato é que a mensagem por eles mandada era a de que tal declaração de caráter universal não era possível.

Diante disso, é preciso não ter ilusões⁸. A DUDH resulta do árduo trabalho de diplomatas, burocratas e *juristas* empenhados em alcançar um denominador comum entre diferentes grupos políticos, filosóficos, religiosos etc. Não se trata de um texto revelado, mas de uma construção jurídico-política de delicado equilíbrio. Digo isso para enfatizar dois pontos opostos: 1. O notável sucesso e alcance da Declaração Universal nos últimos sessenta anos. É incrível, mesmo, que ela tenha conseguido ser elaborada, e que consiga ser minimamente coerente. E que tenha conseguido o imenso suporte e significado que conseguiu; 2. A fragilidade dos direitos humanos universais, sua artificialidade e os riscos da proposição, porque eles não são fundamentados em uma filosofia singular. Há contradições (e potenciais conflitos de direitos) consideráveis no corpo da DUDH.

Apesar de muitos ativistas tratarem-na como um texto fundamentalista, a DUDH não se apresenta de forma comparável à Bíblia, ao Corão ou a qualquer outro Livro Sagrado. Não há um grande pensador ou profeta a ditá-la. Não há nenhuma revelação. Isso se reflete em seus termos. Apesar de seus elevados ideais, nada mais é do que um documento inter-governamental. A DUDH não criou nada de muito novo. Ela resulta da tradição jurídica ocidental, adotando direitos que vinham sendo positivados, no âmbito nacional, a partir das Revoluções Americana e Francesa do século XVIII, passando pelas Cartas Constitucionais que abraçaram direitos sociais e econômicos, nas primeiras décadas do Século XX, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919. Constam nela, assim, direitos de cunho liberal e de cunho socialista. Por essa razão, logo na primeira hora foi considerada pelos mais céticos: “uma grande colcha de retalhos”.

8 Se proponho hoje uma “leitura ética” da DUDH para embasar a sua interpretação-aplicação, não podemos deixar de ter em mente que “a construção histórica dos direitos humanos nada teve - e nada tem - a ver com suposições benevolentes, tais como ‘evolução espiritual’ da humanidade, aumento da ‘consciência civilizatória’, ou o surgimento de ‘líderes generosos’ conduzindo nações em direção à fraternidade humana. Essa construção histórica de direitos tem a ver - isto, sim - com o surgimento, em cada época, de atores sociais interessados nesses direitos, capazes de acumular forças suficientes para *impô-los* a outros atores sociais com interesses opostos.” (TRINDADE, José Damião de Lima. “Terá o Direito do Trabalho chegado a seu esgotamento histórico?” *in*: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. *Direito do Trabalho e Direitos Humanos*. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006, p. 50).

Ainda assim, a força dos ideais contidos na DUDH restou demonstrada ante sua aprovação sem votos contrários na Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948. Dos 56 Estados-membros da ONU, à época, 48 votaram favoravelmente à sua adoção. Houve 8 abstenções: Arábia Saudita, África do Sul, URSS e cinco países do bloco socialista. Para compreender as razões das abstenções, basta ler os artigos II (veda distinções de raça, cor, sexo, ...); XVI (reconhece a igualdade de direitos entre homens e mulheres em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução) e XVII (reconhece o direito à propriedade, dispondo que “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”). Por mais que os países mencionados tivessem evidentes restrições ao conteúdo da Declaração, eles sabiam que não poderiam combatê-la, ante seu forte apelo de reconstrução ética, no contexto do imediato pós-guerra. Desse modo, a DUDH cumpriu, com sucesso, a missão de servir como pedra fundamental sobre a qual o direito internacional dos direitos humanos vem sendo construído.

Mas no que concerne à estrita técnica jurídica, é preciso deixar claro que a DUDH não possui força vinculante. Nos termos do Direito Internacional, ela caracteriza um mecanismo de *soft law*, aproximando-se mais de uma exortação moral do que de um mandamento legal. É assim que as *resoluções* da Assembléia Geral da ONU (esta a “natureza jurídica” da DUDH) são compreendidas ainda hoje. Elas teriam, sobretudo, a finalidade de aferir a visão da comunidade internacional sobre determinados temas polêmicos, buscando a construção de consenso (ou mesmo, do chamado costume internacional) que possibilite a futura aprovação de *tratados* - estes, sim, seriam dotados de força vinculante, com respectivos mecanismos de monitoramento e, cada vez mais, com organismos destinados a institucionalizar uma incipiente (e ainda incerta) jurisdição internacional.

Cientes disso, os juristas insistiram, desde os trabalhos preparatórios da DUDH, que após sua aprovação, seria necessário que se produzisse um tratado internacional destinado a dotar de força jurídica o conteúdo da DUDH. Note-se aqui o verdadeiro esforço de construção de um *sistema jurídico*, na acepção plena da expressão, para o reconhecimento, proteção e promoção dos direitos humanos no plano internacional.

Mas as disputas da Guerra Fria adiaram e impossibilitaram a positivação de um único tratado internacional de direitos humanos, confirmando o vaticínio de Benedito Croce. Essa, a razão da aprovação, somente em 1966, de dois tratados: o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Lembro que estes dois tratados entraram em vigor apenas em 1976 (quando alcançaram o número de ratificações necessárias - quase trinta anos após a aprovação da DUDH), e que o Brasil somente os ratificou em 1992, somente após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Importa enfatizar que a DUDH afirma com a mesma intensidade todos os direitos nela contidos, sejam eles civis, políticos, sociais, econômicos, individuais, coletivos, de inspiração liberal ou social etc. Vale reproduzir, a

título de exemplo, os dispositivos que afirmam, respectivamente, os direitos à liberdade de consciência, à liberdade de expressão (“direitos de “primeira geração”), ao trabalho e à instrução (“direitos de segunda geração”):

Artigo XVIII.

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.

Artigo XIX.

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

(...)

Artigo XXIII.

1. ***Todo ser humano tem direito ao trabalho,*** à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. ***Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.***

3. ***Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.***

4. ***Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.***

Artigo XXVI.

1. ***Todo ser humano tem direito à instrução.*** A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

(...)

(destaquei)

Insisto, pois, que os termos utilizados na DUDH para estabelecer *quais* são os direitos humanos e *quem* são os seus titulares são assertivos e incondicionais: “*Todo ser humano tem direito à...*”. Isto vale, com igual peso, para todos os direitos dos trinta artigos da DUDH. Ela não estipula qualquer grau de prioridade, gradações de eficácia, ou maior ou menor força vinculante no dever dos Estados de promover os direitos humanos ali afirmados.

Desse modo, a primeira distinção jurídica relevante, entre “espécies” de direitos humanos, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), surgiu das contendas político-ideológicas que geraram os dois Pactos de 1966. Enquanto o bloco liberal-capitalista defendia a prioridade dos “direitos de liberdade”, o bloco socialista pugnava pela afirmação primeira dos “direitos de igualdade”. Na solução de compromisso produzida naquele momento, os dois tratados, de modo diverso à DUDH, adotaram formas distintas de afirmar a eficácia dos direitos humanos e, por conseguinte, na medida em que sua promoção poderia ser exigida dos Estados-partes. Vejamos.

O intérprete, após constatar que ambos os Pactos possuem a mesma principiologia, expressa nos seus idênticos Preâmbulos e Artigos Primeiros, depara-se com as seguintes diferenças dispostas em seus respectivos Artigos Segundos (nos quais se trata da natureza do dever dos Estados-partes em relação aos direitos reconhecidos em cada tratado):

(PIDCP)

Art. 2º - 1. Os estados-partes no presente Pacto **comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no atual Pacto**, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

2. **Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os estados-partes comprometem-se a tomar as providências necessárias, com vistas a adotá-las**, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os estados-partes comprometem-se a:

a) **garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo**, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) **garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial**;

c) **garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso**.
(destaquei)

(PIDESC)

Art. 2º - 1. Cada estado-parte no presente Pacto ***compromete-se a adotar medidas***, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, ***até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.*** (destaquei)

2. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

3. O países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.

Por evidente que o bloco liberal-capitalista conseguiu impor a supremacia de seu ponto de vista. O PIDCP atribuiu aos Estados-membros o dever de reconhecer uma eficácia imediata e incondicionada aos direitos individuais civis e políticos, inclusive com todas as garantias de natureza judicial.

Por sua vez, o PIDESC, apesar de impor aos Estados-partes a chamada “cláusula de progressividade” (segundo a qual, os Estados devem implementar, gradualmente, os direitos sociais⁹, não podendo retroceder sobre os avanços alcançados), acabou por limitar a eficácia dos direitos sociais ao “máximo dos recursos disponíveis”. Note-se, portanto, que qualquer semelhança entre “máximo dos recursos disponíveis” e a expressão “reserva do possível”, muito em voga na jurisprudência brasileira, não é mera coincidência. E se o máximo dos recursos for quase nada, o mínimo de realização destes direitos restará como promessa indefinidamente.¹⁰

9 Esclareço que usarei, daqui por diante, a expressão “direitos sociais” para significar o conjunto dos direitos econômicos, sociais e culturais reconhecidos na DUDH, nos tratados internacionais e na Constituição de 1988.

10 Remeto o leitor ao artigo de José Cláudio Monteiro de Brito Filho, nesta mesma edição, no qual ele esclarece e supera o argumento da “reserva do possível” (entre outros) como um dos obstáculos, supostamente, intransponíveis à atuação do Poder Judiciário na realização dos direitos sociais.

Lamentavelmente, a distinção no tratamento dispensado aos direitos sociais, com seu caráter marcadamente político-ideológico, foi incorporada pela doutrina jurídica brasileira como uma descrição da realidade, da “distinta natureza” destes direitos. Isto explica, ao menos em parte, como surgiram as classificações das normas constitucionais segundo sua “eficácia”, opondo as normas dotadas de “plena eficácia” às que são “meramente programáticas” (interpretadas, por muitos, perniciosamente, como normas sem qualquer força vinculante).

Neste ponto, cabe voltar nossa atenção para a Constituição brasileira de 1988, levando em conta sua inserção na mesma tradição (re-) inaugurada pela DUDH.

A Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos.

De modo análogo ao que foi proposto com relação à DUDH, pode-se dizer que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF 1988) representa um esforço de reconstrução, e de projeção para o futuro, de parâmetros ético-jurídicos, após um passado recente de autoritarismo e violações sistemáticas de direitos humanos.

E tal como no caso da DUDH, os “bastidores” da Assembléia Nacional Constituinte de 1986-1988 demonstram que o texto produzido foi o resultado das acomodações políticas possíveis naquele momento histórico de transição democrática. O que é atestado pelo fato de que não tivemos uma Assembléia Nacional Constituinte exclusiva, mas sim um Congresso Constituinte, eleito na vigência da Constituição anterior e que não se desfez após a elaboração da Carta Política.

Mas cabe ao jurista do presente superar as ambigüidades características do momento da fundação constitucional para dar ao texto normativo a sua melhor interpretação-aplicação.

Por isso, sustento que neste momento de celebração, tanto a DUDH como a CF 1988 devem ser pensadas, passando a ser interpretadas-aplicadas, como o produto simbólico do melhor esforço dos juristas naqueles raros momentos nos quais eles se dedicam coletivamente a responder questões como: “qual o mínimo necessário para se respeitar a todas as pessoas (do Brasil e/ou do mundo)?”; “qual o mínimo necessário para uma boa (digna) vida?”; “o que devemos (eticamente) uns aos outros?”; “como podemos viver melhor?”; “como podemos viver melhor em sociedade?” “qual nossa pauta ética e quais os seus fundamentos?”.

É nesse sentido que as respostas do Constituinte brasileiro inserem-se na mesma tradição que produziu a DUDH. Esta perspectiva da Constituição brasileira confirma-se desde o artigo 1º, que consagra os princípios republicano e democrático:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Longe de constituir mera descrição formal do Estado brasileiro, trata-se de uma afirmação da opção ético-política fundante em favor dos princípios republicano e democrático. Esses são os primeiros princípios declarados e reconhecidos no ordenamento jurídico e político erigido pela Constituição Federal de 1988. Esses princípios, assim como os fundamentos enunciados nos cinco incisos do Art. 1º, devem nortear, antes de quaisquer outros, a interpretação do direito e a conduta das autoridades na República Federativa do Brasil.

Destaco a, em geral, pouco observada natureza ética dos princípios republicano e democrático, os quais, quando adotados pela Constituição Federal, passam a ser dotados de força jurídica vinculante. A este respeito, trago o seguinte comentário de Comparato:

Neste início do terceiro milênio da era cristã, a ética política tende a ser, em todos os quadrantes do planeta, sempre mais orientada pelo princípio republicano e pelo princípio democrático.

Entendamo-nos bem, no entanto, quanto ao sentido exato dos vocábulos. República não é simples forma de governo, como pareceu ao constituinte brasileiro em 1988, ao determinar que o povo decidisse, no plebiscito realizado em 7 de setembro de 1993, entre república e monarquia. República é muito mais do que isso. É um regime político, ou seja, um modo de organização do conjunto dos direitos e deveres de todos os cidadãos, tanto entre si no plano privado, quanto entre eles e os governantes no nível do exercício do poder. Mais especificamente, república, tal como os romanos a conceberam, é o regime político em que o bem comum do povo, isto é, a república no lídimo sentido latino da expressão, prevalece sobre todo e qualquer interesse próprio: de indivíduos, famílias, corporações, partidos, classes, empresas e até mesmo de entidades estatais, pois o Estado existe para servir o povo e não o contrário.

A supremacia do bem comum do povo ou da nação sobre os interesses particulares supõe, portanto, uma sociedade comunitária e não individualista e ¹¹excludente, como a que foi

11 COMPARATO, F. K. *Ética na vida pública*. Disponível em: www.escoladegoverno.com.br. Acesso em 10 out. 2005.

forjada, no mundo moderno, pela predominância da ideologia e das instituições capitalistas.

Democracia, por sua vez, é o regime político em que o povo dispõe do controle efetivo de todas as instâncias de poder, tanto públicas, quanto privadas; vale dizer, tem a prerrogativa indelegável de fixar as grandes diretrizes da vida política nacional, bem como a de destituir os eleitos e responsabilizar diretamente os agentes públicos de qualquer ramo do Estado, pelos atos cometidos contra o bem comum do povo. Um regime de eleições livres com pluralidade de opções partidárias, como a experiência latino-americana comprova *ex abundantia*, pode perfeitamente conviver com a mais empedernida oligarquia.

Entre república e democracia há, por conseguinte, uma correlação essencial e indissolúvel. Se o bem comum do povo deve ser posto sempre acima dos interesses particulares, a soberania enquanto poder de controle político supremo há de pertencer ao próprio povo, e ser por ele exercida diretamente, nunca mediante delegação.

Nesta visão, a república representa um compromisso ético primordial com o bem comum¹² do povo; enquanto a democracia traduz um compromisso ético com a soberania do povo na decisão sobre o seu destino, na avaliação, fiscalização e julgamento de seus representantes. Os dois princípios são indissociáveis e entrelaçados, na medida em que o bem comum do povo é definido pelo próprio povo, como titular do poder de controle político supremo; dito de outro modo, o princípio republicano realiza-se pelo exercício do princípio democrático.

Por sua vez, os fundamentos enunciados no Artigo 1º, além de constituírem verdadeira razão justificativa¹³ da República Federativa do

12 Ciente dos problemas inerentes à conceituação de “bem comum” e ante a impossibilidade de aprofundar aqui esta discussão, valho-me da pertinente observação de José Reinaldo de Lima Lopes: “A noção de bem comum foi tão desgastada por seu uso conservador, que alguns até sorriem com desdém quando mencionada. E, no entanto, sem ela, impossível fazer qualquer reflexão política. (...) Numa sociedade livre o bem comum não é a conservação da vida tal como ela é, mas a conservação da vida - coletiva e individual - com a possibilidade dinâmica de ser diferente. O bem comum é ‘um conjunto de condições que permite aos membros de uma comunidade atingir por si mesmos objetivos razoáveis, ou realizar razoavelmente por si mesmos o(s) valor(es) em razão dos quais têm motivos para colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) numa comunidade’ (John Finnis *Natural law and natural right*. p. 155 - ...). Numa sociedade de homens livres, o bem comum é também um processo pelo qual se desvalidam regras e normas, se questiona justiça do *status quo*, se alteram as categorias sociais criadas normativamente. Esse conjunto de condições, possibilidades e instituições compõe o bem comum.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude confronta a Instituição In: Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 126-127).

13 Para a utilização do termo fundamento com o sentido de “razão justificativa” ou de “fonte legitimadora”, ver: COMPARATO, 1998, p. 55.

Brasil, integram também o sentido e o significado do princípio republicano e do princípio democrático na Constituição de 1988. Assim, o povo no exercício de seu poder soberano e cidadania (sentido do princípio democrático, expresso nos incisos I e II, assim como no Parágrafo único) estabelece em que consiste o bem comum - em última instância, a realização e a promoção da dignidade da pessoa humana (sentido do princípio republicano, inciso III). O pluralismo político é considerado necessário para a plena realização do princípio democrático, assim como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são instrumentais para a realização do bem comum.

Cabe examinar mais de perto o fundamento do inciso III do Artigo I, a *dignidade da pessoa humana*. O destaque se justifica, em primeiro lugar, porque esse fundamento consiste no vetor essencial para a definição do bem comum do povo. Aqui, a dignidade da pessoa humana desponta como o núcleo essencial do qual emanam todos os direitos humanos¹⁴ (ou os *direitos fundamentais*, tal como são designados no texto constitucional). Os direitos humanos, por sua vez, correspondem contemporaneamente à melhor tradução do que seja o bem comum¹⁵. Na Constituição Federal de 1988, portanto, a definição do bem comum é um desdobramento do fundamento da dignidade da pessoa humana e ganha corpo no conjunto dos direitos humanos ali designados por direitos fundamentais. Daí o papel central, na técnica e na hermenêutica constitucional, do princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser considerado como o fundamento da Constituição de 1988.

Na melhor interpretação, todo o aparato constitucional e infraconstitucional de organização dos poderes e do Estado destina-se à promoção e à proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁶

Noto, também, que a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana, se não como o fundamento da República Federativa do Brasil, mas, certamente, como um de seus fundamentos, incorpora, com vestimenta jurídica, a vertente da tradição do pensamento moral e político ocidental que propugna pela unidade entre ética e política,

14 Sobre a vida e a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos humanos, ver: "Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos", COMPARATO, F. K. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 45 *et seq.* Sobre a dignidade da pessoa humana como norma fundamental da ordem jurídico-constitucional brasileira, ver: SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Liv. Advogado, 2004. Sobre dignidade humana, moralidade e o princípio democrático, ver: RABENHORST, E. R. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 13-49.

15 Para Comparato, "o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas" (COMPARATO, Friedrich Muller, 2000, p. 28).

16 Ver: COMPARATO, 1998, p. 61.

dentro da qual destaco, para o momento, o pensamento de Aristóteles e Kant.

Na *Ética a Nicômaco* e na *Política*, Aristóteles sustentava que todas as associações tinham em vista “bons propósitos”. Na política, esses propósitos coincidiriam com a busca do Bem supremo, a felicidade (*eudamonia*). Na República Federativa do Brasil, os “bons propósitos” são aqueles declarados como seus objetivos fundamentais no Artigo 3º da Constituição:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Na perspectiva aristotélica, somente o caminho da virtude pode levar a esses fins, à felicidade. Isto exige que tanto os fins como os meios sejam corretamente escolhidos. Se o Bem supremo, a felicidade dos homens, pode ser identificado contemporaneamente, e em especial em nosso sistema constitucional, com a realização dos direitos fundamentais e com o cumprimento e permanente busca de seus objetivos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, além de princípio e fundamento das finalidades, aponta e exige a permanente virtude dos meios para sua promoção.¹⁷

É inegável, também, que a Constituição, ao adotar a dignidade da pessoa humana como fundamento, do mesmo modo que a DUDH, reafirma

17 Gisele Cittadino, que enfatiza a “dimensão comunitária” do fundamento da dignidade da pessoa humana, manifesta-se no mesmo sentido: “Parece não haver dúvida de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro. Ao estabelecer (...) os fundamentos e os (art. 1º) e os objetivos (art. 3º) do *Estado Democrático de Direito*, privilegiando, tanto num como noutro, a dignidade da pessoa humana, determinados princípios foram positivamente incorporados à Constituição. Como os princípios são considerados ‘*mandamentos nucleares de um sistema*’ ou ‘*ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas*’, e neles se expressam os ‘*valores constitucionais*’, os nossos constituintes criaram as chamadas normas-princípios, que constituem os preceitos básicos da organização constitucional. Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. Espera-se, conseqüentemente, que o sistema de direitos constitucionais, visto como expressão de uma ordem de valores, oriente a interpretação do ordenamento constitucional em seu conjunto.” (CITTADINO, G. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 12-13).

com Kant, em sua segunda formulação do imperativo categórico, que o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado arbitrariamente como meio para a consecução de outros fins¹⁸. A adoção desse ideal kantiano é explícita e vincula todo e qualquer intérprete da Constituição.

O fundamento da dignidade da pessoa humana caracteriza, pois, uma escolha ética e política determinante para a organização do Estado e para a interpretação do direito. Traduz o consenso fundamental de que o bem do ser humano é o fim último da República brasileira. Neste contexto, o reconhecimento, a proteção e a promoção do conjunto dos direitos humanos/direitos fundamentais (em todas as suas dimensões) é, também, o critério de aferição do respeito àquela escolha ética fundante. Em outras palavras, os direitos humanos, ao mesmo tempo em que coincidem com o fim último de promoção da dignidade humana, são o meio virtuoso e necessário para sua realização. É este o sentido ético comum partilhado pela Declaração Universal de Direitos Humanos e a pela Constituição Federal de 1988.

Resta verificar, à luz deste sentido ético comum, o especial significado do direito ao (e do) trabalho no corpo destes textos normativos.

O Direito ao Trabalho na DUDH e na CF 1988.

Historicamente, o reconhecimento do direito ao trabalho tem sido incluído na chamada “segunda geração” dos direitos humanos, no conjunto dos direitos sociais e econômicos.

Para além dessa classificação meramente cronológica, importa olhar mais de perto os dispositivos da DUDH relativos a este direito:

Artigo XXIII.

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família,

18 “o homem - e, de uma maneira geral todo ser racional - existe como um fim em si mesmo e não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ele ser sempre simultaneamente considerado como fim” (*Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. 428/185). Por isso, o ser humano não tem preço, mas sim *dignidade*: “O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, [...], tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade (434-435/191-192).”

uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV.

Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo XXV.

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

(...)

O Artigo XXIII é o que trata especificamente do direito ao trabalho. Vale enfatizar, em continuidade às considerações que venho tecendo, que este é o único dentre os trinta artigos da DUDH no qual consta a expressão “dignidade humana”. Destaca-se, pois, a relação entre o direito ao trabalho e a dignidade humana, em termos de garantia. Por isso, faz parte do direito ao trabalho, a percepção de uma remuneração que “assegure” ao trabalhador sua dignidade (esse é o significado de “justa e satisfatória”). Nesse sentido, o direito ao trabalho é tratado meio, instrumento essencial para a promoção da dignidade humana.

Mas a concepção da DUDH de uma vida digna não coincide com uma vida na qual o trabalho seja apenas meio, instrumento. A perspectiva da remuneração justa e satisfatória, da livre escolha de emprego e do direito ao repouso e ao lazer (Artigo XXIV) indicam que o trabalho, além de caráter instrumental, possui caráter constitutivo da dignidade humana. Em outros termos, uma vida de trabalho nas condições “justas e favoráveis” não apenas *serve para* que se alcance a dignidade; mas é *em si* uma vida digna.

A interpretação conjunta dos três dispositivos da DUDH completa-se com o Artigo XXV, no qual se explicita o padrão de vida que o pleno respeito do direito ao trabalho deve assegurar.

Nesse aspecto, o direito ao trabalho¹⁹ é exemplo insuperável da tradição ética partilhada pela DUDH e pela CF 1988, enfatizada na medida

19 Como se sabe, a CF 1988 também destina papel de destaque ao direito ao trabalho entre os direitos sociais reconhecidos no Artigo 6º (além do extenso rol de direitos dos trabalhadores rurais e urbanos do Artigo 7º, e dos direitos sindicais, de greve e de representação e participação dos artigos 8º a 11).

em que esta última sintetiza e reitera os artigos referidos da primeira, ao dispor sobre o salário mínimo, no seu Artigo 7º, inciso IV:

Art. 7º (...)

IV - 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;

Nestes termos, o salário mínimo, tal como proposto, pela CF 1988, dialoga com a expressão “remuneração justa e satisfatória da DUDH”²⁰,

- 20 A recente publicação de estudo de agências da ONU contribui para enfatizar o papel central do direito ao trabalho na promoção da dignidade da pessoa humana: “O Brasil apresentou melhora expressiva em indicadores importantes do mercado de trabalho nos últimos anos. No entanto, o país não conseguiu diminuir, em níveis satisfatórios, a exclusão social e econômica, principalmente em relação às mulheres e aos negros. Apesar de representarem mais de 70% do mercado de trabalho, mulheres e negros ainda são discriminados na área profissional. É o que aponta o relatório Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente - A Experiência Brasileira Recente, divulgado nesta segunda-feira pela ONU (Organização das Nações Unidas). O estudo foi elaborado em conjunto por três agências da ONU: Pnud (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), OIT (Organização Internacional do Trabalho) e Cepal (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe). A Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), aponta que, em 2006, o rendimento médio real das mulheres não-negras era de R\$ 524,6, enquanto o das negras era de R\$ 367,2. Já os homens negros receberam um rendimento médio de R\$ 451,1, contra a remuneração de R\$ 724,4 obtida pelos não-negros. “No início da década de 2000 observamos uma oferta maior de emprego, uma geração maior de trabalho com carteira assinada, além de uma reversão da queda dos rendimentos obtidos com o trabalho. Isso ocorreu em um cenário de crescimento econômico. No entanto, ainda há uma distância significativa em relação à remuneração, considerando os fatores de raça e gênero, e isso não condiz com a condição de trabalho decente”, explica o diretor do escritório no Brasil da Cepal, Renato Baumann. O aumento da presença das mulheres no mercado de trabalho -- uma tendência que se verifica desde os anos 70 no Brasil-- consolidou-se nos últimos anos. Segundo o relatório da ONU, esse aumento, intenso e persistente, da inserção feminina é uma das tendências mais claras de mudança na estrutura do mercado de trabalho nas últimas décadas, tanto no Brasil quanto em toda a América Latina. Essa evolução ratifica uma tendência de mais longo prazo, de acordo com a ONU, e está associada, entre outros fatores com o aumento da escolaridade feminina, ao processo de transição demográfica que reduz o número de filhos por mulher, a uma maior expectativa feminina de autonomia econômica e realização pessoal e a uma maior necessidade, intenção ou disponibilidade de contribuir para a manutenção ou elevação da renda familiar. Baumann destaca, no entanto, que os avanços, que ele chama de “áreas de luz”, não podem esconder as ainda existentes “áreas de sombra”, em relação ao mercado de trabalho no Brasil. “É inegável que houve aumento da participação de mulheres e negros. Também houve aumento da remuneração desses dois grupos, mas não a ponto de termos a equidade.” O relatório aponta que ‘ainda é alta a desigualdade entre as taxas de participação das mulheres e dos homens, o que reflete as dificuldades

buscando preenchê-la de conteúdo e eficácia. A superação dos desafios para a promoção de tal eficácia pressupõe, em minha visão, o profundo entendimento da tradição ética em que se insere o direito ao trabalho, o que, dentro dos limites e propósitos do presente artigo, exige, ainda, algumas considerações.

Considerações Finais.

Já é um truísmo afirmar que, no Brasil, o salário mínimo não atende sua destinação, o que torna o dispositivo constitucional citado ineficaz.

Nesta hora, ressoam os brados dos arautos da “reserva do possível” e de todos os demais tipos de visão ideológica que insiste em tornar os direitos sociais em promessas nunca cumpridas.

Lembro, contudo, que mesmo o Artigo 2º (1) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), não permite tal interpretação da eficácia daqueles direitos, entre os quais se inclui o direito ao trabalho. Pois, impõe aos Estados-partes (o Brasil ratificou o tratado em 1992) o dever de implementar os direitos sociais, gradualmente, empregando, obrigatoriamente (ênfase), *o máximo dos recursos disponíveis*, vedando o retrocesso quanto aos direitos conquistados. O emprego do máximo dos recursos disponíveis e a “cláusula da não regressividade” exigem uma atuação estatal bastante diferente da passividade implícita na expressão “reserva do possível”.

Na discussão do dever promocional do Estado deparamo-nos com a necessidade, muito repetida (e, infelizmente, pouco compreendida) da elaboração, execução e fiscalização de *políticas públicas*, as quais consistem em programas de ação governamental que não se esgotam em normas ou atos isolados. Caracterizam uma atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, dos mais variados tipos, conjugados para a realização de um objetivo determinado²¹.

que elas enfrentam, em especial as mais pobres e menos escolarizadas, para ingressar e permanecer no mercado de trabalho”. “São as mulheres pobres que encontram maiores dificuldades para ingressar no mercado de trabalho, como consequência, entre outros fatores, dos obstáculos que enfrentam para compartilhar as responsabilidades domésticas, em particular o cuidado com os filhos”, conclui o estudo.” (Matéria publicada na Folha de São Paulo de 08 de setembro de 2008).

- 21 Baseio-me na definição oferecida por Fábio Konder Comparato em texto de trabalho da Escola de Governo: “O Ministério público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais”, *mimeo*, 2001. Para um estudo sistemático sobre as políticas públicas como categoria jurídica ver: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. Da mesma autora, ver: “Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas” in: DIAS, Maria Tereza Fonseca, ESTEVES, Julio César dos Santos e FORTINI, Cristiana. *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos - pessoais, institucionais e financeiros - aptos à consecução desse resultado. São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução. São também atos ou contratos administrativos de variadas espécies. Lembro que o que organiza e dá sentido a esse complexo de normas e atos jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos Poderes Públicos, ou a eles imposta pela Constituição ou pelas leis.

Neste aspecto, importa reconhecer que a Justiça do Trabalho no Brasil, com todas as críticas a que a atuação concreta de toda instituição está sujeita, caracteriza um elemento de política pública dos mais bem sucedidos em nossa história republicana na promoção da dignidade humana. Muito além da mera atuação tuitiva em favor da parte mais vulnerável nas relações de emprego, a Justiça do Trabalho contribuiu e deve continuar contribuindo para a afirmação de uma mentalidade pública e pedagógica que afirme o essencial significado do direito ao trabalho na realização de uma vida digna.

Neste seu aniversário de quarenta anos, a Revista do TRT-8ª deve comemorar sua participação neste processo histórico, buscando sempre renovar e intensificar sua contribuição para o conhecimento das relações sociais de trabalho em busca das melhores soluções jurídicas, não apenas sob o viés de uma leitura superficial e radical da oposição entre patrões e empregados, mas sim, à luz da responsabilidade coletiva na promoção da dignidade humana.

DA GREVE AO BOICOTE: OS VÁRIOS SIGNIFICADOS E AS NOVAS POSSIBILIDADES DAS LUTAS OPERÁRIAS

Márcio Túlio Viana¹

1. Entre a opressão e a resistência

Num texto de prosa que mais parece poesia², Leonardo Boff nos ensina que a Natureza é vida e morte, paz e guerra, céu e inferno.

Mesmo as mais tranqüilas florestas escondem terríveis batalhas. Raízes, cipós e troncos se abraçam e se estrangulam. Insetos, vermes e flores se fecundam e se consomem.

São incontáveis - diz ele - os óvulos, espermas e sementes que morrem no exato instante em que nascem. A harmonia parece se nutrir do conflito.

E esse conflito é ainda mais violento - ou evidente - entre os animais.

Um velho e polêmico jurista³ chega a lhes atribuir 22 “crimes”, da sedução ao estupro, das lesões corporais ao homicídio, passando pelo roubo, pelo saque e pela fraude.

Assim é, na Amazônia, entre as grandes formigas vermelhas, que - incapazes de se prover de alimento - escravizam formigas menores e mais ágeis. E com as abelhas-ladras, que saqueiam as colméias vizinhas, com a ajuda das próprias vítimas⁴.

E é assim, também - completam os caboclos mineiros - com a fêmea do passo-preto, que bebe os ovos da fêmea do tico-tico e põe os dela no lugar, transferindo para a nova mãe os deveres da maternidade.⁵

E se é assim com as formigas, abelhas e tico-ticos, não poderia ser mesmo diferente entre nós - animais que também somos.

Os exemplos são infinitos.

1 Professor nas Faculdades de Direito da UFMG e da PUC-Minas.

2 O Despertar da Águia, Vozes, Petrópolis, 1998, *passim*. A citação subsequente não é literal.

3 Ferri, segundo Boguea, Antenor. Do concurso de agentes na suposta criminalidade animal”, in “Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria, Forense, Rio, 1962, p. 428.

4 Depois de tentar resistir, elas acabam saqueando os próprios alvéolos, lado a lado com as invasoras.

5 Sem perceber a fraude, a fêmea do tico-tico alimenta e protege os filhotes alheios.

Calígula gostaria que as pessoas tivessem um único pescoço, para que ele o cortasse “de um só golpe”. Em contrapartida, Spartacus desafiou as legiões⁶, Chico Rei libertou os antigos súditos⁷ e Zumbi repeliu por décadas o inimigo⁸, até cair morto pelo abraço fatal de um amigo.⁹

Mas é sobretudo no campo do trabalho que as formas de violência - real ou dissimulada, justa ou injusta - se multiplicam.

É que o trabalho - especialmente por conta alheia¹⁰ - pode produzir, ao mesmo tempo, a riqueza de alguns e a pobreza de muitos; o poder de ditar destinos e a aflição de sentir-se nas mãos do outro.

Por isso, e tal como as faces de uma moeda, opressão e resistência têm marcado a história dos trabalhadores¹¹. O moinho que mói o milho pode estar moendo o moleiro; mas a enxada que fere a terra pode também ferir o senhor¹².

Do mesmo modo que a opressão, a resistência tem mostrado cores e formas variadas, tal como a argila nas mãos do artista, ou o camaleão que se ajusta a cada novo ambiente.

Assim é que, em algumas épocas ou lugares, ela foi individual e caótica - como quando os escravos quebravam as ferramentas de trabalho, que para eles eram também ferramentas de tortura¹³.

6 Gladiador escravo, fugiu com um punhado de homens e chegou a reunir mais de 10 mil, cruzando a Itália. Foi traído por piratas com quem tinha acertado uma fuga pelo mar. O seu exército foi cercado e dizimado. Os capturados foram crucificados. Alguns milhares ainda fugiram para o norte, mas as legiões de Pompeu os esperavam (Rendina, Claudio. *Storia insolita di Roma*, Newton & Compton, Roma, 2001, p. 74).

7 Diz a lenda que o seu senhor lhe deu uma mina já quase esgotada, mas ele conseguiu reativá-la e comprar a carta de alforria dos irmãos escravos que compunham a sua antiga corte na África.

8 A República dos Palmares reunia vários quilombos. Neles havia escolas, repartições fiscais, serviço de polícia, poder judiciário e assembléias do povo. As leis se transmitiam oralmente e todos deveriam conhecê-las de cor. As cidades eram defendidas por cercas, valas, estacas e pontes levadiças, que enfrentaram 27 expedições. A última batalha durou três anos, dia e noite, em meio a balas, flechas, água fervente, “numa resistência heróica, espantosa!” (Luna, Luiz. *O negro na luta contra a escravidão*, Brasília, MEC, 1976, *passim*. O trecho citado entre aspas é de Carvalho, referido pelo mesmo autor, p. 234).

9 Conta-se que ele escapou com um bando, mas algum tempo depois esse antigo amigo - Antonio Soares - levou a tropa até o seu esconderijo, e - abraçando-o - apunhalou-o.

10 Note-se que o trabalho por conta alheia pode ser ou não subordinado.

11 A propósito, cf. o nosso *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*, LTr, S. Paulo, 1996.

12 Nesse sentido, as enxadas nas costas, nas andanças dos sem-terra, podem significar tanto a procura de um lugar como a busca de um trabalho e a disposição para a luta.

13 Segundo alguns, essa prática teria levado os senhores a superdimensionar as ferramentas de trabalho.

Outras vezes, foi racional e coletiva - como entre os *luddistas* do século XIX, que juravam sobre a Bíblia os seus segredos, enviavam ultimatos a políticos e empresários, identificavam as máquinas inimigas e só depois as quebravam (em pedaços bem pequenos, para que não pudessem ser refeitas)¹⁴.

Entre nós, a resistência foi também preguiçosa e libertária - como depois da Lei Áurea, quando muitos negros não só se negavam ao trabalho, mas negavam *o próprio trabalho*, memória e símbolo de sua degradação.¹⁵

Já em terras do Alabama, tornou-se musical e cifrada - quando os negros, proibidos de se comunicar, cantavam as suas conversas nas varandas dos senhores, trocando planos de fuga enquanto inventavam o *blues*¹⁶.

Com Castro Alves, a resistência foi poética - e nem por isso menos forte e terrível:

*Tinir de ferros... estalar de açoite
Legiões de homens negros como a noite
Horrendos a dançar*¹⁷

Pelas mãos de Chico Buarque, tornou-se - ao mesmo tempo - música e poesia:

*Tem certos dias em que eu penso em minha gente
E sinto assim todo o meu peito se apertar*¹⁸...

Com o sistema capitalista, os modos de oprimir e resistir se organizaram, se racionalizaram e até se institucionalizaram. Ao mesmo tempo, tornaram-se onipresentes, compondo a própria estrutura das relações de produção.

A explicação pode ser encontrada nos paradoxos do próprio sistema. Como certa vez escrevemos¹⁹, “o trabalhador, ao contratar, cede o domínio de seus gestos: é como se usasse a sua própria liberdade para perdê-la.

14 A propósito, entre outros, Thompson, E. P. A Formação da classe operária inglesa, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1997.

15 Ao recusar-se ao trabalho, negando o próprio trabalho, eles afirmavam a liberdade recém-conquistada. Naturalmente, muitos outros mendigavam por falta de opção (A propósito, cf. Cardoso, Fernando Henrique. Capitalismo e escravidão no Brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1977, *passim*).

16 Conta-se que eles eram proibidos de conversar, mas ao mesmo tempo instados a cantar; por isso, conversavam enquanto cantavam, introduzindo entre as notas musicais as suas formas de resistência.

17 Trecho de “Navio Negreiro”.

18 Trecho da canção “Gente Humilde”, de Chico, Vinicius e Garoto.

19 Viana, M. T. Conflitos coletivos do trabalho, in Franco Filho, Georgenor (org.) Presente e futuro das relações de trabalho, LTr, S. Paulo, 2000, p. 308-346.

No entanto, mesmo antes do contrato a liberdade tem algo de ficção: não detendo em suas mãos o capital e a matéria-prima, quem nasceu para ser empregado simplesmente *não tem como* escolher a autonomia, vale dizer, o seu contrário. Ainda assim - ou talvez por isso - o contrato é peça-chave do sistema, posto que o legítima.

Se fosse realmente livre para vender (ou não) a sua liberdade, o trabalhador a manteria - e o sistema seria outro. Desse modo, para que as relações de produção se perpetuem, é preciso não só que haja liberdade formal para contratar, mas que falte liberdade real para não contratar”.²⁰

Além disso, o empresário quer acumular, objetivo estranho ao trabalhador²¹. E assim, tal como o produto que fabrica, este mesmo trabalhador se estranha e se aliena. Marx explica em que consiste essa alienação:

*Primeiramente, no fato de que o trabalho é externo ao trabalhador, isto é, não pertence ao seu ser; em que em seu trabalho, o trabalhador não se afirma, mas se nega (...) Por isso, o trabalhador só se sente em si fora do trabalho, e no trabalho sente-se fora de si (...) Seu trabalho não é portanto voluntário, mas forçado, trabalho forçado (...) Por fim, o trabalhador apercebe-se da exterioridade do trabalho ao se dar conta de que não é seu mas sim de outro; de que o trabalho não lhe pertence; de que quando está no trabalho ele não é dono de si mesmo, mas pertence a outro (...)*²²

De outro lado, ao contrário do que acontece com os demais meios de produção, não há como atuar *diretamente* sobre a força-trabalho²³. Em consequência, como ensina Catharino, o homem é “pessoalmente atingido”²⁴. E é nesse ponto que - em termos *substanciais* - a subordinação pode significar sujeição.

Tudo isso faz com que no trabalho livre e (ao mesmo tempo) subordinado, os conflitos estejam sempre presentes, ainda que ocultos ou em potência. Assim, não se trata de mera patologia - mas, como dizíamos, da própria anatomia do sistema. Daí por quê no campo do trabalho

20 Ainda a propósito do poder nas relações de trabalho, cf. também Melhado, Reginaldo. Poder e sujeição, LTr, S. Paulo, 2005; Coutinho, Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista, LTr, S. Paulo, 1999; e Delgado, Maurício Godinho. O poder empregatício, LTr, S. Paulo, 1996.

21 Nesse sentido, Leite, Márcia de Paula. O futuro do trabalho, Scritta, S. Paulo, 1997, *passim*.

22 Marx, K. *apud* Hunt & Sherman, História do pensamento econômico, Vozes, Petrópolis, 1992, p. 76.

23 A observação não é nossa; escapa-nos, infelizmente, o nome do Autor.

24 Na mesma direção, escreve Russomano, em uma de suas obras, que não se pode contratar apenas um braço: todo um homem vem junto com ele.

subordinado, o conteúdo dos acordos é sempre precário - resultado da natureza *anatomicamente* conflitual das relações.

E esses conflitos não se reduzem ao choque entre as classes, mas se multiplicam no interior de cada uma delas, opondo empresários a empresários, sindicatos a sindicatos, sindicatos a trabalhadores, trabalhadores a sindicatos e até trabalhadores a trabalhadores.

Um exemplo é o recente sucesso, no meio empresarial, do livro “*A arte da guerra*”, escrito por um general chinês do ano 2000 aC. Mas também poderíamos lembrar o tempo em que músicos em greve quebravam as mãos dos que continuavam a tocar²⁵, ou as revoltas operárias dos anos 60-70 (na Europa) e 70-80 (no Brasil), muitas delas à revelia dos sindicatos, ou em oposição a eles.

Mas a História nos mostra também uma curiosa tendência à mimetização. Ao longo dos tempos, trabalho e capital vão se moldando um ao outro, mesmo quando se enfrentam. O aprendizado é constante e recíproco.

É o que podemos ver na sátira de Chaplin aos *tempos modernos*, quando o herói, para se defender, esguicha óleos nos seus perseguidores; ou nesses nossos tempos *pós-modernos*, quando a fábrica propõe e incentiva o trabalho em equipe, canalizando para si o sentimento coletivo dos seus empregados.

O último exemplo nos mostra também que o conflito nem sempre é aberto e visível. Com frequência, poderes e contrapoderes se esquivam e se disfarçam, tentando fraudar um ao outro, trocando a luz pelas sombras.

Assim é, por exemplo, quando a empresa transfere para a máquina ou para o próprio empregado uma parte de seu comando; ou quando nos pergunta - na traseira de sua *van* - se o seu motorista está “dirigindo bem”; ou ainda quando produz ideologias e recebe assentimentos.

Já o empregado, mesmo espremido entre as normas do regulamento e as incertezas do *ius variandi*, inventa pequenos gestos ou pausas que o defendem do *stress*; usa pragas ou olhares para desabafar seus rancores; e até de banheiros se serve para organizar suas greves.²⁶

Às vezes, a resistência pode passar despercebida ao próprio agente que a pratica - como acontece com algumas empregadas domésticas, ao quebrar *sem querer* copos e pratos da patroa, protestando *sem saber* contra o trabalho humilhante.²⁷

Outras vezes - como em certas formas de assédio - é a opressão que se disfarça tão bem que o próprio trabalhador questiona a sua condição

25 Episódio ocorrido nos Estados Unidos, em meados do século passado.

26 Essa última prática, segundo alguns sociólogos, como Amnés Maroni, foi comum sobretudo nos últimos anos da ditadura militar, quando nascia o “novo sindicalismo”.

27 A observação é de Freud, Sigmund. *Psicopatologia da vida cotidiana: esquecimentos, lapsos de língua, atos descuidados, superstições e erros*, Imago, Rio de Janeiro, 1976, *passim*.

de oprimido: não sabe ao certo se caçoam dele, ou se é dele mesmo a culpa dos gracejos; e então, ao invés de se defender, agride-se.

Por fim, se olharmos mais a fundo, veremos como até o órgão máximo da resistência - o sindicato - tem servido para regular, modular e conter o próprio conflito.

E por tudo isso é que podemos concluir, como já fizemos uma vez²⁸, que a resistência convive com a submissão: a história do agressor também é a do agredido, que ora se curva porque quer, ora por *não ter como* reagir.

2. Os significados da greve

Em Paris, nos velhos tempos, aconteceu certa vez que o Rio Sena - de tanto jogar para fora as coisas que não queria - acabou construindo uma praça.

Essa praça foi batizada com o nome de *Grève* - palavra que significa “terreno plano e unido, coberto de graveto e de areia, ao longo do mar ou de um curso de água”.²⁹

Na I Revolução Industrial, era ali que os trabalhadores se reuniam para contar suas lorotas, xingar os patrões³⁰, esperar pelos *gatos* ou praticar suas greves. Assim, com o passar do tempo, estar em (=na praça de) *Grève* passou a significar estar em (=fazendo) greve.

É curioso notar como as traduções dessa palavra em algumas línguas podem revelar os significados da própria greve.

Em Inglês, greve é *strike* - que se traduz pelo substantivo “ataque” e pelos verbos “golpear”, “bater”, “chocar-se”.³¹

Em Espanhol, é *huelga* - que entre outras coisas significa “folga, férias, descanso, folguedo”; e tem a mesma raiz de *huelgo*, que se traduz por “fôlego, alento”.³²

Em Italiano, greve é *sciopero* - que tem o mesmo prefixo de *sciolto*, “livre de ligações, de vínculos”.³³

28 Direito de Resistência, cit., p. 24.

29 Gillon, Étienne *et alii*. Petit Larousse, Librairie Larousse, Paris, 1960, p. 493. Note-se que a greve tem origem remota (uma das mais famosas na História remonta aos trabalhadores que construíam a tumba de Ramsés III), mas só se tornou um movimento compassivo, organizado e quase rotineiro com o sistema capitalista industrial, quando também assumiu todas as características que hoje conhecemos.

30 Como nos conta Michele Perrot, em um de seus textos, era comum, no vocabulário operário, o uso de termos como “abutres”, “chacais” e “vampiros”, para designá-los.

31 Dicionário Oxford Escolar, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 614.

32 Almoyna, J. M. Dicionário de Espanhol-Português, Porto Editora, Porto, 1977, p. 612.

33 Zingarelli, N. Lo Zingarelli Minore: Vocabolario della Lingua Italiana, Zanichelli, Bolonha, 1994, p. 880

Na verdade, e para dizer pouco, a greve é tudo isso ao mesmo tempo.

É *strike* enquanto violência. Golpeia o contrato de trabalho, pois questiona o que foi ajustado e desobriga o empregado de sua prestação principal.³⁴ Por isso, se o conflito é apenas aparente, a greve será também assim - ou seja, não será greve de fato.³⁵

Alguns comparam a greve à guerra. Em ambas, quase sempre, há um início de hostilidades, seguido de uma declaração solene; então, monta-se um quartel-general, organizam-se serviços, buscam-se fundos; há piquetes (ou sentinelas), vias de fato, segredos, traições...³⁶

Como verdadeiros generais, os líderes do sindicato estudam o campo inimigo e traçam várias estratégias. Assim é que pesam a situação econômica da empresa e o limite de resistência dos trabalhadores; tentam evitar manobras dos patrões (como admitir terceirizados); procuram passar a idéia da vitória, exacerbam ou moderam os ânimos, modulam a resistência e a paciência, gerenciam os rancores e os medos.

E o *outro lado* também se organiza. A empresa contrata espiões³⁷, espalha falsos boatos, semeia discórdia entre os grupos, ameaça com o *lock-out*³⁸ e oferece prêmios ao fura-greve - visto pelos colegas como desertor e traidor.

Mas se a greve tem elementos da guerra, é uma guerra de conquista, em que só um dos lados ataca, enquanto o outro se defende. Além disso, ao contrário da guerra, a violência da greve é basicamente passiva; expressa-se por um *não fazer*. E não termina em tratado de paz, mas como *linha de trégua*, de equilíbrio fugaz - já acenando, implicitamente, com a ameaça de uma próxima greve. Vindo a trégua, aquele *não fazer* se transforma não só num *fazer*, mas num fazer melhor aceito, o que pode significar mais intenso.

Nesse sentido, o prejuízo causado pela greve é sempre relativo. Mesmo quando ela é completamente vitoriosa (o que poucas vezes acontece), o empregador pode dizer aos empregados: "*vocês conseguiram o que queriam; espero que agora cumpram a sua parte*". De certo modo, a greve limita os sonhos e - quando os realiza - cobra um preço por eles,

34 Nesse sentido, é sugestivo o título que Segadas Vianna escolheu para a sua clássica obra: *Greve: direito ou violência?*

35 É o que acontece, com certa frequência, no setor do transporte público, quando grevistas e donos de concessionárias acertam às escondidas a paralisação para que os últimos consigam renegociar as tarifas e estes os salários.

36 Gide, Charles. *Le Droit de Grève*, in Gide, Ch. et alii. *Le Droit de Grève*, Félix Alcan, Paris, 1909, p. 19.

37 Nas primeiras décadas do século passado, era esse um dos serviços oferecidos pela empresa norte-americana Pinkerton.

38 V. tópico próprio, *infra*.

justificando a dominação subsequente. Como vimos, não é como os quilombos, que significavam ruptura.

Tal como acontece, em certa medida, com o seu contrário - o poder diretivo³⁹ - a greve sempre surpreende, ainda que esperada; e tanto incita quanto irrita, mesmo se rotineira. Em outras palavras, *choca*.

Mas greve é também *sciopero*, que lembra “solto”. O trabalhador se desprende - ainda que não de todo⁴⁰ - do poder de comando que o oprime.

Entre nós, nos últimos anos da ditadura, ela libertava os trabalhadores não só da linha de montagem, mas de um clima difuso de ameaças⁴¹. Por isso, nascia não apenas por razões econômicas, mas

(...) da necessidade que o trabalhador tem de respirar⁴²

É a liberdade que volta, não obstante mitigada⁴³, temporária e sobretudo contraditória: em termos reais, o trabalhador se coloca fora do contrato⁴⁴, ainda que formalmente dentro dele, e para reentrar nele em seguida.

Em razão desse último objetivo, a greve pode passar de simples *strike* (ataque) a *strike up*, que se traduz por “travar relações”⁴⁵. Se ela tem êxito, abre o diálogo, mas um diálogo em nível diferente: já agora, é o trabalhador (através do sindicato) quem propõe as condições para a sua subordinação.⁴⁶

Exatamente por ter “saído” do contrato, o trabalhador pode enxergá-lo e enxergar-se de outro modo, comparando-se com os colegas de outras fábricas e checando a justiça de suas reivindicações com a própria reação da sociedade.

39 Como se sabe, o poder diretivo especifica, a cada momento, o que foi ajustado apenas genericamente, e nesse sentido é ao mesmo tempo previsto (enquanto poder) e imprevisto (no modo de se manifestar); ou, em outras palavras, esperado enquanto gênero, e surpreendente enquanto espécie.

40 Na verdade, o poder diretivo (em sentido amplo) permanece atuando secundariamente, como, por exemplo, através das obrigações de não violar segredo da empresa e não ofender física ou moralmente o empregador.

41 Como se sabe, no período da ditadura, o poder diretivo patronal se articulou com o poder de repressão policial. Havia não só agentes infiltrados nas fábricas, como policiamento ostensivo nas manifestações e ameaças explícitas de enquadramento dos trabalhadores na Lei de Segurança Nacional.

42 Depoimento citado por Antunes, Ricardo. A rebeldia no trabalho: o confronto operário no ABC paulista - as greves de 1968 a 1980. Unicamp/Ensaio, Campinas, 1988, p. 33.

43 Por não ter os meios de produção, o trabalhador continua sem a opção real de deixar de ser subordinado; daí não ser completa a sua liberdade.

44 A expressão é de Santiago |Perez del Castillo (Direito de Greve, LTr, S. Paulo, 1999, *passim*).

45 Novo Dicionário Balsa das Línguas Inglesa e Portuguesa, Appletown Century Crofts, N. Y., 1972, p. 532. Note-se que a expressão também tem outros significados.

46 Observaremos depois como esse quadro vem se alterando.

Nesse sentido, a greve é também *huelga*: um momento de tomar fôlego, espécie de parênteses na rotina do trabalho. Esse parênteses, esse fôlego, servem também para repensar e tentar refazer - ainda que minimamente - aquela rotina.

Tudo isso faz com que o não-trabalho tenha o sabor de um folguedo. Quanto maior a opressão no trabalho, maior a alegria na greve, qualquer que venha a ser o seu resultado.

A propósito, vale lembrar os bailes, piqueniques e teatros que os nossos anarquistas usavam não só para atrair e conscientizar os companheiros, como para festejar as suas greves. Ou a marcha italiana em defesa da estabilidade, que há alguns anos reuniu mais de um milhão de pessoas em Roma, numa manifestação ao mesmo tempo política e lúdica.⁴⁷

Por fim, greve é também *grève*: tal como o rio que transbordava, trazendo areias e seixos, ela faz o contrato sair de seu leito, incorporando novas cláusulas. Por isso, se os trabalhadores apenas se recusam coletivamente a fazer *o que não está* no contrato, como horas extras, não se pode falar em greve.

A greve é a reavaliação coletiva de cada contrato de trabalho⁴⁸. No entanto, o que ela faz, e a lei legítima, não é apenas isso - mas sobretudo a produção de normas jurídicas pelos atores sociais⁴⁹. Desse modo, se não é lícito criar ou alterar individualmente uma cláusula do contrato, é possível criar ou alterar coletivamente a norma que vai reger todos os contratos. Como não pode estar presente com a velocidade e a eficácia que os conflitos do trabalho exigem, o Estado abre mão do monopólio de dizer o Direito.

Por isso, um trabalhador *isolado* não tem como se colocar fora do contrato; aos olhos da lei, só pode fazê-lo em grupo. Apenas nesse último caso a lei despreza, ignora ou esquece a sua condição de contratante. A ação individual de não trabalhar desliza para a ação coletiva da greve.

No plano dos fatos, o fenômeno é semelhante. Só mesmo o grupo é capaz de multiplicar e viabilizar a pressão⁵⁰, coletivizando as demandas

47 Muitos trabalhadores levaram as suas famílias, e celebraram os comícios e a greve geral com vinhos, pães e salames ao ar livre.

48 Sinay fala em transposição dos contratos de trabalho para um plano coletivo (Op. cit., p. 346).

49 Por sua vez, a produção autônoma de normas coletivas pode se justificar por inúmeras razões, dentre as quais uma de ordem prática: a impossibilidade de o Estado estar presente com a rapidez e a eficiência necessárias.

50 No modelo pré-taylorista, ainda era possível, para os trabalhadores qualificados, exercer pressão individual - pois detinham ainda uma parte expressiva do conhecimento sobre o processo produtivo. Depois, acentuando-se o processo de desqualificação, o novo operário que surgiu - o operário-massa - perdeu aquela possibilidade, mas o sindicato no mesmo momento a resgatou.

individuais e equiparando as forças do trabalhador às da empresa, ela própria um ser coletivo.⁵¹

Qual será a dinâmica da greve?

Na lição de Tarso Genro, ela se escora num trinômio:

*(...) ruptura da normalidade da produção, prejuízo para o capitalista e proposta de restabelecimento da normalidade rompida*⁵²

Ao mesmo tempo - e ainda como a enchente do rio - a greve irradia os seus efeitos para outras categorias e mesmo para além das relações de trabalho⁵³. É uma estratégia original de transformação da sociedade pelas mãos dos oprimidos.

É curioso notar que, no mesmo momento em que a fábrica deixa de produzir mercadorias, a greve - que é também o seu contrário - passa a produzir direitos. E direitos não só *trabalhistas*, em sentido estrito, mas *humanos*, em sentido amplo. Um desses direitos pode ser... o de fazer greve.⁵⁴

Mas a greve tem muitos outros significados, para além da etimologia - e alguns deles, talvez, para além de nossa percepção.

É importante notar, por exemplo, como a quantidade muda a natureza das coisas⁵⁵. Como observa Gide, qualquer um de nós pode parar no passeio ou andar em ziguezague, sem causar transtornos ou mesmo sem ser notado; no entanto, se muitas pessoas o fizerem ao mesmo tempo, todos se sentirão atingidos⁵⁶.

51 A propósito, observa com inteligência Maurício Godinho Delgado que a empresa é um ser coletivo na medida em que produz efeitos *macro*, que vão influir sobre multidões (Curso de Direito do Trabalho, LTr, S. Paulo, 2007).

52 Genro, Tarso. Contribuição à crítica do Direito Coletivo do Trabalho, LTr, S Paulo, 1979. Note-se que não há necessidade de que o prejuízo seja desejado de forma direta e consciente.

53 Segundo Murilo Brasil e Vilma Gonçalves (3000 anos de sindicalismo, Edições Trabalhistas S/A, Rio de Janeiro, 1992, p. 75), a greve influenciou até na música. Na década de 40, os discos começaram a substituir as orquestras nas rádios, sem pagar direitos autorais. A American Federation of Musicians decretou então uma greve, que durou quase dois anos. Para sobreviver, a maioria dos músicos começou a tocar em pequenos ambientes, com mais liberdade para criar, e para um público mais interessado em ouvir do que em dançar. Foi assim que nasceu o *bebop*, uma das formas primeiras do *jazz*.

54 Foi o que aconteceu na I Revolução Industrial e também em outras épocas, como, por exemplo, em meados do século passado, quando os controladores de vôo franceses se uniram contra um projeto de lei que lhes retirava aquele direito. (Sinay, H. Op. cit., p. 57).

55 A observação é antiga e não passou despercebida por Marx.

56 Gide, Ch., *et alii*. Le droit de grève, Gide, Ch. et alii. Le Droit de Grève, Félix Alcan, Paris, 1909, p Paris, F Alcan, 1909, p. 7.

Mas a greve é também um meio de conversa e de denúncia. Através dela, os trabalhadores contam à sociedade o que se passa entre as quatro paredes da empresa e revelam ao empregador o grau de sua indignação. Em troca, recebem desses interlocutores - através de suas próprias falas - palavras ou gestos de apoio ou indiferença, revolta ou retaliação.

E a greve conversa também com o próprio trabalhador: ensina-o a lutar pelos direitos que tem e (principalmente) pelos que ainda não tem; a inverter o medo que sente pelo medo que semeia; a ter orgulho, a sentir-se gente. Como disse certa vez um operário, ela às vezes acontece

(...) *mais pela honra do cara do que pelo aumento*⁵⁷.

Nesse sentido, a greve é metáfora⁵⁸; retrata não só a indignação que os trabalhadores sentem diante das suas condições de trabalho, como o desabafo, mesmo inconsciente, pelo fato de se subordinarem a outros homens. É nesse momento que cada trabalhador joga para fora os desaforos, as pressões e as tristezas que teve de engolir.

Uma psicóloga do TRT da 3ª Região⁵⁹ concluiu, observando inúmeras audiências, que os acordos, com frequência, escondem outros dramas. Nas entrelinhas da greve, pode-se perceber que há um conflito visível e agudo, e outro maior e latente, que se oculta atrás dele e explode através dele. Para além das reivindicações do momento, a greve revive momentos anteriores de opressão. Também ela tem silêncios que falam⁶⁰.

Em toda greve, qualquer que seja o seu objeto imediato, cada trabalhador reafirma e realiza - real e simbolicamente - a condição contrária à de sua própria existência: por algum tempo, liberta-se, *in-subordina-se*, à semelhança daqueles ex-escravos que usavam o único pequeno direito que julgavam ter - o de não trabalhar - para se sentirem dignos⁶¹.

E, desse modo, o que ele *não faz* na fábrica, *faz* na greve: canta, conta, xinga, inventa, protesta, pensa, sonha e (paradoxalmente) se move. Ainda assim, porém, algumas coisas que ele *faz* na fábrica também faz na greve: insere-se numa organização, divide o trabalho com os companheiros, segue os ritmos ditados pelos líderes.

57 Trecho de depoimento colhido numa das greves dos anos 1978-80, segundo Frederico, *apud* Abramo, L. W. Greve metalúrgica em S. Bernardo: sobre a dignidade do trabalho, *in* Cardoso, Ruth Correa *et alii*. As lutas sociais e a cidade, Paz e Terra, S Paulo, 1991, p. 214.

58 Garcia, Jesús Ignacio Martinez. Op. cit., p. 13.

59 Judith E. R. de Albuquerque, que tem feito excelente trabalho na Escola Judicial do TRT da 3ª Região.

60 Para lembrar uma observação instigante da colega Aldacy Rachid Coutinho, sobre as palavras do silêncio, num Congresso da LTr, há alguns anos, em São Paulo.

61 Na verdade, mais uma sensação de direito do que um direito real, se considerarmos que a vadiagem tem sido historicamente considerada uma contravenção penal.

Mesmo o operário que treme diante do patrão consegue ousar na greve, pois a multidão o esconde e protege; torna-o quase invisível. Nesse sentido, a força do número não viabiliza apenas o sucesso mas a própria existência da greve. A *greve de um só*, ainda que fosse legítima, seria vencida pelo medo; não poderia se opor à empresa, ser coletivo.

A greve silencia as máquinas e abre o peito dos trabalhadores. Em nível coletivo, eles expressam a sua união, a sua força, a sua coragem. Afirmam-se *enquanto classe*, deixando nítida, assim, a existência de uma *outra classe*, que domina os meios de produção e por isso mesmo os domina.

Embora marcada sobretudo pela inação, a greve é irreverente, escandalosa⁶² e explícita; pode-se vê-la, senti-la, quase tocá-la. Por ser assim tão aparente, é capaz de afetar a imagem da empresa, do sindicato ou dos trabalhadores. Nesse sentido, é um espelho.

No entanto, nem sempre acontece assim. Por exceção - e razões estratégicas - este espelho pode se tornar opaco; e o escândalo, mal percebido. Um bom exemplo foi a última greve dos controladores de voo, que depois de enfrentar uma forte reação das classes alta e média preferiu tomar o caminho das sombras, disfarçando-se por detrás de neblinas e radares.

Em casos como este, a greve passa a ser explícita apenas entre os seus principais atores - o sindicato, de um lado, e o Governo, de outro - pois ambos podem ter interesse em ocultá-la⁶³. Aos olhos da população, nem sempre é percebida como greve. Mistura-se com aqueles outros fenômenos, reais ou falsos, ou meio reais e meio falsos, assumindo a forma de uma espécie de cataclismo - o *apagão*⁶⁴.

De certo modo, toda greve também conta e repete a história do próprio sindicato, pois nasce com um traço revolucionário (ao negar por algum tempo a subordinação) e termina de maneira mais ou menos conformista (ao aceitar tacitamente - ainda que com eventuais mudanças - as mesmas relações de produção).⁶⁵

62 Garcia, Jesús Ignacio Martínez, Prólogo, *in* Martínez, M. Olga Sanchez. La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas, Dykinson, Madrid, 1997, *passim*.

63 O possível interesse do Governo estaria no fato de que, se as coisas ficarem muito claras, terá de tomar uma atitude também precisa. Ora, se atender aos grevistas, pode ferir hierarquias entre os militares, inclusive em termos salariais; e se, ao contrário, reprimi-los, queimará a sua imagem junto aos trabalhadores. Por outro lado, a idéia de um incontável "apagão" acaba servindo, ainda que não propositalmente, para afastar eventuais responsabilidades de controladores a propósito de acidentes aéreos.

64 Como se sabe, este é o termo criado pela mídia para descrever o fenômeno, o que nos remete à crise energética de alguns anos atrás, também sem culpados visíveis.

65 Lembre-se que o sindicalismo, no início, via a própria greve como uma forma de derrubar o sistema, especialmente em suas versões anarquista e marxista; mas pouco a pouco, sobretudo a partir do período taylorista-fordista-keynesiano, foi trocando as utopias do futuro pelas conquistas imediatas do presente, e convertendo-se, assim, numa importante peça do próprio capitalismo.

Por tudo isso, a greve - tal como o sindicato - é ao mesmo tempo indisciplina e disciplina⁶⁶; nega e reafirma a condição operária, agredindo e legitimando o sistema. É revanche, revide, quase vingança; mas é também convite, apelo, insinuação.

Essa dualidade fica muito evidente em alguns tipos de greve, como na de ocupação passiva, ou *lock in*, quando os trabalhadores se afirmam pela sua presença e não pela sua ausência⁶⁷. Nesse caso, os próprios muros da fábrica sinalizam os limites de sua luta. O que eles querem simplesmente é melhorar as condições *para que possam continuar dependentes*.⁶⁸

E, como símbolo que é, a greve tem também o seu ritual, a sua *missa*. Para Domenach, ela conserva “qualquer coisa de trágico e de quase religioso”⁶⁹- do mesmo modo que parece ter traços de loucura. Sua linguagem, como diz Garcia, é “a da parcialidade, do posicionamento, da contradição”⁷⁰. É difícil manter-se neutro.

Se - como cantam os versos *politicamente incorretos* de Grabbe⁷¹ - a mulher é mais sentimento, e o homem, racionalidade, talvez possamos dizer que a greve é mulher enquanto desabafo, alegria, improviso; e homem enquanto estratégia, cálculo, organização. Talvez mais mulher do que homem, como sugere a língua francesa.

E se pensarmos nos elementos da Natureza, a greve é *terra* enquanto aceita o sistema em sua essência, roubando-lhe a lógica para extrair-lhe o sangue; é *água* enquanto tempera e acalma as relações em conflito; e é *ar* - ou *vento* - enquanto experiência fugaz de liberdade, que pode trazer escondida a esperança de um novo mundo.

No caso da greve geral⁷² - que já teve traços realmente anti-capitalistas - esta esperança foi muitas vezes cantada em prosa e verso.

66 Nesse sentido, anota Sinay que foram os próprios sindicatos, na França, que pediram ao legislador a instituição de uma arbitragem obrigatória, para ajudá-los a controlar as greves de ocupação. Do mesmo modo, um dos papéis do sindicato, na greve, é canalizar e “moderar o ardor dos grevistas” (op. cit., p. 24 e 33).

67 Sinay, H. Op. cit., *passim*.

68 Ao narrar a sua própria experiência, Simone Weil nos dá outros detalhes dessa dualidade, ao descrever a alegria de encontrar, na fábrica ocupada, não mais os rostos severos dos contramestres ou o apelo incessante para o trabalho, mas os sorrisos dos companheiros e o silêncio das máquinas (A Condição Operária, xx).

69 *Apud* Bouère, Jean-Pierre. Le Droit de grève, Sirey, Paris, 1958, p. 15.

70 Garcia, Jesús Ignacio Martinez, Prólogo, *in* Martinez, M. Olga Sanchez. La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas, Dykinson, Madrid, 1997, p. 17.

71 “O homem pensa com largueza/ A mulher sente com profundidade/ O coração dela é o mundo/ O mundo dele é o coração”.

72 Mesmo sem contestar o sistema, a greve geral tem servido para outros propósitos para além de direitos trabalhistas - como, por exemplo, para derrubar ditadores (como Ibañez, no Chile) e libertar cidades (como a Paris de 1944). No Brasil, entre vários outros episódios, esteve presente na defesa do monopólio do petróleo.

Alguns, como Sorel, viam-na como a grande arma para a transformação do mundo. Também para Pataud-Pouget, não poderia haver estratégia mais eficaz:

Para vencer não se trata mais de fazer fuzilar (...) Basta cruzar pacificamente os braços. Só por este fato a vida civilizada fica suspensa: os padeiros não cozinharão o pão; os cozinheiros ficarão sentados diante dos fornos apagados; as imundícies entupirão as cidades; os cadáveres empestarão a atmosfera. A burguesia será obrigada a entregar-se.⁷³

Para os sindicatos marxistas e anarquistas, a revolução aconteceria assim, talvez num único dia, ou numa “grande noite”, quando os trabalhadores de todo o mundo se uniriam na inação. Por isso, Mirabeau advertia:

Cuidado! Não irrite o povo, que produz tudo e que, por ser formidável, pode ficar imóvel!⁷⁴

Mesmo a greve apenas reivindicativa guarda um resíduo de sonho. E, como dizíamos, este sonho se realiza - ainda que homeopaticamente - se não *depois*, pelo menos *durante* o seu curso. Até certo ponto, a greve antecipa aquele futuro cheio de liberdades, em que o trabalhador se reapropria de seus tempos e movimentos⁷⁵.

E quando a greve é de ocupação ativa⁷⁶, esse futuro se faz ainda mais claro e presente: os trabalhadores retomam os próprios meios de produção, ainda que de forma passageira e sem a pretensão de subtrai-los ao empregador. Por alguns dias ou semanas, muda pelo menos a posse, embora a propriedade se conserve.

Cada greve envolve nova distribuição de poderes, o que pode significar mudanças nas coragens e nos medos, nas inquietações e nos sonhos, nos modos de opressão e nas futuras formas de resistência.

Mesmo quando vencida, a greve fortalece as solidariedades e o sentimento de classe. Os trabalhadores correm os mesmos riscos e se

73 *Apud* Bouère, Jean-Pierre. Le Droit de grève, Sirey, Paris, 1958, p. 15.

74 *Apud* Gide, Charles. Le Droit de Greve, *in* Gide, Ch. et alii. Le Droit de Grève, Félix Alcan, Paris, 1909, p. 13.

75 Volta e meia, surgem pretensões (em geral não atendidas) que espelham um pouco disso, como na greve da Volks de 1978, quando os trabalhadores exigiam o direito de suspender os próprios chefes, caso praticassem injustiças...

76 As greves de ocupação, ativas ou passivas, foram usadas pelos revolucionários russos e depois, em menor escala, por metalúrgicos italianos e espanhóis; por volta da década de 30, propagou-se entre os trabalhadores franceses e norteamericanos. O fenômeno voltou a acontecer em outras épocas e lugares, como em Portugal, no fim do governo de Salazar, nos anos 68 na Europa e dez anos depois no Brasil.

identificam na mesma esperança. Ao mesmo tempo, fora dos muros da fábrica, (re)encontram-se numa outra dimensão e se (re)conhecem de outras maneiras.

Mas se a derrota é visível, completa, humilhante, a greve pode voltar contra si mesma, minando a força do sindicato e reproduzindo ainda uma vez o medo. Por isso, a greve é também um risco; não só para cada trabalhador, mas para o sindicato e para a próxima greve.

De um modo geral, porém, a greve é fator de desordem, mas também princípio de organização⁷⁷. Por isso, qualquer que seja o seu resultado em termos de conquista de direitos, quase sempre ajuda a preparar a greve seguinte. Ao mesmo tempo, ajuda a manter, desequilibrar e recompor o próprio sistema, exibindo, cicatrizando e em seguida reabrindo as suas feridas.

Como já notamos, capital e trabalho se valem um do outro em seus movimentos de opressão e resistência. Assim, a greve usa a própria racionalidade do modo de produzir. A empresa não pode parar, pois a concorrência é feroz. Por isso mesmo, a lógica da greve é o prejuízo - causado não só pelo corte das atividades, mas pela irracionalidade que semeia.⁷⁸

Esse fenômeno é ainda mais perceptível em certas greves atípicas, como na “greve trombose”, em que os trabalhadores param o setor-chave da linha de produção, inviabilizando *por tabela* o trabalho de seus companheiros - que podem se dizer disponíveis, receber os seus salários e ajudar o “fundo de greve”.

É o que também acontece na “greve rotativa”, em que os trabalhadores de uma mesma fábrica ou categoria se alternam na ausência de trabalho e (com isso) no recebimento dos salários. Há uma “economia de sacrifício para cada grevista”⁷⁹, o que garante maior sobrevida ao movimento.

Por outro lado, a greve atípica fere mais do que a típica a racionalidade da empresa. O exemplo mais nítido é o da greve intermitente, em que os trabalhadores *replicam* o trabalho em série, parcelado. Ao mesmo tempo, usam de um nível de organização igual ou maior que o da fábrica⁸⁰. O

77 Garcia, Jésus Ignacio Martinez. Op. cit., p. 15.

78 Note-se que esse prejuízo pode ser mínimo, em termos econômicos, como quando, por exemplo, se trata de simples greve de advertência - que teoricamente pode durar alguns minutos, apenas.

79 Idem.

80 Assim, como anota Hélène Sinay (La Grève, in Camerlynck, G.H. (org.). Traité de Droit du Travail, tomo VI, Paris, Dalloz, 1966, *passim*), ensaiam palavras de ordem e algumas vezes regulam os minutos de parada com precisão absoluta. Um nível de organização ainda maior se vê nas greves de ocupação, quando o sindicato tem de se preparar para manter a ordem e até organizar jogos e outros divertimentos para preservar “o moral das tropas”.

sindicato prevê, com precisão, cada pequena parada, exatamente para que ela se torne imprevisível para o empregador⁸¹.

Às vezes, a greve atípica não *replica*, propriamente, mas *faz uso* dos exageros da racionalidade. É o que acontece na “greve de zelo”, comum no setor público, em que se trata simplesmente de seguir à risca os regulamentos do empregador - eliminando os “jeitinhos” criados pelos próprios trabalhadores, para fazer o sistema funcionar melhor⁸². O que nos mostra que - apesar de Taylor - o sistema nunca pôde (ou quis) eliminar por completo o saber operário, pelo menos no que lhe convinha...

Pode acontecer, também, que a greve atípica ajude a viabilizar a típica. É o caso do *lock-in*, quando grevistas e não grevistas se encontram face a face, invertendo, de certo modo, as suas posições: os primeiros se apresentando no local de trabalho e os outros se vendo constrangidos a não trabalhar. Outras vezes, por fim, há uma espécie de coquetel de greves⁸³, misturando táticas e estilos.

Mais uma vez repetindo a fábrica, a greve faz os trabalhadores se sentirem ainda mais iguais. Ela é substancialmente horizontal. Mesmo os líderes podem pouco diante da assembléia. E o mesmo se pode dizer das conquistas da greve. Tal como acontece (ou acontecia) com o trabalho, especialmente na produção em massa e em série, a greve ajuda a igualar os contratos, reforçando *para o futuro* a identidade coletiva.

2.1. Breves notas sobre o lock-out

Se a greve - tal como o sindicato - tem imitado os movimentos da fábrica, o *lock out*, por sua vez, a mimetiza.

Já agora, quem toma a iniciativa são os empregadores, coligados ou não. Também eles usam a tática do prejuízo. Também eles atacam *passivamente*, negando-se a cumprir o que ajustaram - no caso, dar trabalho.

É verdade que, em geral,⁸⁴ a lei não os obriga a isso - basta que paguem. Mas um dos elementos usuais do *lock-out* é exatamente o não

81 Na “greve de rendimento”, ambos os lados às vezes são tocados pela racionalidade, que os leva a ajustar o grau de lentidão que o trabalho será executado enquanto durar o movimento. (Idem, p. 38-39).

82 É o que acontece, por exemplo, na “operação tartaruga” ou “linguição”, freqüente nos transportes públicos; ou na “operação padrão” dos fiscais da alfândega ou dos controladores de voo. O resultado é mais ou menos o mesmo que na “greve de rendimento”: lentidão e queda da produtividade.

83 A expressão é de Sinay, H. Op. cit., *passim*.

84 Como se sabe, há exceções a essa regra, como nos casos do contrato de experiência (que supõe a possibilidade efetiva de experimentar) ou da aprendizagem. Além disso, se o empregado pode ficar sem trabalho, simplesmente à disposição do empregador (art. 4º da CLT), o empregador não pode utilizar essa prerrogativa com fins contrários ao da norma, como, por exemplo, para humilhá-lo.

pagamento. Na verdade, nega-se o trabalho como tática para suprimir-se o salário.

A História mostra práticas de *lock-out* em que a empresa começa também a despedir empregados, às vezes a esmo, outras vezes recorrendo a critérios aleatórios - como, por exemplo, a tática do *ABC*, penalizando os trabalhadores que têm essas iniciais no nome. É uma forma - também usada nas guerras - de semear discórdias no campo inimigo.⁸⁵

Há *lock-outs* simplesmente defensivos, ou preventivos, destinados a evitar ou enfraquecer seja a greve como formas diferentes de violência, como depredações, saques e incêndios. No primeiro caso, são ilícitos. No segundo, alguns autores os consideram lícitos - como espécie de legítima defesa⁸⁶.

3. Os olhares sobre a greve

Ao longo dos tempos, a greve tem sido vista com bons e maus olhos. Os juristas mais antigos tinham mais dificuldade em aceitá-la. Mas a maioria parece ter simpatia por ela⁸⁷.

Para Carnelutti,

(...) o direito de guerra é a negação do direito e, tanto quanto o direito de greve, contém uma contradictio in adjecto.

Para Cesarino,

(...) trata-se consagração do direito de fazer justiça pelas próprias mãos.

E Durand observa que

(...) o vencedor não é o que tem razão, mas o que pode agir ou resistir mais tempo.

Para Jaurès, vivemos numa sociedade do trabalho, em que todos somos devedores de todos; em conseqüência, a greve

(...) é também uma pena contra o consumidor.

85 Sayous, A. E. *Le Patronat et la Grève*, in Gide, Ch. et alii. *Le Droit de Grève*, Félix Alcan, Paris, 1909, p. 144.

86 Escrevendo há cerca de 40 anos, Sinay dava notícia de forte resistência doutrinária em relação ao *lock-out*, porque (entre outros motivos, e ao contrário da greve) ele não visa melhorar a situação dos mais frágeis (Op. cit., p. 340 e segs.).

87 Infelizmente, não nos lembramos das obras onde se encontram boa parte das citações subseqüentes. Algumas delas foram extraídas de Gide, Ch. et alii. *Le Droit de Grève*, Félix Alcan, Paris, 1909, *passim*.

Por sua vez, Gide responde a todos eles que

(...) o regime de concorrência é uma guerra perpétua; a greve, apenas um episódio dessa luta.

Para Hauriou, a greve é

um ato de violação que se compara à legítima defesa, figura que só se admite pela impossibilidade de ser o Estado onipresente.

Na lição de Trindade,

(...) identifica-se o direito de greve a um direito natural do homem, no campo do Direito do Trabalho, como é o da resistência à opressão no terreno político.

A propósito dessa última afirmação, é importante notar que há duas formas de resistência - pelo direito já posto e para se pôr o direito. A primeira pode ser exercida pelo indivíduo ou pelo grupo. Já a outra, no campo trabalhista, só pelo grupo.

É aí que entra a greve. Embora também sirva de arma contra violações da lei, ela se presta especialmente para fabricar a lei, num contexto em que a lei não se ajusta ao direito ou à justiça. Sinay observa que a conquista da liberdade é um processo que não dispensa a força⁸⁸.

Dizíamos que, na greve, o trabalhador se coloca fora do contrato. Pois também o legislador o vê assim. A não ser em casos de graves abusos, ele não analisa o comportamento de cada grevista, julgando-o a partir do contrato, mas o movimento, em si.

Nesse sentido, completa o mesmo Trindade que se trata de um

(...) sistema para denunciar uma dose de injustiça na lei; dose insuportável, apelando à lei fundamental.⁸⁹

No início do século XX, uma revista alemã abriu um concurso para premiar com 200 marcos a melhor resposta a esta pergunta: "porque você se declara em greve?". A resposta vencedora dizia:

Como operário, só possuo uma mercadoria para vender: minha força de trabalho. Quero ter o direito de vendê-la a um preço decoroso, isto é, ao preço mais elevado possível, tal como faz o patrão, que me dá trabalho, com as suas mercadorias.

88 Sinay, H. Op. cit., p.1.

89 Trindade, Washigton Luiz da. O superdireito nas relações de trabalho, Distribuidora de Livros Salvador Ltda., Salvador, 1982.

Além disso, e sempre de acordo ou em conformidade com os métodos seguidos pelo meu patrão, faço parte de uma associação que estabelece o preço a que devo vender a minha força de trabalho. Membro dessa associação, por esse fato me obrigo a não vender a minha única mercadoria a preço mais baixo ao que o preço estabelecido.

Se eu não quero pagar ao capitalista a sua mercadoria pelo preço por ele fixado, ele não m'a dá; se ele não quer pagar pela minha mercadoria o preço que fixamos, eu não lh'a dou. Eis aqui a greve.

No mesmo sentido, observa Roberto Santos⁹⁰ que o empresário dispõe, como lhe apraz, da matéria-prima, das máquinas e dos produtos. Pode utilizá-los, vendê-los ou estocá-los estrategicamente, seguindo as leis da oferta e da procura.

Já o trabalhador tem apenas uma mercadoria - a força de trabalho - e não pode deixar para usá-la mais tarde. O máximo que pode fazer é adiar o seu uso por um breve tempo, mas essa estratégia só dá resultado se todos a adotarem de uma só vez.

Naverdade, ocupam as greves um lugar tão importante, tão *estratégico*, que sem elas “não é possível entender a História contemporânea”.⁹¹

4. A greve e o Direito

A greve é um potro bravo. Quando entra na órbita do direito, um novo personagem - o Estado - entra em cena para domá-la. Mas será isso realmente possível?

Sinay observa que a greve nasce antes do direito, e se impõe a ele; por isso, a arquitetura jurídica que tenta aprisioná-la é sempre pragmática e mutante. O direito apenas reage ao fenômeno; não o domina.⁹²

No mesmo sentido, escreve Garcia que

(...) o Direito não pode entender nem desejar a greve. Sempre a teme, e sua consagração é um pretexto para conjurá-la, para atrai-la e enganá-la, para apoderar-se dela e desativá-la. Foi por isso, para torná-la sua e poder comprá-la, que fez a greve entrar no reino dos direitos. Sua consagração, cheia de ardis, a realizou seu pior inimigo. Como tantas outras consagrações...”⁹³

90 Santos, Roberto A. O. Uma contribuição sociológica à renovação da teoria jurídica da greve, *in* Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano 1, n. 1, LTr, S Paulo, 1993, pp. 123-124.

91 Martinez, M. Olga. Op. cit., p. 14. Alguns autores reduzem as suas críticas à greve no serviço público. Um deles, Berthélemy (op. cit., p. 4) argumenta que “usar violência para intimidar o legislador é exercer um ato revolucionário, não um direito”.

92 Op.cit., p. 2.

93 Martinez Garcia, J. Ignácio. Prefácio *in* “La Huelga ante el derecho - conflictos, valores y normas,” M. Olga Martínez, Dykinson, Madri, 1997.

Desse modo, essa greve atraída, possuída e devolvida pelo Direito pode acabar se tornando uma alternativa para a *outra* greve: aquela que desafia, surpreende, desarticula e ameaça, “provocando um curto-circuito nos relatos do jurista”.⁹⁴ É como se tivesse havido uma troca.

De fato, com o passar do tempo, a greve foi perdendo para o Direito boa parte de sua face utópica, guerreira e louca. Como uma espécie de compensação, o Direito lhe concedeu regalias, começando por excluir a falta contratual do grevista - tal como faz nos casos de legítima defesa e figuras afins⁹⁵.

Mais do que isso, a greve - tal como o sindicato - torna-se uma peça importante do sistema. Ela ajuda a pressionar o legislador e justifica, aos olhos da sociedade, a criação de novos direitos trabalhistas.⁹⁶ Serve ao modelo do Estado do Bem Estar Social e - por extensão - ao próprio capitalismo.

A greve é ao mesmo tempo *pressão* para construir a norma e *sanção* para que ela se cumpra. Por isso, serve ao Direito de três modos sucessivos: primeiro, como fonte material; em seguida, se transformada em convenção, como fonte formal; por fim, como modo adicional de garantir que as normas efetivamente se cumpram⁹⁷.

Em todos esses sentidos, a greve tem traços revolucionários também em termos jurídicos, pois - ao contrário do que normalmente faz - o Estado deixa explodir o conflito e permite que as próprias partes produzam, a partir dele, o seu próprio direito.

Ao mesmo tempo, ou por isso mesmo, a lei quase que despreza o comportamento individual das partes, para se fixar no significado coletivo do movimento.⁹⁸

Para Lobo Xavier, a greve

*(...) é ação sem jurisdição.*⁹⁹

Tentando domar o potro, a nossa Constituição dispõe:

94 Martinez García, J. Ignacio. Op. cit., pág. 15.

95 A propósito, cf. Del Castillo, Santiago Perez. (Direito de Greve, LTr, S. Paulo, 1999, *passim*).

96 Nesse sentido, cf. Revelli, Marco. La Sinistra Sociale: oltre la civiltà del lavoro, Bollati Boringhieri, Torino, 1997, p. 25.

97 Mesmo as normas não conquistadas pela mesma greve, como também a própria lei.

98 Sinay, Hélène. Op. cit., p. 3.

99 *Apud* Lobo, Dias. Responsabilidade objectiva do empregador por inactividade temporária devida a perigo de lesão à vida e saúde do trabalhador, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade

§2º. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.¹⁰⁰

4.1. A natureza jurídica da greve

Não nos parece que a greve seja, como se costuma dizer, o exercício coletivo do direito individual de não trabalhar. Em princípio, esse direito nem existe fora da greve, pois o empregado tem um contrato a cumprir. Além disso, como vimos, a quantidade muda a qualidade: o fato de se tratar de um fenômeno coletivo lhe dá outra natureza. Na verdade, esse modo de pensar legitima o *fura-greve*, que estaria exercendo o sacro-direito de cavar o seu pão.

Ora, ao exercer o seu suposto direito, o *fura-greve* dificulta ou inviabiliza o direito real da maioria. O que faz não é apenas trabalhar, mas - com perdão do trocadilho infame - atrapalhar o movimento. Ele realmente *fura* a greve, como se abrisse um buraco num cano de água. E o seu gesto também tem algo de simbólico: mostra que a identidade operária não é coesa, que há resistências internas.

Tal como o grevista, o *fura-greve* fala: põe em cheque o movimento, denuncia a própria greve. Mas ao resistir à resistência revela dupla submissão. Ele *luta contra os que lutam* por um novo e maior direito; esvazia o sindicato, dificulta a convenção coletiva e fere o ideal de pluralismo jurídico e político¹⁰¹. Apesar disso, infelizmente, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT reconhece o princípio da liberdade de trabalho dos não-grevistas.¹⁰²

Por essas e por outras, preferimos inverter os termos da frase. A greve nos parece um direito coletivo, que cada indivíduo pode e *deve* exercer, integrando-se ao grupo.

É que nesse caso, como vimos, a quantidade altera a qualidade; o fato de só poder ser exercido em grupo, e especialmente o fato de *servir para o grupo*, fazem com que a greve não afete apenas o indivíduo isolado.

É nesse sentido que se deve entender a lição de Trindade:

100 **Constituição da República.** In: CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal, São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 16.

101 No mesmo sentido, Coelho, Rogério. A greve, os revistas e os não grevistas, Revista LTr 53-11/1341.

102 Gernigon, B.; Otero, A.; e Guido, H. Princípios da OIT sobre o Direito de Greve, *in* Direito Sindical da OIT: normas e procedimentos, OIT, Genebra, 1998, pág. 40.

*Não é (a greve) direito dos interessados, mas processo de conquista de direitos.*¹⁰³

4.2. O conceito jurídico de greve

Em sentido amplo, há greves de operários, estudantes e prostitutas¹⁰⁴; de trabalho, de comida (ou de fome) e de palavras (ou de silêncio); de ocupação ativa ou passiva; greve geral ou parcial; greve intermitente, trombose, de zelo, de amabilidade (ou de falta de), tartaruga ou soluço - e ainda muitas outras mais.¹⁰⁵

Na verdade, todas essas práticas têm um traço em comum: o protesto, a denúncia e a pressão exercidos coletivamente, por um certo tempo e através de uma ruptura com a rotina. Em todos esses casos, deixa-se de fazer (ou altera-se) algo que usualmente se faz.

Já em termos jurídicos, a greve tem significado mais específico. A Constituição não a define, mas a lei ordinária se apressa a fazê-lo, conceituando-a como “a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, da prestação de serviços a empregador”.

Ocorre, porém - como ensina Pinho Pedreira - que o conceito legal está em crise.¹⁰⁶ Já não corresponde à realidade. Além disso, acaba restringindo a norma constitucional. De resto, numa economia de poucos empregos, a greve típica se torna mais arriscada.

Por isso, na doutrina comparada, autores como Javillier e Palomeque López tentam aproximá-lo do seu sentido comum, identificando a greve com toda e qualquer *ruptura com o cotidiano*. Para nós, essa é a lição mais correta, desde que se acrescente que aquele *cotidiano rompido* é o da *prestação de serviços*.¹⁰⁷

Na verdade, é juridicamente possível adotar esta tese, mesmo em face da lei brasileira. Basta: a) ou considerá-la inconstitucional, na medida em que parece reduzir o campo do art. 9º da CF; b) ou interpretar com mais largueza a expressão “suspensão (...) *parcial* da prestação de serviços”, de forma a incluir nela aquelas hipóteses atípicas.¹⁰⁸

103 Op. cit., p. 17.

104 Um exemplo foi a “greve do balaio fechado”, relatada por alguns autores, em Estados do nordeste.

105 Até meados do século passado, as greves atípicas eram vistas como formas menos importantes de greve. Sobre o tema, cf. também o nosso artigo “Conflitos coletivos de trabalho” e o livro “Direito de resistência”, já citados.

106 Pedreira, Luiz de P. “A greve com ocupação de locais de trabalho”, S. Paulo, 1993, p. 98.

107 Viana, Márcio T. “Direito de Resistência”, cit., p. 285.

108 A mesma interpretação dá Sinay, ao comentar a lei francesa (Op. cit., p. 133).

Note-se que o Comitê de Liberdade Sindical da OIT admite algumas modalidades de greves atípicas - como o *lock-in*¹⁰⁹, a greve de zelo e a greve de rendimento - desde que pacíficas¹¹⁰; e já concluiu que os interesses que os trabalhadores “englobam também a busca de soluções para as questões de política econômica e social”¹¹¹. Em consequência,

*(...) a declaração de ilegalidade de uma greve nacional de protesto contra as consequências sociais e trabalhistas da política econômica do governo e sua proibição constituem grave violação da liberdade sindical*¹¹²

Pela mesma razão, ainda de acordo com a OIT, pode haver greve mesmo quando o conflito não é suscetível de desembocar numa convenção coletiva.¹¹³

Por outro lado, seria interessante retirar da lei a exigência da prévia tentativa de acordo¹¹⁴. Como já notavam os autores antigos¹¹⁵ e continuam a notar alguns dos novos¹¹⁶, a greve é um instrumento de pressão para que o acordo se faça; logo, não faz sentido exigir que ela aconteça *depois* que ele se frustrou. De resto, como vimos, a Constituição permite que os trabalhadores escolham a oportunidade de entrar em greve. Assim, ainda que a lei não mude, é possível ignorar aquela exigência.

5. O sindicato e a greve em tempos pós-modernos

Mais do que um subproduto do sistema, o sindicato é resultado de um seu *modo de ser*, representado pela fábrica concentrada¹¹⁷. Foi ela que reuniu os trabalhadores entre quatro paredes, para melhor controlá-los e racionalizar a produção. Mas foi também ela que os ensinou a lutar.

109 Ou greve de ocupação.

110 Gernigon, B.; Otero, A.; e Guido, H. Op. cit., pág. 21.

111 Gernigon, B.; Otero, A.; e Guido, H. Op. cit., pág. 23.

112 Idem, ibidem.

113 Idem, ibidem.

114 Diz o art. 3º da Lei n.7783/89: “Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recurso via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho”.

115 Como Sellier.

116 Como os colegas gaúchos Fraga, Ledur e Vargas.

117 Com essa expressão queremos designar não necessariamente a fábrica fordista, mas toda e qualquer fábrica, exceto a disseminada (que no período anterior à I Revolução Industrial, e por algum tempo depois dela, era representada pelo trabalho a domicílio).

Essa contradição - que fez nascer o sindicato e com ele o próprio Direito¹¹⁸ - vem sendo pouco a pouco superada. Graças às novas tecnologias, que permitem *produzir sem reunir*, a fábrica se fragmenta, dividindo a classe operária.

Ao mesmo tempo, vivemos uma época em que se busca mais do que nunca a autonomia e a afirmação da individualidade - o que por si só já produz uma crise em todas as instituições, enfraquecendo ainda mais o sindicato.

Ora, a norma trabalhista - mais do que as outras normas do Direito - não depende das fontes materiais (como o sindicato) apenas para nascer. Precisa delas, também, para garantir a sua efetividade. Elas funcionam como uma espécie de sanção extra-estatal, fortalecendo a do Estado.

O que vemos hoje, portanto, não é só a desintegração do coletivo operário - mas, em certa medida, um corte na própria norma jurídica, separando preceito e sanção. E assim, livre de riscos, o capital pode flexibilizar a norma diretamente, seja recompondo, negociando, destorcendo ou simplesmente ignorando os seus comandos.

A crise do sindicato, naturalmente, é também a crise da greve - ou vice e versa. Cada vez mais ela se restringe às categorias fortes e sobretudo às que têm segurança no emprego. Daí porque as greves típicas vão cedendo lugar às atípicas, que oferecem menos risco ao trabalhador.

Não que as greves típicas sejam hoje menos eficazes do que antes. Ao contrário. Na fábrica pós-fordista, o empregador trabalha sem estoques, ao sabor de um mercado instável e exigente, às voltas com uma concorrência cada vez mais feroz e exposto a riscos muito maiores. Como disse alguém, o *just in time* é vulnerável - e uma greve lhe causaria enormes danos. Mas esses danos são neutralizados (ou evitados) pelos riscos que a mesma greve traria aos trabalhadores. Assim, a empresa joga estrategicamente com a instabilidade. A qualquer ameaça de greve, basta que ameace fechar as portas, deslocar-se da região ou despedir em massa - numa espécie de *lock out* disfarçado.

Para atenuar um pouco esses problemas, pode-se pensar, no campo jurídico, em algumas soluções - como, por exemplo, a re-ratificação da Convenção no. 158 da OIT¹¹⁹, o combate às terceirizações¹²⁰ e a releitura

118 Naturalmente, houve outras fontes importantes, como a difusão das doutrinas socialistas do século XIX, que serviu de elemento catalisador para a luta operária e inspirou o sindicalismo revolucionário entre os anos 1890 e 1919, aproximadamente (Sinay, H. Op. cit., p. 19).

119 Que trata da proteção ao emprego, foi ratificada e depois denunciada (a nosso ver, ilegalmente) pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso e se encontra há anos em análise no STF.

120 Restringindo mais o seu campo e/ou tornando-as tão onerosas como a contratação direta.

doutrinária e jurisprudencial da lei de greve¹²¹, como ensaiamos no item precedente.

Já no campo para-jurídico, uma saída interessante, como veremos, é a prática do boicote - especialmente quando estiver em jogo o “trabalho decente”.¹²²

É verdade que nem todos os ricos significados da greve são encontrados no boicote. Além do mais, sua prática generalizada supõe uma transformação cultural. Por isso, não se trata de uma alternativa única, mas de apenas *uma* entre outras ações que devem ser (re)inventadas. Talvez só mesmo um *conjunto* de novas práticas se mostre bastante fértil para compensar o declínio da greve.

6. O boicote, ontem e hoje

Dizem que em fins do século XIX havia um certo irlandês, chamado James Boycott, que gerenciava com mão de ferro uma vasta propriedade rural. Seus métodos de trabalho eram tão cruéis que a comunidade vizinha deixou de comprar os produtos da fazenda.

A palavra *boicotagem* vem daí. Ao longo dos tempos, e sem perder o significado original, ela foi se enriquecendo com as práticas, e adicionando novos sentidos.

Os exemplos se multiplicam.

Ora é a própria empresa que boicota, através de listas negras. Ora são os sindicatos que criam *selos* para identificar as empresas “limpas”. Entre nós, o MTE denuncia os que exploram o trabalho escravo, virtualmente impedindo que consigam financiamentos.

Assim, como se vê, James Boycott perdeu o emprego, mas ganhou um lugar na História... E hoje, mais do que nunca, a lição que a comunidade lhe deu pode se tornar especialmente útil, dando novo alento às lutas sindicais.¹²³

Mas para compreender isso melhor, o Leitor terá de nos permitir umas poucas divagações.

Para começar - e como já o fizemos em outro artigo¹²⁴ - é importante perceber como a evolução da ciência e da técnica permitiu um certo nivelamento entre os produtos, muitos dos quais já alcançaram - ou estão perto de alcançar - um nível de perfeição quase absoluta.

121 Tese nesse sentido foi aprovada no último Congresso da Anamatra.

122 A expressão tem sido utilizada pela OIT, para designar o trabalho em condições pouco (ou não) humanas, como a escravidão e o trabalho infantil.

123 Quem primeiro nos chamou a atenção para essa possibilidade foi o Professor Giancarlo Perone, da Università di Roma II Tor Vergata.

124 Trabalho escravo e lista suja: um modo original de se remover uma mancha, *in* www.oitbrasil.org.br

Assim é, por exemplo, que os relógios não mais se atrasam, os novos CDs nunca *chiam*, os automóveis já não freqüentam as *retíficas* e até os pneus raramente furam. Na verdade, a vida curta desses e de outros produtos têm muito menos a ver com a sua durabilidade material do que com as pequenas novidades que a fábrica vai introduzindo, a todo instante, em cada novo modelo, envelhecendo assim o seu antecessor. E também se relacionam com a obsessão pelo presente, pela última novidade, pelo que está na moda, em detrimento do que já passou - obsessão esta alimentada pelo *marketing* e sintonizada com a própria compressão do tempo.

Desse modo, tanto um *selo verde* apostado sobre uma mobília de madeira¹²⁵ como a notícia de que a marcenaria do vizinho usou mãos infantis podem se tornar um traço importante de distinção entre produtos que - sem isso - se mostrariam igualmente perfeitos; atendem de forma melhor a busca constante de pequenas diferenças e desse modo passam a compor as estratégias de concorrência¹²⁶.

O fenômeno da chamada *responsabilidade social da empresa* se insere nesse contexto. Apesar de seus reconhecidos paradoxos e limitações¹²⁷, o que lhe garante uma eficácia crescente é sobretudo o valor que a imagem da marca e do produto vai adquirindo para o consumidor.

É que também ele, consumidor, está cada vez mais preocupado com a sua própria imagem - não só física quanto imaterial. Além de freqüentar academias, quer parecer *politicamente correto*, não só aos outros como a si mesmo; e, num mundo cada vez mais desigual, compensa talvez, dessa forma, o sentimento de culpa que o invade.¹²⁸

Mas os tempos *pós-modernos* são também tempos de perda de identidade e de rompimento de laços sociais. E até mesmo essas carências podem ser supridas - magicamente - pelo produto que compramos, cuja marca também nos marca e nos (re)une a pessoas iguais a nós¹²⁹.

E é por tudo isso que vão se disseminando novas estratégias entre os consumidores. Cada vez mais, especialmente nos países europeus, surgem grupos formais e informais que se comprometem a comprar ou a vender produtos fabricados em países mais pobres e com respeito aos direitos humanos.

125 A propósito, cf. Viana, Virgílio M. *As florestas e o desenvolvimento sustentável na Amazônia*, Valer, Manaus, 2006, *passim*.

126 Cova, Veronique; Cova, Bernard. *Alternatives Marketing*, Dunod, Paris, 2003, *passim*.

127 O Observatório Nacional da CUT tem observado, por exemplo, uma defasagem não só entre o discurso e as práticas das empresas multinacionais, como entre as próprias práticas desenvolvidas nos países centrais e as realizadas nos países periféricos.

128 Torres i Prat, Joan, Op. cit., *passim*.

129 Cova, Veronique; Cova, Bernard. Op. cit., *passim*.

É claro que não são apenas aquelas as causas que nos levam ao consumo consciente e ao boicote - direto ou indireto - que o acompanha. As razões psicológicas podem estar, e geralmente estão, conectadas com as nossas histórias de vida e com as nossas utopias.

De igual modo, a prática da responsabilidade social não se reduz, necessariamente, a meras jogadas de *marketing*. Tal como aconteceu há duzentos anos com Owen e tantos outros, é possível, e até provável, que haja empresários realmente sensíveis às novas *questões sociais*.

Seja como for, o importante é que os impulsos se casam, as práticas se aproximam, e - embora isso nem sempre aconteça - o interesse pessoal e as carências psicológicas de uns podem interagir positivamente com as crenças, os sonhos e os projetos políticos de outros.

Assim, o mesmo modelo que induz o trabalho escravo, infantil ou simplesmente precarizado acaba fornecendo instrumentos para o seu combate. A imagem da empresa, boa ou má, contamina o produto que ela fabrica e - por extensão - o próprio cidadão que o consome.

Essa realidade é tão mais intensa quando mais ágeis, penetrantes e ávidos vão se tornando os meios de comunicação de massa. Se os satélites já são capazes de identificar até o capacete de um soldado, e se na tribo dos pataxós, em plena Amazônia, os índios assistem novelas na TV, é porque quase não há limites para o que a mídia pode saber e a quem pode atingir.

Ainda que boa parte do mundo permaneça excluído das necessidades mais básicas, a Internet permite a um universo crescente de pessoas trocar saberes e vivências, ver e ouvir grandes mestres e visitar as maiores bibliotecas. Não foi por acaso que em 2006, em Belo Horizonte, a Prefeitura disponibilizou computadores para que o povo fizesse propostas ao *orçamento participativo*.

Nesse ponto, é curioso notar, mais uma vez, como o sistema parece andar como caranguejo, cada pata arrastando a outra, ou mais propriamente *o seu contrário*. Assim, enquanto a nova empresa - graças à tecnologia que ela própria fomenta - se fortalece criando redes, também os consumidores se aproveitam disso, unindo-se telematicamente.

Mas o nosso tempo, também, é um tempo em que os direitos humanos - não só pela evolução das idéias, mas até pela involução das práticas - alcançam os seus patamares mais altos, em termos de importância¹³⁰. Hegemônicos e ao mesmo tempo heterogêneos, não há quem negue - pelo menos no discurso - que eles devem se estender por todos os lugares e sobre todas as relações.

130 A propósito, cf. o excelente livro *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, de Delgado, Gabriela Neves. LTr, S. Paulo, 2006. Para uma abordagem também inovadora, cf. a já clássica obra de Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito do Trabalho como Instrumento de Transformação Social*, da mesma Editora.

A própria globalização nos mostra que os direitos do trabalho, a proteção da atmosfera e a defesa dos nossos rios e matas já não dizem respeito apenas às políticas internas de um ou de outro país. O que acontece aqui, repercute ali, e - do mesmo modo que os direitos individuais interagem com os sociais e os políticos - uma cidadania negada ou uma árvore cortada pode vir a interessar a todas as pessoas do mundo.

Nesse sentido, observa Flávia Piovesan que a globalização “propicia e estimula” a abertura da Constituição para a normatização externa¹³¹. Os indivíduos deixam de ser considerados apenas cidadãos em seus próprios Estados, para se tornarem “sujeitos de Direito Internacional”¹³², passíveis de serem protegidos através de denúncias formuladas por entidades ou grupos diversos, de quaisquer outros países.

Por fim, vivemos um tempo em que os vazios deixados pelo Estado-nação - cada vez mais fragilizado - são reocupados não só de forma autoritária pelo grande capital, mas de modo democrático pela sociedade civil, que aos trancos e barrancos vai multiplicando as suas associações de bairros, as pequenas cooperativas de produção e as estratégias coletivas de sobrevivência.

Tudo isso nos faz crer que, com o passar dos anos, a prática do consumo solidário pode vir a se tornar hegemônica; e, então, quando sairmos para comprar um novo tênis, a presença ou a ausência de trabalho digno será um componente tão importante quanto as bolhas de ar que irão proteger os nossos pés.

Ora, um dos novos desafios do sindicato é exatamente explorar e canalizar essas tendências, fazendo do boicote uma das alternativas para a greve. Desse modo, a luta (ou parte dela) deslizaria para fora do circuito da produção, recrutando os trabalhadores num segundo momento de suas vidas - o momento do consumo.

Se isso vier realmente a acontecer, o sindicato terá encontrado *fora do trabalho* o ambiente de solidariedade que - em seu interior - vem sendo corroído não só pela fábrica em rede, mas pela própria concorrência entre os trabalhadores. Ao mesmo tempo, como esses trabalhadores estarão no *momento do consumo*, suas lutas já não terão como limites os muros da fábrica, as identidades da profissão ou as características da categoria.

E isso nos leva a uma nova e instigante utopia: a possibilidade de o sindicato se organizar já não apenas em volta de categorias, fábricas ou ofícios, mas em torno de uma luta comum contra o sistema, ou pelo menos contra as suas distorções mais fortes - reunindo empregados e desempregados, operários e engraxates, flanelinhas e ascensoristas, prostitutas e *sem-terra*.¹³³

131 Piovesan, Flávia. Temas de Direitos Humanos, Max Limonad, S. Paulo, 2003, pág. 46.

132 Piovesan, Flávia. Op. cit., pág. 62.

133 Para um estudo a respeito da aplicação do Direito aos não-empregados, cf. Delgado. Gabriela Neves. Direito Fundamental ao Trabalho Digno, LTr, S Paulo, 2006.

Na verdade, todos eles têm identidades para além do trabalho: são, como todos nós, consumidores, embora (cada vez mais) precarizados. Aliás, a precarização é outro ponto que pode uni-los. O que não os impede de contar com o suporte da classe média, como já aconteceu em tantos episódios da História.

Por fim, é importante lembrar, ainda uma vez, como o sindicato tem imitado a empresa - e vice-e-versa - ao longo dos anos; e como um e outro têm se servido de elementos de seu contrário. Assim, num tempo em que, para o empresário, a imagem passa a ser também um produto, nada melhor que o sindicato *a compre*, utilizando-se dela como arma de luta.

OBRAS CITADAS

ALMOYNA, J. M. **Dicionário de Espanhol-Português**. Porto: Porto Editora, 1977.

ANTUNES, Ricardo. **A Rebeldia no Trabalho: o confronto operário no ABC paulista - as greves de 1968 a 1980**. Campinas: Unicamp/Ensaio, 1988.

BOFF, Leonardo. **O Despertar da Águia**, Petrópolis: Vozes, 1998.

BOUÈRE, Jean-Pierre. **Le Droit de Grève**. Paris: Sirey, 1958.

BRASIL, Murilo; GONÇALVES, Vilma. **3000 Anos de Sindicalismo**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1992.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e escravidão no Brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

CARDOSO, Ruth Correa *et alii*. **As lutas sociais e a cidade**. S. Paulo: Paz e Terra, 1991.

CHICCI, Federico. **Lavoro e Capitale Simbolico: una ricerca empirica sul lavoro operaio nella società post-fordista**, FrancoAngeli, Milano, 2008.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

DEL CASTILLO, Santiago Perez. **Direito de Greve**. S. Paulo: LTr, 1999, *passim*.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. S. Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

Dicionário Oxford Escolar. Oxford: Oxford University Press, 2000.

FERRI, F. Do concurso de agentes na suposta criminalidade animal. In: BOGEA, Antenor. **Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria**, Rio de Janeiro: Forense, 1962.

- FREUD, Sigmund. **A psicopatologia da vida cotidiana: esquecimentos, lapsos de língua, atos descuidados, superstições e erros.** Rio de Janeiro: Imago, 1976.
- GENRO, Tarso. **Contribuição à Crítica do Direito Coletivo do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1979.
- GIDE, Ch., *et alii.* **Le droit de grève.** Paris: F Alcan, 1909.
- GILLON, Étienne *et alii.* **Petit Larousse.** Paris: Librairie Larousse, 1960.
- HUNT, S. & SHERMAN, P. **História do Pensamento Econômico.** Petrópolis: Vozes, 1992.
- LEITE, Márcia de Paula. **O Futuro do Trabalho.** São Paulo: Scritta, 1997.
- LIPOVETSKY, Gilles. **L'empire de l'éphémère: la mode et son destin dans les sociétés modernes.** Paris: Gallimard, 1987.
- LUNA, Luiz. **O Negro na Luta contra a Escravidão,** Brasília: MEC, 1976.
- MELHADO, Reginaldo. **Poder e Sujeição.** São Paulo: LTr, 2005.
- Novo Dicionário Balsa das Línguas Inglesa e Portuguesa,** Nova Iorque: Appletown Century Crofts, 1972.
- SINAY, Hélène. La Grève. In: CAMERLYNCK, G. H. **Traité de Droit du Travail,** v. VI. Paris: Dalloz, 1966.
- REVELLI, Marco. **La Sinistra Sociale: oltre la società del lavoro.** Einaudi: Torino, 1997.
- REVELLI, Marco. **Oltre il Novecento: la politica, le ideologie e le insidie del lavoro.** Einaudi: Torino, 2006.
- THOMPSON, E. P. **A Formação da classe operária inglesa.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- FRANCO FILHO, Georgenor (Org.) **Presente e futuro das relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.
- VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador.** São Paulo: LTr, 1996.
- VIANA, Márcio Túlio. **Conflitos Coletivos do Trabalho.** In: FRANCO FILHO, Georgenor (org.) **Presente e Futuro das Relações de Trabalho.** S. Paulo: LTr, 2000.
- VIANNA, José de Segadas. **Greve: direito ou violência?** São Paulo: Companhia do Livro, 2005
- WEIL, Simone. **A Condição Operária.** S. Paulo: Paz e Terra, 2006.
- ZINGARELLI, N. Lo Zingarelli Minore: Vocabolario della Lingua Italiana. Bolonha: Zanichelli, 1994.

A SUPERSUBORDINAÇÃO - Invertendo a lógica do jogo -

Jorge Luiz Souto Maior¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A Evolução Nominativa e o Movimento de Redução Progressiva dos Direitos Trabalhistas; 3. Indução do Raciocínio Invertido em Matéria Trabalhista; 4. Repercussões na Experiência Processual; 5. A Função da Expressão Parassubordinação; 6. Revertendo a Lógica Reducionista; 7. A Supersubordinação: Instrumentalizando a Reversão; 8. Conclusão.

1. Introdução.

Uma tarefa natural do homem é a de atribuir nomes. Nomeia-se tudo: pessoas, coisas, fatos, atitudes, idéias etc.

Supõe-se que esse esforço tenha por propósito facilitar a comunicação. Mas, se há de convir: o nome não é a própria “coisa” denominada. Com isso, às vezes, em feliz coincidência, o nome fala por si, por exemplo: “bafômetro” (direto não? Não exige explicação). Em certas situações, no entanto, o nome não diz nada (pelo menos para os mortais comuns). Outro dia li em um processo que o reclamante estava com lumbago ciática...

Assim, não raro o nome precisa ser acompanhado de uma explicação, para que a comunicação se efetive.

O duro é que há nomes que a gente sabe o que é (ou pensa que sabe), mas não sabe explicar: universo; vida, morte, justiça; direito...

Diante do progresso das complexidades sociais e do advento de novos fenômenos científicos e tecnológicos aumenta o desafio para a tarefa de denominação. Algumas palavras são criadas para explicar essas novidades. Formam-se neologismos como, por exemplo, o “gerundismo”, para atribuir um nome ao “estarei indo”, ao “estarei ficando”...

Outras vezes, palavras são inventadas para explicar de modo diverso fenômenos antigos. As gírias, fruto da criatividade humana, não são outra coisa senão isso: nomes ou expressões que substituem outros tradicionalmente utilizados. E as próprias gírias se atualizam. Assim, hoje

1 Juiz do Trabalho da 3ª. Vara do Trabalho de Jundiaí, SP. Professor livre-docente da Faculdade de Direito da USP.

em dia, em vez de falarmos que um sujeito indesejável é um chato, falamos que ele é um “mala”. Se for muito chato, é um “mala sem alça” (que é uma espécie de atualização da expressão “chato de galocha”). Se for mais chato ainda é um “gangorra” (aquele que quando se senta de um lado, todo mundo se levanta do outro...).

Alguns nomes têm significado oficial, ou seja, o significado que o Estado lhe atribui. Para o IBGE só é desempregado aquele que estiver à procura de emprego. Se o sujeito não tiver emprego, mas não estiver à procura de um, não é desempregado. Ou seja, não é nada, pois não entra na estatística e não se criou um nome para ele (talvez seja, meramente, excluído). Para não ser chamado de “vagabundo”² e ostentar a condição de desempregado, a pessoa que não tem emprego precisa, então, se submeter, constantemente, ao vexame de ser recusada na pretensão de aquisição de um trabalho. Desse modo, ser desempregado é uma posição social mais relevante do que meramente não ter emprego. Vai entender!

E, considerando o que se vem dizendo sobre as relações de trabalho no sentido de que existem figuras distintas da de empregado, tais como a do parassubordinado, então a pessoa que não tem emprego, mesmo procurando trabalho, pode ser denominada de formas diversas, conforme o trabalho que esteja procurando. Assim, ter-se-ia o “desparassubordinado” ou “paradesempregado”...

Retornando ao aspecto que diz respeito à construção dos nomes, muitas vezes uma palavra só não basta para explicar a idéia, surgindo os substantivos compostos (guarda-roupa; guarda-chuva). Na formação desses nomes, assim como nas expressões idiomáticas, cada palavra perde a sua identidade e o sentido nada tem a ver com o que cada uma, isoladamente, quer dizer. Por exemplo, um guarda-chuva não guarda chuva nenhuma (aliás, dependendo do guarda-chuva e da chuva nem desviar a chuva ele consegue). A expressão “ponta-cabeça”, muito falada nas Minas Gerais, sobretudo na região de Pouso Alegre, não é uma cabeça pontuda ou uma ponta na cabeça. Significa “de cabeça para baixo”. No meio trabalhista, a expressão “justa causa” não é meramente a “cessação do negócio jurídico por ato faltoso do outro contratante”, é uma autêntica reprimenda de natureza moral, com grave efeito de natureza social, além do que inverte a regra da presunção da inocência. Um empregado “dispensado” por “justa causa”, para fins de uma avaliação social, é culpado até prova em sentido contrário, prova esta que deve ser produzida em um processo que, ao mesmo tempo, garante ao reclamado, que efetuou a “dispensa” por “justa causa”, todas as garantias inscritas na cláusula do “devido processo legal” (ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição).

2 A conhecida letra de uma das músicas do Chico Buarque, para os padrões oficiais atuais e considerando também a falta de emprego, não seria mais “vai trabalhar vagabundo”, mas sim “vai procurar emprego vagabundo”...

Outras vezes utilizam-se complementos, prefixos, no nome para falar da mesma idéia em uma posição superior (super), em uma posição inferior (hipo) ou ao lado (para). É assim que se formam expressões como, super-homem, hipossuficiente e paramédico...

Há, claro, aditivos que não acrescentam nada. É o caso do modismo “tipo”. Tipo dizer o que não se está querendo dizer, para, tipo assim, ludibriar o ouvinte, que fica tipo confuso numa conversa tipo maluca...

Mas há mais nesta temática do que a busca de um nome para referir-se a uma realidade ou a um objeto.

Em muitas situações, a atribuição de nomes é acompanhada de um propósito. Uma função importante dos nomes é a de criar fantasias, criar realidades a partir deles próprios. Ou seja, há uma intencionalidade, muitas vezes não declarada, na formação dos nomes.

Do ponto de vista social, por exemplo, muitas nomações vão criando amenidades para antigas situações, sem alterá-las na essência. Imagina-se, ou tenta-se fazer crer, que a realidade possa ser mudada com alteração dos nomes. Assim, evita-se usar a palavra pobre e supõe-se que os pobres não mais existem (embora eles insistam em “poluir” a paisagem dos centros urbanos tão belamente reformados). O pobre não é mais pobre é um necessitado econômico. A injustiça social nada tem a ver com injustiça, trata-se apenas de uma má distribuição de renda. O furto de bolsas, bem, este continua sendo furto mesmo, mas o furto de horas extras é apenas um inadimplemento contratual...

Às vezes os nomes são utilizados para fins de propaganda de consumo (ou, em uma palavra, “marketing”). Objetos ganham nomes próprios. Usar uma calça não é a mesma coisa que usar uma calça Lee e assim por diante...

Invade-nos a fantasia de que o sanduíche do Mac Donald’s, o Big Mac, é algo diferente do que, naturalmente, pudesse ser. Há uma música muito interessante, não me lembro de quem, cuja letra relata a estória de um sujeito, vindo do interior, que impressionado pela propaganda, vai à cidade grande para comer um Big Mac. Ele vai cantarolando: “dois hambúrgueres, alface, queijo, molho especial, cebola e pickles num pão com gergelim...” Quando, enfim, recebe em mãos o sanduíche, exclama: “Ué! Mas é pão com carne!”

Há situações, ainda, em que os nomes são dados exatamente para não explicar. É assim que as operações da Polícia Federal ganham aqueles nomes enigmáticos, tais como: Satiagraha³.

E por falar em enigma, há frases, ou seja, um conjunto de palavras, que se expressam para não transmitir mensagem alguma. Nos debates políticos as respostas quase sempre atraem para o ouvinte a indagação:

3 O nome do Delegado responsável, Protógenes, é mera coincidência. Não faz parte do enigma...

qual foi mesmo a pergunta? A situação econômica em julho de 2003, foi assim explicada pelo então Presidente do Banco Central, Henriques Meirelles, “Por trás da queda gradativa dos juros não estão insegurança, timidez, excesso de conservadorismo ou cautela. Trata-se apenas do reflexo de uma assimetria natural entre a velocidade de um choque e o ritmo de reversão da política monetária à posição de equilíbrio” (Henrique Meirelles, Presidente do Banco Central, no jornal Folha de São Paulo, 29/07/03, p. B-10)

Na mesma edição, talvez pressionado pela falta de espaço, o Jornal Folha de São Paulo, anunciava: “Mantega vê acordo de carros este ano” (Folha de São Paulo, 29/07/03, p. B-2).

E para não ficar aqui falando só dos outros, nós, do meio jurídico, por óbvio, há muitos e muitos anos, criamos as nossas pérolas nominativas, que vão, com o tempo, se institucionalizando: litispendência; preclusão; perempção; coisa julgada; apelação; apelante; excepto; agravante; agravado; embargo; embargado...

Aliás, fica pior quando se quer arranjar um outro nome para os institutos. Segundo o juiz do trabalho, José Eduardo R. Chaves Jr. (Pepe), há uma espécie de brega jurídico⁴, que constitui em nominar peças e atos processuais por intermédio de expressões um tanto quanto esdrúxulas: peça vestibular; peça exordial; peça inaugural; peça de arranque (e logo depois o processo emperra); peça umbilical; peça de resistência; decisão guerreada; desabrochar da operação cognitiva; digesto obreiro; entendimento turmário; escólio; juiz de piso; operador do direito; perfunctório; remédio heróico; sodalício...

Isso sem contar as expressões latinas: “sine die”; “iura novit curia”; “da mihi factum, dabo tibi ius”; “causa petendi”; “quod non est in acti non est in mondo” (“o que não está nos autos não está no mundo”); “ad argumentandum tantum”; “facienda necessitas”; “intuito personae”; “in natura”; “affectio societatis”; “in albis”; “ab initio”; “ab ovo”; quase sempre, quando faladas, pronunciadas de forma errada. Conta-se que um juiz (ou advogado, não sei), para parecer mais intelectualizado, lendo a expressão “sine die”, esclareceu para os presentes que a audiência estava adiada “saini dai”, em inglês, claro.

Somos acostumados, também, a classificar as normas, a atribuir nomes às classificações feitas, a identificar características comuns, fixando os nomes correspondentes etc. Conhecer o direito não é apenas conhecer as leis, é saber, também, como os juristas as organizam, as lêem e preconizam sua aplicação, sendo que, presentemente, ainda se deve aguardar o pronunciamento do STF em suas súmulas vinculantes pelas quais o direito passa a ser aquilo que se diz que ele é ainda que da forma dita não fosse para ser.

4 <http://pepe-ponto-rede.blogspot.com/2008/01/o-brega-juridico-em-2008.html>

Não são poucas as criações terminológicas na área do direito: princípio da “proporcionalidade”; princípio da “ponderação”⁵; princípio da “adequação setorial negociada”; princípio da “marcação irrevisível”; subordinação “integrativa”; subordinação “estrutural”; “teletrabalho”; “novos paradigmas”...

São nomes importantes, mas que muitas vezes se integram a uma lógica comercial do direito. Tornam-se o paraíso de cursinhos, professores, palestrantes... Funcionam como uma espécie de instrumento para reserva de mercado, conferindo ar de intelectualidade para quem os pronuncia. Muitas expressões transformam-se em autênticos modismos, como “novos paradigmas”. Mas, depois de explicados, o espanto é quase inevitável: “Ué, mas é pão com carne!”.

Lembro-me de uma prova de concurso para ingresso na magistratura trabalhista da 3ª. Região, em que a pergunta era: “O que é princípio da marcação irrevisível?” Foi uma rodada geral. Ninguém passou. Depois, descobriu-se que nada mais era que preclusão.

2. A Evolução Nominativa e o Movimento de Redução Progressiva dos Direitos Trabalhistas.

Do ponto específico das relações de trabalho, tema que nos interessa mais de perto, incide, igualmente, a criatividade na nomenclatura das profissões, algumas novas, outras inusitadas: “engatador de Julieta”; “operador de pare e siga”; “carrinheiro”...

Mas, nesta área, o que impressiona mesmo é a utilização de neologismos para explicar situações muito antigas. Percebe-se existir uma **evolução nominativa**, que nada mais é que a criação de nomes, digamos assim, mais chiques, para explicar o mesmo fenômeno, mas, ou com a intencionalidade de conferir um tom mais ameno à exploração do trabalho alheio para satisfação de necessidades pessoais, ou, simplesmente, para conferir a fantasia de um maior “status” para o profissional respectivo. Foi assim, por exemplo, que o contínuo se transformou em “office boy”; o empregado em domicílio, em “home office”; o servente, em ajudante de pedreiro; o ajudante geral, em auxiliar de produção; a empregada doméstica, em secretária do lar; a faxineira, em diarista; o lixeiro, em gari e, depois, coletor de lixo; a aeromoça, em comissária de voo; o vendedor, em assistente de vendas; o estivador, em trabalhador portuário; o juiz de futebol, em árbitro; o juiz do trabalho, em magistrado trabalhista; o juiz do tribunal do trabalho, em desembargador...

Dizem até que há um Banco, que nem parece Banco, que não tem “office boy”, auxiliar, escrivão, caixa, chefe de seção. Só tem gerentes e assistentes de gerentes...

5 Que sugerem um bom tema para uma dissertação: Proporcionalidade, ponderação e outras dissimulações.

O ponto crucial da presente investigação, no entanto, é a constatação de que em paralelo a essa linha da evolução nominativa nas relações de trabalho desenha-se outra em sentido inverso de natureza involutiva (para criar mais um nome...) no que tange à efetivação dos direitos trabalhistas. Em outras palavras, a uma melhora na forma de nomeação contrapõe-se, paradoxalmente, uma piora no que tange à consagração de direitos, sobretudo de natureza social.

Nesta perspectiva, a “merchandage”, nome francês utilizado para designar a mercantilização da mão-de-obra, considerada ilegal, passou a se denominar, meramente, terceirização e validou-se. À onda de redução de direitos trabalhistas apelidou-se, eufemisticamente, flexibilização, que abalou a efetividade dos princípios da irrenunciabilidade e da irredutibilidade.

Pela utilização de palavras mais dóceis para uma mesma situação procurou-se (e tem-se conseguido) burlar a regra fundamental do direito do trabalho de perseguição da melhoria progressiva da condição econômica e social do trabalhador.

E, presentemente, como a palavra flexibilização caiu em desgraça, visto que sua retórica foi percebida, já se fala em “flexissegurança” (“flexisecurité”, flexisecuridad”), que, para os europeus, significa discutir a possibilidade de trocar o direito de estabilidade no emprego pelo implemento de uma política pública de seguro-desemprego com prazos bastante longos (em alguns casos, sem prazo definido, como na Dinamarca), mas que foi traduzida no Brasil, pelos adeptos da “desregulamentação”, espertamente, como mera intensificação da flexibilização, já que não temos, sob o ponto de vista da teoria dominante, a estabilidade no emprego.

Esse **movimento de redução progressiva dos direitos trabalhistas** está entre nós há muito tempo, com intensificação na década de 90. Desde então, como destaca o autor uruguaio, Barbagelata, quem passou “para uma quase desesperada defensiva são os sindicatos que não só já não se sentem animados a lutar por melhorias nas condições de trabalho, mas aceitam, inclusive, negociar concessões que reduzem os níveis de proteção e os benefícios anteriormente conquistados.”⁶ E, além disso, “os governos legítimos, sustentados por eleição, perderam toda inibição para enfrentar o poder dos sindicatos e para adotar medidas legislativas ou administrativas inequivocamente destinadas a destruí-los”⁷.

Em termos de reconhecimento da relação de emprego, o Direito do Trabalho, tradicionalmente, seguia um caminho expansivo. Vários foram os doutrinadores a tratar do movimento expansivo do Direito do Trabalho a partir da integração ao conceito de relação de emprego de várias relações

6 Héctor-Hugo Barbagelata. O Particularismo do Direito do Trabalho. Revisão técnica de Irany Ferrari. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1996, p. 141.

7 Idem, p. 141-2.

de trabalho antes alheias a esse direito, que, inicialmente, lembre-se, era apenas um “direito operário”.

Do ponto de vista dos direitos e obrigações, as interpretações e aplicações das normas primavam pelo pressuposto da necessária melhoria da condição social do trabalhador. A jurisprudência refletia tal pensamento.

Mas, desde os anos 60, com intensificação nas décadas seguintes, o Direito do Trabalho caminhou em sentido contrário. Inúmeros foram os institutos jurídicos cuja eficácia protecionista foi diminuída: limitação da jornada de trabalho; intermediação de mão-de-obra; natureza salarial da parcela paga; contratos a tempo parcial; proteção contra dispensa, com reflexos na via processual (comissões de conciliação prévia e arbitragem de conflitos individuais trabalhistas).

A linha da regressão das garantias trabalhistas, encontrando solo fértil, vai se aprofundando e ganhando sofisticação. Conta-se que algumas empresas quando querem reduzir o custo do trabalho, em vez de providenciarem uma dispensa coletiva, que é sempre custosa e juridicamente arriscada, procuram criar desconfortos para a execução do serviço, cortando benefícios, como vales-refeições e vales-transportes ou utilizam estratégias mais sutis como, simplesmente, “deixar quebrar” o ar condicionado e com isso chegar ao número de pedidos de demissão correspondente ao corte desejado.

Valendo-se da onda do artificialismo nominativo, assiste-se, agora, a tentativa de obscurecer a própria relação de emprego, com o nítido propósito, embora não declarado, de fugir totalmente das obrigações decorrentes do Direito do Trabalho. Evita-se, assim, de todos os modos, pronunciar a palavra “empregado”.

Desse modo, o empregado não é mais empregado, é um “colaborador”, e que, às vezes, é também “cooperado” (coletivamente, os trabalhadores se “cooperam” para “colaborar”...)

Em muitas situações o trabalhador até perde o nome e a própria condição humana, pois passa a ser uma pessoa jurídica, identificada pelo acréscimo da sigla ME ao seu nome original. O João da Silva, empregado do escritório, passa a ser João da Silva ME, deixando de ser empregado, embora a situação fática pertinente ao trabalho continue exatamente a mesma. E, quando se conduz o João da Silva ME para execução de suas tarefas fora do estabelecimento do antigo empregador, impelindo-o a manter parte da estrutura empresarial, confere-se ao João a alcunha de “empreendedor”, trabalhador “independente”.

Tratando deste tema, impossível não lembrar de um desenho animado cujo protagonista, o super-herói, era um elefante (o Elefantástico), que, na linha do que se passava em filmes como Batman, para não ser reconhecido, colocava uma máscara sobre os olhos. Todos os demais personagens eram pessoas comuns e o elefante não era identificado por ninguém porque tinha colocado uma pequeníssima máscara sobre os olhos. O seu ajudante era um rato, que também ficava surpreso quando o Elefantástico, revelando

sua identidade, tirava a máscara. - Nossa Elefantástico, que disfarce maravilhoso. Eu não tinha percebido que era você! - dizia o rato.

Pois bem, o que se está criando pela tática das novas denominações de antigos fenômenos é a saga dos “empregados elefantásticos”. Trabalhadores com máscaras nos olhos e que, desse modo, embora sendo típicos empregados, passam à condição formal de trabalhadores autônomos sem ser.

3. Indução do Raciocínio Invertido em Matéria Trabalhista.

Tudo isso tem gerado uma situação extremamente confortável para alguns segmentos empresariais (pois não são todos, evidentemente) que se utilizam de tais subterfúgios. E, quanto maior a perversão, maior a vantagem, pois, afinal, quanto mais se distancia da linha da normalidade (tomando-se como parâmetro a eficácia dos direitos constitucionalmente consagrados), mais difícil se torna retomar o padrão da legalidade.

Se uma empresa registra seu empregado e lhe paga todos os direitos regularmente, pecando apenas no aspecto, por exemplo, da concessão integral do intervalo para refeição e descanso, um acordo judicialmente formulado sobre este aspecto traz a situação muito próximo do ideal, que é, por óbvio, o do pleno respeito aos direitos. Assim, se a supressão do intervalo, mesmo com pagamento respectivo, for habitual, não se pode considerar atingido o ideal, pois o intervalo é preceito de ordem pública que visa preservar a saúde do trabalhador e a saúde não está à venda.

Mas, se outra empresa, ao contrário, sequer efetua o registro do empregado e os olhares externos consideram que o desrespeito a todos os demais direitos é apenas como uma consequência do primeiro ato, a formulação de um acordo, com pagamento de um valor fechado, permite que se desconidere a necessária incidência de todas as obrigações trabalhistas decorrentes. O conflito se soluciona numa perspectiva individual, satisfazendo interesses imediatos, mas fica muito longe da linha da normalidade delineada pelo Direito construído dentro da lógica social.

O pacífico convívio com a ilegalidade em termos de obrigações trabalhistas (que se apresenta pelo eufemismo “informalidade”) tem-nos imposto uma inversão de valores. Somos mais rigorosos com quem respeita o Direito do Trabalho e incorre em algum deslize, apoiado em tese jurídica equivocada, do que com quem descumpre, deliberadamente, as normas jurídicas trabalhistas. Tendemos a achar estranho uma reclamação trabalhista em que o reclamante pleiteie unicamente, por exemplo, a incidência da multa do § 8º, do art. 477, da CLT, em razão do pagamento fora do prazo das verbas rescisórias e não nos incomoda o fato de que um trabalhador, empregado há vários anos em uma mesma empresa, seja posto, de um dia para o outro, na condição de desempregado, sem que sequer suas verbas rescisórias tenham sido pagas, fato, aliás, que habita o cotidiano das Varas do Trabalho por este Brasil afora.

Ficamos discutindo o pagamento, ou não, das verbas rescisórias e nos esquecemos de pôr em debate e efetivar a garantia constitucional contra a dispensa arbitrária. Conseguimos, até, recriminar moralmente o trabalho escravo (que insiste em não nos abandonar) e a exploração do trabalho infantil, mas não somos capazes de dizer, juridicamente, que aquele que escraviza deve perder o seu patrimônio em favor daqueles que escravizou e que o sujeito que explorou o trabalho infantil, às vezes em condições de trabalho degradantes, deve pagar uma vultosa indenização por dano pessoal, por ter agredido o direito fundamental à infância, além de outra de natureza social, já que a proteção da infância é uma questão de ordem pública, essencial para a preservação da própria humanidade.

4. Repercussões na Experiência Processual.

Analisando-se a experiência vivenciada nas Varas do Trabalho, é fácil perceber a repercussão desse fenômeno do abalo progressivo das garantias trabalhistas.

Primeiramente, muitos empregadores instituíram a prática de não respeitar regularmente os direitos trabalhistas para depois, simplesmente, dispensarem seus empregados sem o correspondente pagamento das verbas rescisórias, forçando os trabalhadores a buscarem a Justiça do Trabalho para reaverem seus direitos, e, nas reclamações trabalhistas propostas, formularem propostas de acordo para pagamento de apenas parte dos direitos devidos, com a obtenção do benefício da quitação do extinto contrato de trabalho.

Essas situações, embora confortáveis para esses empregadores, traziam os incômodos dos efeitos jurídicos do atraso no pagamento das verbas rescisórias (art. 477, § 8º., da CLT) e da necessidade do acerto de tais verbas no momento da realização da audiência, sob pena de incidência da multa prevista no art. 467, da CLT.

Assim, seguindo a linha do ataque à eficácia dos direitos trabalhistas, percebeu-se que melhor seria estabelecer uma controvérsia jurídica a respeito da cessação do vínculo, para evitar a incidência desses dois dispositivos e mesmo para tornar mais nebuloso o direito ao recebimento das demais verbas rescisórias. Passou-se, então, à utilização da dispensa por justa causa, de modo sistemático, como forma de criar, processualmente, uma situação mais favorável para a empresa na formulação da proposta de acordo. Inúmeros foram os acordos formulados na Justiça do Trabalho que previam apenas “reversão da justa causa e liberação do FGTS”, saindo a empresa, inclusive, com o título de bem-feitora. Era comum em nossa realidade (e ainda é) a existência de empresas, ou mesmo de segmentos econômicos inteiros, em que todos (ou quase) todos os contratos de trabalho se encerravam por justa causa do empregado.

Mas, nem todos os empregados faziam acordos. Muitas justas causas eram revertidas e as reclamações trabalhistas não se limitavam ao

aspecto das verbas rescisórias, trazendo à discussão, portanto, vários outros institutos jurídicos trabalhistas. Além disso, tendo havido o reconhecimento da relação de emprego, sobre o pagamento dos salários já incidiam contribuições sociais e FGTS.

Diante da falência estrutural dos entes de fiscalização, percebeu-se que melhor mesmo seria não registrar o empregado, pois nenhuma incidência tributária precisaria ser respeitada e em eventual futura reclamação trabalhista, movida pelo “ex-empregado”, o próprio vínculo poderia ser posto em discussão. O acordo, então, passava a ter uma abrangência global. Pagamento de um valor “x” pela “quitação” de tudo, incluindo a própria natureza do vínculo. Inúmeros são os acordos na Justiça do Trabalho em que por conta de uma soma em dinheiro são “quitados” todos os direitos trabalhistas que pudessem advir de uma relação de emprego, inclusive de natureza previdenciária, não se reconhecendo, ademais, ter existido relação de emprego.

Mesmo sem a concretização do acordo, a situação configurava-se vantajosa porque parcela da Justiça do Trabalho, um tanto quanto desatenta à realidade social e aos preceitos da teoria geral do processo, considerava que o vínculo jurídico declarado em juízo não gerava incidência das multas pertinentes aos descumprimentos da legislação trabalhista. Assim, quem registrava seus empregados e pagasse as verbas rescisórias com um dia de atraso estava sujeito a pagar a multa prevista no § 8º, do art. 477, da CLT. Já, quem não registrava e, conseqüentemente, sequer pagava verbas rescisórias, não estava sujeito a multa alguma.

No processo, quem não pagou as verbas rescisórias vê-se, de certo modo, protegido pelas garantias do “devido processo legal” e o trabalhador que não as recebeu é obrigado a submeter-se à demora do processo ou aceitar receber menos do que lhe é devido em um “acordo”⁸. Assistimos, diariamente, trabalhadores tendo que suportar intermináveis ritos processuais para receber verbas alimentares incontroversas (ou com controvérsia habilmente instaurada) e tendemos a achar isso normal, mas se um trabalhador resiste em não deixar o imóvel no qual reside em função da relação de emprego finda, somos induzidos a pensar que a situação exige imediata correção, sendo imperdoável qualquer tipo de demora processual. Se uma execução se arrasta por longos anos e culmina com a penhora “on line” das contas do devedor (que fez de tudo para enrolar o processo), sendo bloqueado valor superior à execução, em razão do saldo existente em várias contas diversas, exige-se a imediata liberação dos valores bloqueados a mais, inclusive pela via do “remédio heróico” do mandado de segurança. Se o juiz, em audiência, determina o pagamento em 24 horas das verbas

8 E, conforme tem entendido a jurisprudência trabalhistas, a arcar sozinho com os custos de seu advogado, mesmo na hipótese de julgamento que declare a procedência de sua pretensão.

rescisórias incontroversas, declarando a responsabilidade do tomador dos serviços diante do sumiço da prestadora ou da sua notória insolvência, saíse da audiência batendo o pé e acusando o juiz de arbitrário... E o direito à sobrevivência do mais novo desempregado, oh!

A visão distorcida da ordem jurídica fez com que se tenha institucionalizado entre nós, na prática processual, uma espécie de “direito a descumprir o direito”. Em reclamações trabalhistas é comum ver empresas invocando a ordem jurídica para se verem livres de efeitos pelo descumprimento do direito. Acredita-se, em geral, que se não houve o pagamento das horas extras, tendo estas sido prestadas de forma habitual e em quantidade superior ao limite de duas horas, legalmente previsto, o máximo que pode advir, em termos jurídicos, é uma condenação ao pagamento das horas extras não pagas, com a incidência de juros de 1% não capitalizados e correção monetária.

A inversão de valores, incentivada pela teoria do “direito à ilegalidade” na esfera trabalhista vai tão longe, que muitas vezes se pensa que a criação de intermináveis incidentes processuais protelatórios está inserida na cláusula do devido processo legal e que o renitente e contumaz na prática de atos que tumultuam o processo tem o direito de apenas ser condenado a uma multa de 1% sobre o valor da causa e assim a má-fé processual não tem fim. Outro dia uma reclamada ofereceu em audiência uma exceção de incompetência em razão do lugar, aduzindo que o reclamante não trabalhou em cidades abrangidas pela jurisdição da Vara. Indagado o reclamante, este disse que trabalhou em duas obras na cidade da sede da Vara, versão que, imediatamente, confirmada pelo preposto da reclamada. Alguém pode, então, dizer, trata-se de má-fé e nada mais. Tudo bem, imaginemos, então, que se limite a isso. Mas, e se adicionarmos à história o dado, efetivamente ocorrido, de conhecimento da reclamada e propositalmente omitido, de que aquela reclamação tinha vindo de outra Vara, após acolhimento de sua exceção de incompetência lá apresentada, o que se vai dizer? É a mesma má-fé? É só má-fé no sentido dos artigos 17 e 18 do CPC? A pensar!

5. A Função da Expressão Parassubordinação.

Juridicamente, para tentar legitimar os tipos de trabalho fugidios da relação de emprego, criou-se um bonito nome: parassubordinação.

Sob uma crítica mais severa, no entanto, pode-se dizer que o parassubordinado é um ser da mitologia jurídica moderna. Uma espécie de trabalhador minotauro, meio subordinado, meio autônomo. Só não se sabe se da metade para cima ou da metade para baixo...

A nomenclatura em questão não guarda nenhuma correspondência com a realidade. Diz-se que a utilidade da criação de uma espécie intermediária entre subordinados e autônomos é a de eliminar a zona cinzenta que muitas vezes se forma na separação dos dois, facilitando a aplicação do direito do trabalho em relações de trabalho não abrangidas por este. No entanto, o

efeito concreto é o de se criar mais uma linha de fronteira, também cinzenta, entre o empregado e o parassubordinado, além daquela que separa este do autônomo (verdadeiramente, autônomo).

Além disso, a proteção jurídica daquele a que se atribui o nome de parassubordinado, até para manter a pertinência da divisão, acaba sendo, necessariamente, inferior que a dos subordinados. O capital, que é quem controla a forma de correlação entre si e o trabalho, sabendo do parâmetro jurídico intermediário criado, no qual os direitos trabalhistas são menos evidentes, trata, então, de transferir todos os antigos empregados para a “nova” situação. Assim, do ponto de vista geral, em vez de se ampliar o leque social de incidência do Direito do Trabalho, caminha-se em direção contrária. Lembre-se, a propósito, o que se passou, no Brasil, com as cooperativas de trabalho: os “cooperados”, em geral, não eram desempregados que adquiriram um trabalho ainda que juridicamente menos protegido, eram os antigos empregados.

Em recente palestra proferida na Faculdade de Direito da USP, o professor italiano, Luigi Mariucci, destacou que após anos de desenvolvimento da tese da parassubordinação na Itália constatou-se que todos os que se anunciavam como trabalhadores parassubordinados eram autênticos empregados.

Na perspectiva da teoria da parassubordinação há, por certo, o reconhecimento da existência de um movimento de fuga da configuração da relação de emprego, mas a teoria em vez de servir para apontar os equívocos da situação, do ponto de vista da preservação do pacto do Estado Social Democrático de Direito, simplesmente acaba representando uma mera adaptação à situação imposta pelos arranjos econômicos. Assim, até se tenta fazer uma leitura correta da realidade, mas comete-se o sério equívoco de apenas legitimá-la, oferecendo-lhe um tipo jurídico específico.

Essa legitimação, por óbvio, não inverte o caminho acima destacado. Vai na mesma linha da regressão de direitos, pois, como dito, o parassubordinado, coerentemente com a sua nomenclatura, não se equipara ao subordinado, possuindo, por isso mesmo, direitos trabalhistas menores, atraindo o grave problema da indefinição quanto aos seus direitos. Assim, tais direitos nem são direitos, são dádivas que a jurisprudência lhes concede, mas que, ao mesmo tempo, pode não conceder porque não está juridicamente obrigada a fazê-lo.

A parassubordinação, desse modo, exerce uma função de evitar, criando um obstáculo teórico, que o Direito do Trabalho atinja por completo os novos modos que o capital encontra para explorar o trabalho.

É exatamente por isso que, “data venia”, é equivocado o pressuposto de que o Direito do Trabalho deve se adaptar à realidade, amoldando-se a ela numa perspectiva da inevitabilidade da linha regressiva de direitos. O Direito do Trabalho, ademais, só existe, na qualidade de ramo autônomo do Direito, ligado à raiz do Direito Social, por conta da sua finalidade específica de impor limites ao poder econômico e promover a justiça social, que é o

fundamento da garantia da paz mundial, conforme revela o preâmbulo da Constituição da OIT, fixado no Tratado de Versalhes:

“Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social;

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas;

Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.

AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho.”

Assim, contraria à própria lógica de sua existência dizer que, malgrado os desajustes provocados no mercado de trabalho pelos arranjos econômicos, a regulação do Direito do Trabalho deve seguir o parâmetro fático posto, que propugna uma progressiva redução das garantias sociais.

Para isso, ou seja, para seguir os efeitos das correlações naturais entre o capital e o trabalho, que tenderão sempre a favorecer o detentor do capital⁹, não se precisa manter vivo o Direito do Trabalho.

Em relações entre desiguais, o Direito deve interferir na realidade, forjando-a, para o fim da produção da justiça social. Para legitimar a lei

9 Vide neste sentido interessante passagem de Adam Smith: “Os trabalhadores desejam ganhar o máximo possível, os patrões pagar o mínimo possível. Os primeiros procuram associar-se entre si para levantar os salários do trabalho, os patrões fazem o mesmo para baixá-los. Não é difícil prever qual das duas partes, normalmente, leva vantagem na disputa e no poder de forçar a outra a concordar com as suas próprias cláusulas” (A Riqueza das Nações. Abril Cultural: São Paulo, 1983, p. 92)

do mais forte não se precisa de um Direito Social. Aliás, para a produção de injustiças não se precisa do Direito. Pode deixar que as injustiças se produzem por si.

Se as objeções quanto à necessária interferência do Direito na realidade forem de natureza econômica, aduzindo-se que ela impede o desenvolvimento econômico ou que gera custo contrário ao interesse da concorrência internacional, então é o mesmo, primeiro, que negar a utilidade do Direito Social para a realização da tarefa que se propôs realizar e que, aliás, foi a causa principal da supressão do projeto revolucionário de natureza socialista, e, segundo, assumir a inevitabilidade do caráter autodestrutivo do capitalismo, inviabilizando-o como projeto de sociedade.

Se dentro da lógica capitalista só é possível raciocinar na perspectiva da redução das garantias sociais, aprofundando as desigualdades e reduzindo o nível da condição humana, então por que continuar seguindo esse sistema?

Por todas essas razões, a figura da parassubordinação, que nos impõe um modo de pensar que meramente acompanha a lógica da destruição dos parâmetros sociais vislumbrados como essenciais a partir de meados do século passado, não tem utilidade jurídica para o Direito Social, não passando de um belo nome (nem tão belo assim), utilizado somente para mascarar ou fantasiar a realidade. Claro, se por um lado, serve para tentar legitimar práticas reducionistas de direitos trabalhistas, por outro, há de se reconhecer, é fonte econômica relevante, pois favorece a elaboração, a edição e a comercialização de teses, livros, cursos, seminários etc.

6. Revertendo a Lógica Reducionista.

Não pretendo apenas destacar os equívocos da parassubordinação. Seguindo o itinerário do texto, quero também exercer o meu direito de inventar um nomezinho, conforme item seguinte.

Antes, porém, cumpre esclarecer que essa preocupação não é apenas para satisfação do ego. É fruto da constatação de que precisamos traçar, de uma vez, um caminho em sentido contrário ao da precarização dos Direitos Sociais. Um pressuposto importante neste aspecto é o de que a **reversão da lógica reducionista** não se fará apenas com condenações que buscam a mera reposição da ordem jurídica que fora desrespeitada.

Diante de uma situação em que se constata que uma determinada empresa deliberadamente se utilizou de mecanismos fraudulentos para evitar a incidência dos Direitos Sociais, condená-la unicamente a pagar tudo aquilo que já deveria ter pago é o mesmo que dizer que se a ausência do cumprimento do direito não é um ilícito.

O não pagamento sistemático de horas extras, examinado com os olhos não impregnados pela epidemia da precarização, não é simplesmente um inadimplemento contratual. Trata-se de um ilícito grave, pois além de representar um furto no que tange ao patrimônio alheio ainda fere preceitos

fundamentais da livre concorrência e do desenvolvimento do tão preconizado capitalismo socialmente responsável. E, esse ilícito, por óbvio, deve ter efeito específico¹⁰.

Pensemos bem: quando uma empresa contrata um trabalhador para lhe prestar serviços e, respeitando a lei, efetiva o seu registro na condição de empregado, com anotação na CTPS, deve pagar-lhe todos os direitos trabalhistas inclusive de natureza coletiva. A visualização da regularidade da situação se faz de forma estrita. Qualquer deslize é punível pelo Ministério do Trabalho, pelo Sindicato de trabalhadores e, eventualmente, pela Justiça do Trabalho, em reclamação trabalhista. Há reclamações trabalhistas em que as discussões jurídicas são bastante limitadas: supressão do intervalo; ou até supressão parcial do intervalo; validade do acordo de compensação. Todos os direitos foram pagos e sobre o que resta há rigor de avaliação (como deve ser mesmo).

Mas, inversamente, se uma empresa sequer registra o empregado, não lhe pagando férias, 13º. salário, direitos coletivos, FGTS e até verbas rescisórias, por ocasião de uma futura reclamação trabalhista, o valor pago em acordo engloba tudo, sem multas e ainda com isenções tributárias e das custas do processo. Ou seja, acaba-se sendo menos rigoroso com quem descumpre o Direito do Trabalho do que com quem quase não o descumpre ou mesmo que não o descumpre de modo algum (quantas vezes já não ouvi em audiência uma espécie de “pedido” para o empregador pagar algum valor para acordo mesmo após ter este demonstrado a regularidade do pagamento com relação aos pedidos formulados pelo reclamante!).

Mas, a lógica regressiva, não encontrando limites, aperfeiçoa-se. Assim, para criar uma situação mais confortável, muitas empresas passaram a engendrar vinculações com o trabalho por intermédio de negócios jurídicos que negam na aparência a relação de emprego. Mesmo sabendo da irregularidade, a controvérsia lhes é benéfica, porque dificulta a ação do Ministério do Trabalho e dos sindicatos.

Em eventuais reclamações trabalhistas, então, o único “risco” que se corre, ironicamente falando, é o da tese jurídica “colar” e não haver o constrangimento quando ao cumprimento de qualquer obrigação trabalhista, ou de se ver unicamente obrigado, por meio de uma responsabilidade de natureza secundária, ao adimplemento, ao adimplemento de parcos valores,

10 Falando de ilícito e da lógica de achar que direitos podem advir da prática ilícita, vale lembrar, sobretudo no contexto desse estudo, do trabalho externo. Imagina-se que a previsão do art. 62, I, da CLT, possa ser suficiente para negar ao trabalhador o direito constitucional à limitação da jornada de trabalho, também assegurado na Declaração Universal dos Direitos do Homem. A consciência desse pretensão direito é tão forte que muitas empresas, em suas defesas apresentadas em reclamações trabalhistas, assumem, claramente, que o reclamante, porque trabalhava externamente, mesmo que fosse dirigindo veículo com carga de propriedade da reclamada, poderia fazer “o horário que bem entendesse”...

nas denominadas “terceirizações”. Por isso, na formulação de névoas para negação da relação de emprego ou no desenvolvimento de teses jurídicas quanto a legitimação da terceirização muitas empresas estão cada vez mais criativas. A última que eu vi, foi a de um lava-carro que “alugava” parte do seu pátio para os lavadores, que, assim, eram considerados trabalhadores autônomos, trabalhando para pagar o aluguel e extrair como ganho a sobra mensal.

Do ponto de vista de uma avaliação técnico-jurídica, deve-se lembrar que trabalhador autônomo é apenas aquele que ostenta os meios de produção e trabalha para si, sem intermediários, junto ao mercado de consumo, usufruindo, integral e livremente, do fruto de seu trabalho.

Pessoas que trabalham por comissão para outras, mesmo que não recebam ordens diretas, não tenham horário fixo de trabalho..., são trabalhadores subordinados, aos quais se deve aplicar o Direito do Trabalho.

Cada vez que se nega, jurisprudencialmente, a existência da relação de emprego em relações de trabalho não-autônomos, ou seja, naquelas em que uma pessoa vende sua força de trabalho com habitualidade a outrem, que explora economicamente o resultado do trabalho, ou que o utiliza para satisfação de um interesse particular, tomando-se por base um dado periférico (não cumprimento de horário fixo, não recebimento de ordens diretas, recebimento por comissão, recebimento de alta remuneração) estabelece-se uma abertura no padrão jurídico da configuração da relação de emprego que vai sendo apropriado pelo capital. Com isso, a relação de emprego tende mesmo a uma situação excepcional.

Este caminho é muito sério porque toda a construção do Estado Social baseia-se na política do pleno emprego, que atrai a incidência de garantias trabalhistas e previdenciárias, com a efetiva possibilidade de efetuar o custeio conseqüente. Na ilusão da generalização de relações de trabalho semi-autônomo, com semi-direitos, toda a lógica do Estado Social se perde e nada se põe no lugar. Nosso projeto de sociedade está fincado na eficácia dos Direitos Sociais: interferência concreta do Estado nas relações de produção capitalista, visando a construção obrigatória do solidarismo social. Não será com políticas privadas de solidariedade que o Estado Social vai se concretizar. Não se constrói uma nação apenas com “HSBCs Solidariedades...” (tiiiirghirghirghri... passado o cartão de crédito e pronto: o nosso compromisso frente aos problemas sociais está satisfeito!)

É sumamente importante compreender que se um determinado segmento do capital pudesse se correlacionar com o trabalho sem a contrapartida das obrigações fiscais e sociais, todos os demais segmentos também poderiam. Desse modo, sem construção de uma política social concreta, a única coisa que se produz é a reconstrução da barbárie, que ainda não se instalou porque as instituições estão funcionando.

O padrão estabelecido para desenvolvimento da sociedade capitalista foi o da eficácia dos Direitos Sociais. Este sistema econômico tem

como fundamento de sua própria existência a acumulação de um capital que permite a seu possuidor, o capitalista, utilizar a força de trabalho livre, dita “assalariada”, para incremento de uma atividade que lhe permita adicionar mais capital (obter lucro), exatamente pela utilização do trabalho alheio. A venda da força de trabalho no mercado produtivo, para um capitalista que extrai do trabalho prestado a fórmula da reprodução de seu capital, com vistas à sobrevivência e à aquisição de valor monetário necessário ao consumo, foi o alvo principal da incidência das normas jurídicas, criadas, na Europa, desde o final do século XIX, com difusão no século XX para outras regiões do mundo, transformando-se mais tarde naquilo que hoje concebemos como direito do trabalho. A relação de trabalho, formada com essas características, foi identificada como relação de emprego.

O surgimento do Direito do Trabalho, ademais, importante dizer, não foi uma consequência natural do modelo. Fora, sobretudo, uma reação aos movimentos sociais de cunho revolucionário¹¹, que, baseados em teorias de cunho marxista, buscaram pela tomada de consciência da classe proletária, a superação da sociedade de classes, com a consequente eliminação da própria classe burguesa dominante.

O Direito do Trabalho constitui-se, portanto, uma forma de proteção e ampliação dos direitos da classe trabalhadora, servindo, ao mesmo tempo, à manutenção do próprio sistema. Não se trata, portanto, meramente, da quantificação econômica do trabalho no contexto da produção capitalista. Trata-se de um fenômeno jurídico que envolve aspectos sociais, macro-econômicos e políticos extremamente relevantes. Base dos Direitos Sociais, o Direito do Trabalho acabou representando a imposição de limites necessários ao capitalismo, servindo-lhe, ao mesmo tempo, como oxigênio.

Esta relação de trabalho básica do desenvolvimento do modelo foi identificada como relação de emprego, exatamente para se distinguir de outras relações de trabalho que estavam, e estão, fora desta correlação de forças. Assim, enquanto se mantiver o sistema capitalista haverá relação de emprego. Como explica Riva Sanseverino, “Havendo atividade produtiva organizada em forma de empresa, o seu titular há de servir-se de mão-de-obra alheia, que sendo destituída de capacidade técnica e econômica para assumir riscos, coloca à disposição de outrem esses serviços, livrando-se, assim, dos referidos riscos. A presença de massas de trabalhadores subordinados atende, aliás, às exigências da técnica produtiva e do seu natural progresso e, a seu turno, o trabalhador autônomo e, também, com maior razão, o empresário representam, em certo sentido, o resultado de seleção natural na luta pela vida”¹².

11 Sem se desprezar, por óbvio, a importância dos movimentos operários reivindicatórios, na busca de melhores condições de trabalho.

12 Curso de Direito do Trabalho. Tradução de Elson Gottschalk. São Paulo, LTr, 1976, pp. 55-6.

Neste sentido, impõe-se concordar com Mário de La Cueva, quando diz que o essencial para o Direito do Trabalho é ocupar-se do trabalho no contexto da empresa capitalista, ou mais propriamente, nas formas como este modelo se baseia e se reproduz: a indústria, a agricultura e o comércio.

Claro, há de se reconhecer, o Direito do Trabalho, inicialmente, foi pensado apenas na perspectiva do operário das grandes fábricas, tanto que a legislação correspondente era denominada de legislação industrial ou legislação operária. O próprio direito do trabalho, no momento de sua formação, era, por muitos, denominado “direito operário” e com o tempo o direito do trabalho foi se expandindo para outras relações de trabalho no comércio, na agricultura, no âmbito familiar, no trabalho prestado a domicílio, eliminando-se, aliás, a diferença entre trabalho manual e intelectual etc. Mas, não se perdeu, neste caminho expansivo, a linha mestra da existência do direito do trabalho que foi a identificação da exploração da força de trabalho para a satisfação do interesse de outrem, interesse este que, conforme qualificação jurídica, deixou de ser, unicamente, o econômico.

Desse modo, a verificação da relação de emprego é, efetivamente, uma questão de ordem pública e sua configuração parte do pressuposto jurídico do elemento “subordinação”, entendida, como “estado de sujeição”, ou integração à estrutura empresarial alheia (subordinação integrativa ou subordinação estrutural).

Mas, a subordinação, há de se reconhecer, é apenas um nome, criado no meio jurídico para fins metodológicos. A idéia central da incidência do Direito do Trabalho é o trabalho sob dependência alheia. É a proteção jurídica daquele que serve (com seu trabalho somente) ao implemento das relações de produção capitalista. A subordinação, embora traga essa conotação semântica do trabalho sob as ordens de outrem, não se limita a isso, pois a razão de ser do Direito do Trabalho, como visto, está muito além do aspecto de uma pessoa, individualmente considerada, submeter sua atividade aos comandos alheios.

A propósito, oportuno dizer que o empregado não é submisso, do ponto de vista pessoal, ao empregador. A relação de emprego é de natureza objetiva e não subjetiva, tendo como ponto identificador a venda habitual da força de trabalho de uma pessoa para a satisfação dos interesses organizacionais e produtivos de outrem. E, mesmo nas ditas mudanças do mundo do trabalho esse elemento não se perde.

Não se está negando que muitas mudanças no mundo do trabalho possam ter, efetivamente, trazido alguns aspectos positivos, sobretudo no que tange à amenização da penosidade do trabalho. Não se está, igualmente, saindo em defesa do elemento subordinação, desconsiderando o aspecto hierárquico, pelo menos do ponto de vista semântico, que traz consigo.

Parece evidente que do ponto de vista de uma avaliação comparativa não se pode deixar de reconhecer os benefícios da eliminação do trabalho nas fábricas, prestado em condições insalubres e perigosas, inseridos em uma estrutura hierárquica, quase sempre não-democrática. Neste sentido,

um trabalho prestado com maiores liberdades pode se constituir um avanço.

Como já explicava Riva Sanseverino, em obra publicada na década de 70: "...na evolução histórica, o trabalho demonstra certa tendência a se tornar autônomo. De fato, o evoluir da civilização exerce influência direta sobre o desenvolvimento da personalidade, também sob o aspecto de suas manifestações econômicas, tanto que, ao lado das grandes empresas concentradas, existem as pequenas e médias, hoje, em grande número, e representam em muitos países, como na Itália, o núcleo central da economia do país. De igual modo, ao lado da tendência da economia política que divisa o futuro no desfrute ao máximo do progresso técnico - o qual somente pode ser realizado por meio de grandes empresas - outras tendências se manifestam contrárias à concentração da atividade econômica, e consideram preferível seja dado impulso às médias e pequenas empresas. O incremento do artesanato e o fracionamento do latifúndio constituem realizações práticas desta última tendência"¹³.

Nesta perspectiva até se pode compreender um pouco a idéia da parassubordinação, para identificação de uma espécie de "porta de saída" da condição de empregado, mas isso, repare-se, para falar de uma situação sócio-econômica que fosse, efetivamente, mais favorável ao trabalhador. De todo modo, há vários problemas insuperáveis aí: primeiro, gera uma tendência de se confundir com autonomia o mero aumento na liberdade na execução de serviços (identifica-se nesse aspecto formal uma mudança na posição social, que, de fato, não houve, pois o trabalhador, embora mais livre, não atingiu a condição de capitalista); segundo, fomenta a desconsideração da relação de emprego, fazendo supor que pela condição de empregado não se pode atingir um patamar digno dos pontos de vistas social, econômico e humano.

Assim, o pressuposto da melhoria da condição social e econômica do trabalhador não seria mais que mera figura de retórica e todo o Direito Social uma fórmula de suprimir a dignidade humana. Só haveria liberdade e dignidade fora do trabalho subordinado e tudo aquilo que apregoa o Direito do Trabalho seria uma farsa. O grande propósito dos Direitos Sociais, portanto, seria o de extrair o trabalhador da condição de empregado, conferindo-lhe, enfim, a tão almejada autonomia econômica e abominado estaria o modelo capitalista...

Mas, será factível uma sociedade capitalista só com trabalhadores verdadeiramente autônomos?

Certamente não, pois as diversas oportunidades geradas pelo livre aproveitamento do mercado de consumo, típico desse modelo de sociedade, geram, naturalmente, diferenças econômicas entre as pessoas

13 Curso de Direito do Trabalho. Tradução de Elson Gottschalk. São Paulo, LTr, 1976, p. 57.

e essas tendem a aproveitar-se da situação, sobretudo se forem antigos trabalhadores que tenham, digamos assim, “subido na vida”. Como dizia La Boétie, a tirania se instala no próprio desejo que todos têm de ser tiranos também¹⁴.

Os “novos” autônomos, para incremento de sua atividade, acabam utilizando mão-de-obra alheia, passando a ostentar, eles próprios, a condição de empregadores, conforme esclarece Riva Sanseverino, na mesma obra acima citada: “Todavia, também as médias e pequenas empresas necessitam, sempre, de trabalhadores subordinados, e, malgrado o grande desenvolvimento da civilização e do individualismo, haverá sempre uma parte respeitável de trabalhadores que prefere, ou a isso é constrangida, a não suportar os riscos inerentes ao trabalho autônomo, optando pelo serviço prestado a outrem.”¹⁵

Desse modo, em uma sociedade capitalista ter-se-á sempre a exploração do trabalho alheio como forma de desenvolvimento do sistema econômico, mantendo-se, por conseqüência, a pertinência da inserção do Direito do Trabalho na realidade social.

Pior, ainda, é falar de parassubordinação para estabelecer um óbice à configuração da relação de emprego, apregoando a redução da subordinação a partir, pura e simplesmente, da forma de execução do serviço.

A expansão do Direito do Trabalho deve seguir caminho diverso, partindo do pressuposto de uma compreensão instrumental, numa perspectiva integrativa, dos elementos que caracterizam a relação de emprego.

A “diarista”, por exemplo, sempre apontada como exemplo de trabalhador que se encontrava na porta de entrada da relação de emprego, e para a qual, se dizia, a teoria da parassubordinação era útil, começa a ser, como devido, integrada ao contexto da relação de emprego.

Vide, neste sentido, a seguinte Ementa:

“RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DIARISTA. TRABALHO SEMANAL PRESTADO AO LONGO DE VINTE SETE ANOS PARA A MESMA EMPREGADORA CONTEMPLANDO TODAS AS SUAS NECESSIDADES BÁSICAS E COTIDIANAS DO SERVIÇO DOMÉSTICO. A Reclamada não conseguiu demonstrar a existência de pressupostos válidos contidos no art. 896 da CLT, visto que, in casu, não restou demonstrada afronta ao art. 3º da CLT e nem ao art. 1º da Lei 5.859/72, porquanto consignou o Regional que a continuidade da prestação de trabalho não quer dizer ininterruptividade, pois trabalhar um dia por semana, em todas as semanas do ano, durante 27 anos e contemplando suas

14 *Apud* Marilena Chauí. Convite à Filosofia. Ed. Ática: São Paulo, 1995, p. 407.

15 *Idem*, p. 57.

necessidades básicas e cotidianas do serviço doméstico é, sem dúvida, prova de continuidade. Ademais, no Dicionário Aurélio, o vocábulo contínuo significa seguido, sucessivo. Melhor dizendo, não há necessidade de que o labor ocorra todos os dias da semana, e, sim, de que, na forma contratada pelas partes, seja habitual, conforme o caso dos autos. Recurso não conhecido.” (TST, RR-18756/2003-002-09-00.0, 2ª. Turma, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 30/05/08)

O maior problema da distorção causada pela crítica à subordinação, no entanto, é o de considerar que as preconizadas mudanças no mundo do trabalho geraram, automaticamente, como um passe de mágica, a eliminação do dado concreto pertinente à exploração do trabalho, isto é, que a correlação do trabalho com o capital não se desenvolve mais na perspectiva da utilização do trabalho alheio para satisfação de interesses econômicos de uma classe dominante.

Essa situação não é factível em um mundo ainda capitalista e não será deixando de falar da subordinação ou tratando-a com um nome mais ameno que o dado concreto da exploração do trabalho alheio, para o qual deve estar voltado, necessariamente, o Direito do Trabalho, terá deixado de existir.

A melhora em certas condições de trabalho, acompanhada de um traço de liberdade, traz uma perigosa aparência de que a correlação entre capital e trabalho deixou de representar aquilo que efetivamente é: a mera venda da força de trabalho, ou o trabalho em troca de salário (daí porque até mais correto do que falar em trabalhador subordinado é tratá-lo, como antigamente, de trabalhador assalariado).

Importante perceber, também, que a mudança do modo de execução de trabalho muitas vezes é acompanhada de outras perversidades que precisam ser visualizados, sob pena de partirmos de um pressuposto ilógico de que toda novidade é boa só pelo fato de ser nova. Como dito por Chico Buarque de Holanda, para rebater as críticas dos tropicalistas, “Nem toda loucura é genial, nem toda lucidez é velha” (o que cito não para tomar partido no embate musical).

Não trabalhar na fábrica, sob os comandos diretos de um “capataz”, que impõe multas só porque se olha para o lado, e trabalhar com maior liberdade em um ambiente menor e mais humano, é, evidentemente, um avanço, mas não raro o benefício traz consigo inúmeros complicadores.

O trabalhador que leva o trabalho para casa, por exemplo, quebra o ambiente familiar, traz para si, sem perceber, parte dos custos da produção (conta de luz etc.), e não vislumbra a responsabilidade daquele que explora economicamente seu trabalho quanto ao meio-ambiente do trabalho, no que tange ao aspecto ergonômico e no que diz respeito à limitação da jornada de trabalho.

Esses novos arranjos acabam provocando novos problemas, mas sempre ligados à mesma lógica. Isso explica, em certa medida, um efeito

não previsível da pretensa liberdade de trabalhar em casa, conforme notícia reportagem da Revista Veja (edição n. 2072, de 06/08/08), “Saudosos do Escritório”:

Trabalhar em casa era um sonho acalentado por funcionários de algumas das maiores multinacionais na década passada. Com o surgimento da internet, parte delas aderiu ao home office, modalidade que deu àquelas pessoas, pela primeira vez, a alternativa de executar tarefas longe do escritório. Nos Estados Unidos, 10 milhões de empregados passaram a cumprir parte do expediente em casa. No Brasil, foram 4 milhões. Depois de uma década levando uma vida que eles próprios definiam como “mais livre” e “menos entediante”, a novidade é que uma parcela começa a dar inesperados sinais de nostalgia em relação aos tempos de escritório. É o que explica o fato de algo como 10% desses brasileiros terem saído em busca de uma alternativa. Eles estão alugando salas em espaços povoados por centenas de pessoas. Lembra o passado, mas com uma diferença fundamental: essas pessoas permanecem fora das empresas para as quais trabalham. A experiência é relatada com grande entusiasmo por profissionais como o engenheiro Cledson Sakurai, 36 anos, desde 2002 numa multinacional francesa na área de tecnologia. Ele trocou o silêncio do home office por um desses escritórios abarrotados de gente. “Trabalhar sem ninguém ao lado pode se tornar solitário e improdutivo.”

O modelo de escritórios compartilhados, nos quais atuam pessoas das mais diversas empresas e áreas, popularizou-se nos Estados Unidos de três anos para cá, quando firmas especializadas no aluguel de salas comerciais perceberam estar diante de um novo fenômeno. Pessoas que haviam conquistado o direito de trabalhar em casa começavam a se queixar do isolamento e de certa falta de infra-estrutura. Em pesquisas, esses profissionais diziam sentir saudade da secretária e da velha sala de reuniões (“tratar de negócios em casa nunca deu certo”). Mas não queriam voltar à vigilância dos chefes. Os novos escritórios suprem tais demandas - e têm se revelado ainda ambientes favoráveis à produtividade tão almejada pelas empresas. É por isso que algumas delas, as mesmas que haviam liberado seus funcionários para trabalhar em casa, patrocinam sua estada nas salas compartilhadas. Lincoln Brasil, diretor da Silva Rosa, consultoria na área de tecnologia, diz que, há dois anos, banca o aluguel de empregados nessas salas. “Eles passaram a organizar melhor o tempo e a respeitar mais os prazos.” Houve também um ganho financeiro para a empresa. “Enxugamos a estrutura fixa e, com isso, cortamos 85% dos gastos.”

Esse modelo, muitas vezes incentivado pelas próprias empresas que se ocupam, à distância, de tais trabalhadores, por óbvio, tende a tornar-se mais uma estrutura organizada, com novas correlações de trabalho

e capital. As salas coletivas atraem a necessidade de contratação de secretárias e demais serviços. Além disso, geram um novo nicho de mercado, desenvolvendo-se um segmento empresarial, de natureza locatícia, para atender essa demanda.

Essa tentativa de reconstrução do “local de trabalho” é feita, no entanto, sem vinculação direta do trabalho ao capital e sem se perceber que relevante parcela do custo do trabalho é transferido para os próprios trabalhadores.

Não raro, ademais, a pulverização da fábrica se dá com a criação de “corpos intermediários”. O antigo empregador não contrata mais empregados, contrata contratantes, para usar feliz figuração do professor Carlos Chiarelli. Esses contratantes, uma vez contratados, contratam trabalhadores ou até mesmo outros contratantes, instaurando-se uma rede de subcontratações que provocam, na essência, uma desvinculação, em razão da distância física, entre o capital e o trabalho. O dado da exploração se esfumaça, tornando muito difícil a responsabilização, pois o empregador aparente, que se apresenta de forma imediata, é, quase sempre, desprovido de capacidade econômica.

Esse modelo provoca o esfacelamento da noção de classe política entre os trabalhadores. Esses não se vinculam por similitude de condições de vida e de trabalho. Pelo contrário, tendem a concorrer uns com outros pelos postos de serviço oferecidos, pouco importando as suas condições e garantias trabalhistas asseguradas. O sistema favorece a uma espécie de “dumping social” no nível do próprio trabalho.

Ou seja, o novo modelo, que esfumaça a relação de emprego, gera: excessivas jornadas de trabalho; usurpação do domicílio; mascaramento das responsabilidades do poder econômico frente ao meio ambiente do trabalho; aumento das doenças do trabalho (com relevante custo social e humano); afastamento do capital frente ao trabalho; eliminação do antagonismo de classes, mantendo-se apenas com tal feição a classe dominante; extinção da consciência de classe daqueles que não ostentam a condição de capitalistas e que têm como alternativa de sobrevivência a venda da força de trabalho.

O necessário confronto democrático entre os interesses do capital e do trabalho (peças fundamentais numa sociedade capitalista), que se constitui a base de formação e de desenvolvimento do Estado Social, tende a ser eliminado. Neste sentido, funciona, ademais, a retórica da colaboração...

Se pensarmos bem, não há, verdadeiramente, nada de novo nisso, pois que se trata da reprise da eterna de intenção do capital de fugir das obrigações determinadas pelo Direito Social.

Mas, há efeitos sociais relevantes que precisam ser reconhecidos para que possam ser enfrentados. Com efeito, as relações sociais, como fruto da forma de organização do trabalho, também se precarizam. O raciocínio efêmero norteia as relações entre as pessoas. Vide, neste aspecto, a interessante obra de Richard Sennett, “A Corrosão do Caráter”.

Concretamente, por uma maior liberdade na execução do trabalho paga-se um alto preço.

O mais grave equívoco que se pode cometer na análise das complexidades atuais é não entender que as aparentes mudanças, justificadas por belos nomes, escondem a reprodução da mesma razão que justificou, historicamente, a criação de um Direito do Trabalho numa perspectiva estrutural e estruturante.

Identificar a subordinação nestes novos arranjos do mundo do trabalho é relevante não para se fazer uma apologia da subordinação, mas para deixar claro que ela existe e, assim, para que se faça a necessária incidência das garantias do Direito Social na realidade, pois, afinal, foi essa a ficção jurídica que se criou para identificar a relação de emprego, que, por sua vez, representa a expressão que retrata a exploração do trabalho alheio numa lógica produtiva.

Bem se poderia dizer, tentando simplificar as coisas, que o Direito do Trabalho deve ser aplicado em qualquer relação de trabalho, mas essa afirmação, muitas vezes bem intencionada, faz uma indevida equiparação entre um autêntico trabalho autônomo, que efetivamente existe, e outros, de natureza puramente assalariada, que apenas têm aparência de autonomia.

Talvez o ideal fosse que todos pudessem ser donos do resultado de seu trabalho, mas isso, dentro de uma lógica capitalista não ocorrerá sem que, antes, o próprio modelo se tenha rompido e não se pode imaginar que meramente negar, do ponto de vista teórico, a existência da subordinação seja uma atitude revolucionária.

Falar da subordinação e apontar sua existência não é evitar que se possa avançar nesse aspecto da correlação entre capital e trabalho, muito pelo contrário, pois só se pode mudar uma realidade que se conheça. As aparências, determinadas por nomes e codinomes, fazem com que se vislumbre uma realidade que de fato não existe.

Por exemplo, estamos aqui fazendo uma interlocução com a tese das mudanças no mundo do trabalho, mas, percebe-se, a partir dessa discussão, estamos formalizando uma generalização completamente alheia à realidade. Diz-se que o mundo do trabalho mudou e pronto, atraindo a formação de vínculos autônomos. Mas, a realidade demonstra que, do ponto de vista geral, as mudanças atingem um pequeno número de trabalhadores. A maior parcela ainda está vinculada, certamente, a profissões que nenhum efeito sofrem dessas alterações (a não ser no prisma da realidade virtual típica de filmes como Matrix): cortadores de cana, colhedores de laranja, escriturários em bancos, secretárias, pedreiros, serventes, ajudantes, telefonistas, operadores de telemarketing, vendedores, balconistas, escriturários, faxineiros, operários, auxiliares de toda espécie, forneiros, operadores de máquinas, operadores de empilhadeira, torneiros mecânicos; açougueiros; padeiros; porteiros; vigias; vigilantes; enfermeiros, auxiliares de enfermagem, cozinheiros,

garçons, caixas, carpinteiros, montadores, carregadores, azulejistas, cabeleireiros, manicures, cobradores, mecânicos de manutenção, estoquistas, repositores, professores, eletricitas, digitadores, maquinistas, técnicos em eletrônica, motoristas, gerentes, sub-gerentes, chefes de seção, lixeiros, domésticos, isso sem falar nas profissões liberais (médicos, engenheiros, advogados) tantas vezes utilizadas no contexto do empreendimento alheio...

7. A Supersubordinação: Instrumentalizando a Reversão.

Pois bem, o que fazer?

Inicialmente, há de se reconhecer que toda essa análise, para efeitos jurídicos, não pode se limitar à constatação dos fatos como são. Não se trata da realização de um roteiro de novela: “A vida como ela é!”

Essa avaliação deve instigar a busca de soluções concretas para os problemas detectados. A fórmula, no entanto, já está dada: a efetivação dos Direitos Sociais.

Ou seja, o que precisamos, urgentemente, constatando que na essência o modelo de sociedade é ainda o mesmo, é recobrar a autoridade dos dispositivos constitucionais do Direito Social, postos para a formação de um regime capitalista com responsabilidade social¹⁶.

Em segundo lugar, é importante reconhecer que a reconstrução da ordem jurídica não se dará com a mera declaração judicial de vínculos de emprego cuja configuração fora fraudada, pois isso apenas incentiva a repetição do mesmo fato, ou seja, apenas dá seguimento a lógica da mesma linha de destruição dos Direitos Sociais. Ora, se o único risco que o empresário que não registra corre é o de se ver condenado a registrar e pagar o que deveria já ter pago, então, vale a pena não cumprir, imediatamente, o direito.

Para mudar o rumo dessa história, é preciso não se deixar levar por cantos da sereia. As palavras, como estamos vendo, exercem grande influência em nosso raciocínio. Avaliamos os fatos por um aspecto pré-determinado e não somos capazes de enxergá-los por outros ângulos. Ficamos enquadrando o mundo nas palavras que criamos.

Em épocas distintas muito próximas, cumpriram esse papel de nos cegar, palavras como “globalização”, “modernidade”, “pós-modernidade”, “positivismo”, “flexibilização”, “parassubordinação”...

Juridicamente, para caminhar, efetivamente, em sentido contrário, é essencial que se diga, por exemplo, que a mera contratação

16 Lembre-se que a Constituição Federal consagrou em seu artigo 1º. como princípios fundamentais da República, a proteção da “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. No artigo 170, “caput”, estabeleceu que a ordem econômica deve seguir os ditames da “justiça social”, observando o valor social da propriedade (inciso III) e a busca do pleno emprego (inciso VIII). E, fixou os direitos dos trabalhadores, art. 7º. a 9º., como direitos fundamentais.

de um trabalhador, com as características do empregado, sem o devido reconhecimento jurídico dessa relação (registro e anotação da CTPS) não é simples irregularidade formal. Trata-se, isto sim, de uma ilegalidade que gera, por si, autêntico dano de natureza pessoal (não é, propriamente, um dano moral, embora com tal designação insista a doutrina) e social, sendo o infrator sujeito passivo de demandas reparatórias nestes dois sentidos. Não é somente de interesses individuais que se cuida, pois a eficácia do Direito do Trabalho está ligada à fórmula de sobrevivência do próprio modelo de sociedade.

O desrespeito deliberado e inescusável de direitos trabalhistas conduz o trabalhador a uma condição de sub-cidadania, já que o Direito do Trabalho, conforme expressa o Min. Maurício Godinho, é o marco regulatório mínimo da cidadania (ou o patamar mínimo civilizatório). Não cumprir direitos trabalhistas de forma grosseira, intencional, portanto, não é mero "inadimplemento contratual". Trata-se, isto sim, de uma agressão ao cidadão trabalhador e, porque não dizer, a toda a sociedade.

Lembre-se que o Direito do Trabalho é o retorno de natureza sócio-econômica que se confere ao trabalhador para que este venda a sua força de trabalho ao modelo de produção capitalista. A economia se desenvolve à custa dos serviços dos trabalhadores. Vislumbre-se, por exemplo, uma cidade como São Paulo: tudo que se nela vê - e não é pouca coisa - foi fruto do trabalho (muito trabalho) - quase sempre trabalho por conta alheia. E o tudo que se vê não são apenas as pontes, as ruas, os carros (muito carros), praças, túneis, edifícios (muitos edifícios)... São também as roupas e alimentos (muitos alimentos...)

Mas, essa exploração foi acordada (e assim aceita) pela promessa de projeto social. No contexto do Estado Social Democrata, mantendo-se a lógica capitalista, a exploração do trabalho, que não deixa de existir, é amenizada, atraindo um aspecto de harmonização de interesses, em razão da concessão de garantias trabalhistas e sociais.

Assim, se há uma relação de trabalho, pela qual o trabalho alheio é utilizado para o desenvolvimento de um projeto de acumulação de capital, sem o efetivo respeito aos direitos sociais (que servem, muitos deles, para preservação da saúde e para o convívio social e familiar), quebra-se o vínculo básico de uma sociedade sob a égide do Estado de Direito Social. O dado da exploração é o único que sobressai. É a exploração pela exploração, nada mais. Aliás, a compensação de natureza social não existindo gera uma super-exploração. Juridicamente falando, a subordinação se potencializa, fazendo surgir, então, a figura da supersubordinação.

O supersubordinado, portanto, por definição, é o trabalhador, ser humano, reduzido à condição de força de trabalho, já que desrespeitados, deliberadamente e como estratégia econômica, seus direitos fundamentais.

O supersubordinado não é um tipo específico de trabalhador. É a designação do trabalhador, em qualquer relação de emprego, que tenha tido

a sua cidadania negada pelo desrespeito deliberado e inescusável aos seus direitos constitucionalmente consagrados¹⁷.

Aquele a quem se denomina parassubordinado é, na verdade, quase sempre, um supersubordinado.

É imperativo inverter a lógica do raciocínio que nos tem sido imposta e que, como dito, nos cega. De tanto falar em “flexibilização” esquecemos que a função essencial do Direito do Trabalho é melhorar a condição social e econômica do trabalhador, considerando que já seria uma grande conquista garantir os direitos mínimos consagrados nas leis e na Constituição, os quais, de direitos mínimos foram transformados, então, em direitos máximos; ao analisarmos os aspectos formais da compensação de jornada não mais colocamos em discussão a ilegalidade da utilização de trabalho em horas extras de forma ordinária e até legitimamos a situação criando o instituto das “horas extras habituais”...

Cumpre esclarecer que não é meramente a falta do registro que delimita a figura aqui tratada. Um empregado, devidamente registrado, por óbvio, pode ser um supersubordinado quando seus demais direitos sejam pura e simplesmente desconsiderados, como, por exemplo, trabalho em horas extras de forma ordinária com ausência do pagamento correspondente ou até mesmo com o pagamento respectivo se prestadas as horas extras de forma ordinária¹⁸ (variando, neste caso, apenas o grau da supersubordinação); instituição de um banco de horas que se desenvolve com nítido propósito de fraudar o direito ao recebimento de horas extras; terceirização, que nada mais é que a mercantilização do ser humano; terceirização no setor público; “dispensas” sem qualquer motivação, com agressão, por conseguinte, aos preceitos jurídicos essenciais da boa-fé e do necessário exercício não-abusivo de direitos, sobretudo quando não acompanhadas do pagamento das ditas “verbas rescisórias”; atraso reiterado no pagamento de salários; pagamento de salário por produção com baixo valor unitário, forçando a execução de tarefas em ritmo acelerado e extenuante etc.

Qualquer pessoa de mediana inteligência e que tenha a capacidade de se colocar no lugar do outro, que também é um cidadão, saberá compreender os problemas pessoais (de natureza patrimonial e extrapatrimonial) sofridos por alguém, que tem na venda da força de trabalho a sua única fonte de sobrevivência e de inserção social, quando, por exemplo, não recebe em dia o seu salário e quando perde o emprego e, pior ainda, quando isso se dá sem sequer o recebimento das verbas rescisórias.

Há, evidentemente, graus de supersubordinação, mas em todas as situações destaca-se o ponto em comum que é o da tentativa deliberada de fraudar a concreta e devida aplicação dos Direitos Sociais. Uma

17 Não se pode conceber que o ordenamento jurídico agasalhe um pretenso “direito a desrespeitar direitos fundamentais”.

18 Incentivada por uma política de baixos salários.

desconsideração pura e simples do parâmetro jurídico da cidadania em termos trabalhistas, visando obter vantagem econômica a partir disso.

Deve-se perceber que todo vínculo humano precisa ser pautado pela boa-fé, sendo este um dos postulados mais importantes da vida em sociedade. Ora, se alguém busca, intencionalmente, conduzir outra pessoa a firmar um negócio pelo qual esta se vê obrigada a abrir mão de direitos fundamentais, não se pode deixar de reconhecer que, no mínimo, houve agressão ao princípio da boa-fé, que requer uma repercussão jurídica específica.

Há pouco tempo atrás, um amigo de um amigo, médico, que reside em Passárgada, perguntou-me o que ele poderia fazer diante da proposta de um hospital de que ele constituísse uma pessoa jurídica para continuar trabalhando no hospital executando os mesmos serviços, mediante salário, e realizando plantões... Em situações como esta o trabalhador, mesmo de alto nível cultural e econômico, tende a aceitar a proposta pois, na verdade, não tem alternativa: é pegar ou largar¹⁹. Instaure-se, assim, nítida coação moral qualificada, pois que se busca obter proveito da impossibilidade concreta de reação da vítima.

Importante recordar, ainda, que nos casos específicos da ausência de registro, em muitas situações o trabalhador se vê privado também dos direitos previdenciários. Passa, posteriormente, por uma verdadeira saga para conseguir reconhecer seu tempo de serviço perante a Previdência Social e auferir seus benefícios²⁰. Mesmo que o venha a conseguir, sabe-se lá quanto tempo depois, isso não retira o dano pessoal experimentado durante o tempo em que se viu privado de tais direitos, mesmo que deles, efetivamente, não tenha necessitado, pois a idéia principal da noção de seguro, e, por óbvio, também do seguro social, é conferir conforto (segurança) à pessoa, fruto da consciência de que poderá contar com o benefício acaso dele precise.

É evidente que nem toda ausência de registro ou descumprimento de direitos trabalhistas pode ser entendida como fraude a ponto de se identificar a supersubordinação. Bem se sabe que há negócios jurídicos mal formados, seja por uma leitura equivocada dos preceitos jurídicos, seja por conta até de uma razoável controvérsia acerca de um instituto jurídico específico, seja, ainda, pela própria dinâmica das relações de trabalho, que às vezes se iniciam de um modo, com nítidas características de um trabalho não subordinado (eventual) e depois vai transmutando sem uma percepção plena das partes.

19 E largar emprego não é mesmo uma atitude muito sensata, ainda mais em mundo onde se difunde a idéia de que o emprego não mais existe.

20 Ainda mais agora após decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou incompetente a Justiça do Trabalho para cobrar as contribuições previdenciárias decorrentes da sentença declaratória do vínculo empregatício, mesmo que se possa apontar a inconstitucionalidade da decisão.

Mas, é impossível negar ter havido má-fé e, conseqüentemente, a ocorrência da supersubordinação nas situações em que o empregador é reincidente²¹ na conduta já declarada ilegal ou mesmo nas hipóteses em que, do conjunto da obra, não se possa deixar de extrair a sua verdadeira vontade²² de meramente vilipendiar (negar por convicção) a ordem jurídica social.

Um raciocínio induzido pela busca da identificação da supersubordinação permitirá perceber, ademais, que não raro quanto maior a liberdade maior o estado de sujeição ao trabalho, sendo que, na busca de elementos jurídicos para a correção da realidade, possibilitará recobrar que o bem jurídico do Direito do Trabalho não é o trabalho e sim o ser humano...

Permite, ainda, constatar que em muitas situações o supersubordinado não é meramente o trabalhador subordinado transformado, formalmente, "autônomo". Supersubordinado, também, e até em grau mais elevado, é aquele a quem se confere, por relações negociais em rede, a aparência de empregador.

Importa saber que quando partes da produção deixaram as grandes fábricas, passando a ser realizadas em pequenas unidades, houve uma grave repercussão na condição pessoal de inúmeros trabalhadores. Tais atividades passaram a ser geridas por ex-empregados da grande empresa, quase sempre o gerente, o supervisor, ou o chefe de seção, os quais foram transformados em empresários, mas mantendo-se na execução das mesmas tarefas anteriores de organizar a produção, subordinando mão-de-obra alheia.

Esse "empresário" é um empresário aparente. Não é um micro empresário, é um nano empresário, ou um pseudo-empresário. Não possui capital, embora o ostente pelos utensílios que lhe são transferidos, e sua atividade empresarial limita-se a se inserir no contexto do interesse econômico de outra empresa, ou empresas, que lhe exploram os serviços.

É a esse fenômeno que o Direito do Trabalho, modernamente, precisa estar voltado e isto implica, necessariamente, uma releitura do pressuposto básico de que uma pessoa jurídica não pode ser empregado. O fato é que este empresário é tão empregado da grande empresa como seria se estivesse dentro da fábrica, exercendo a função de gerente (ou supervisor) de uma unidade ou seção específica, organizando os fatores da produção, nele inclusos a subordinação da mão-de-obra.

21 A noção jurídica da reincidência, vale lembrar, atrai a figura do dolo, do qual se pode validamente extrair a má-fé, e foi trazida, expressamente, no art. 59, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e, no Direito Penal, constitui circunstância agravante da pena (art. 61, I, CP) e impede a concessão de fiança (art. 323, III, CPP).

22 A atitude deliberada e assumida de desrespeito à ordem jurídica é um valor jurídico, haja vista o disposto no inciso LXVII, do art. 5º., da CF.

Na verdade, não se trata de uma alteração do pressuposto jurídico de que a pessoa jurídica não se integra numa relação de emprego na condição de empregado, até porque a proteção do ser humano constitui a essência do Direito do Trabalho, e sim de fixar o alerta de que mesmo a transformação do trabalhador em empresário não muda a sua vinculação jurídica ao capital.

Como efeito, não se dirá que a pessoa jurídica em questão é empregada da outra empresa que toma os seus serviços, e sim que a pessoa cujo trabalho sirva à satisfação do interesse econômico de outrem é empregado, ainda que ostente, do ponto de vista fático e jurídico, a condição de empresário. Imaginemos a seguinte situação: uma pequena empresa cuja atividade seja admitir pessoas para costurar calçados, sendo que estes calçados são direcionados (ou mesmo vendidos) a uma grande empresa, que os comercializa livremente no mercado, adicionando-lhes o valor da marca. A própria estipulação do valor dos calçados costurados (ou mesmo prontos) é uma via de mão única, ou seja, uma manifestação unilateral de vontade da grande empresa. Ao pequeno empresário resta, como se diz popularmente, fazer um milagre, para que possa pagar os salários daqueles que lhe prestam serviços, satisfazer os custos da produção no que se refere à matéria-prima, aluguel do imóvel, contas de água, luz, telefone e tributos diversos e ainda extrair uma parcela de lucro, que, no fundo, não é, propriamente, um lucro, é a remuneração do seu próprio trabalho. Essa situação, não raramente, força o pequeno empresário a descumprir algum dispositivo legal de nível social ou tributário, para que possa extrair o seu pagamento.

É assim que muitas vezes se apresentam perante o juiz do trabalho, em uma reclamação trabalhista, de um lado, um empregado, naturalmente, miserável, e, de outro, um “empregador” tão ou, às vezes, ainda mais miserável, o que induz à aparência de que o Direito do Trabalho gera um custo excessivo para o empregador.

Esse empresário não é, propriamente, um capitalista. Trata-se, isto sim, de um trabalhador travestido de empresário. Ele possui apenas a aparência de empregador e não o é porque lhe falta a essência da aquisição desta condição, qual seja, o capital. Do ponto de vista da sociedade de classes, ele se insere, inquestionavelmente, na classe trabalhadora, não se confundindo, nem de longe, com o autêntico capitalista, embora até possa ter prazer em ostentar a condição de “empregador”²³.

23 Quantos não são os “empresários”, proprietários de empresas de terceirização, por exemplo, que se apresentam em reclamações trabalhistas completamente desprovidos de capacidade econômica, embora tenham colocado inúmeros trabalhadores a serviço de grandes empresas?

Adite-se, no que se refere ao empresário aparente, que sua exploração embute, ainda, um aspecto ainda pior que é o de lhe ter sido transferida parcela do risco econômico, que era próprio da grande empresa, situação que, para ser corrigida, requer uma indenização específica de cunho pessoal, além de outra de natureza social, já que a formalização do negócio jurídico por parte da grande empresa teve apenas o condão de evitar a sua responsabilidade com o custo social do trabalho.

Destaque-se, por fim, que muitas vezes ao próprio trabalhador pode parecer interessante ostentar a condição de pessoa jurídica ou empresário, seja pelo aspecto da “capitis diminutio” que, culturalmente, se atribuiu ao termo empregado, seja por conta do proveito tributário que possa auferir, qual seja, deixar de pagar imposto de renda referente à pessoa física, pagando apenas imposto de pessoa jurídica, que possui, como se sabe, várias possibilidades de descontos de despesas.

No entanto, como por várias vezes já manifestado, nem mesmo o interesse do trabalhador pode ser invocado como causa excludente da relação de emprego, já que o custo social do trabalho, que incide sobre a relação de emprego serve (ou deve servir) a toda à sociedade, sobretudo àqueles que não conseguem se inserir no mercado de trabalho.

Nessas situações, portanto, há de se reconhecer que esse “empresário” é empregado da empresa que se vale da sua atividade, não inibindo tal configuração o fato de executar esses serviços a mais de uma empresa, integrando-se todas, para fins trabalhistas, ao conceito de grupo econômico. Por consequência, os empregados do tal “empresário” serão, verdadeiramente, empregados da empresa final.

A situação refletida na supersubordinação, nas hipóteses de mascaramento da relação de emprego por intermédio de negócios jurídicos fraudulentos, de mera ausência de registro, de desrespeito deliberado e contumaz de direitos trabalhistas mesmo em relações de emprego assumidas como tais e de transferência do risco econômico para parcela de trabalhadores, transformados, formalmente, em falsos autônomos, pessoas jurídicas ou empregadores aparentes, revela, portanto, claramente, um dano à dignidade humana que deve ser reparado, além de um inquestionável dano de natureza social.

Na perspectiva da repercussão social, é evidente que o reconhecimento da supersubordinação e a determinação de sua reparação não devem estar sujeitos ao interesse particular do trabalhador lesado. Lembre-se que a fiscalização do trabalho é um dever do Estado, já instituído como direito fundamental no Tratado de Versalhes, de 1919.

A situação, portanto, requer atuação “ex officio” do juiz, que é um ente, igualmente, estatal. Dizer que o juiz não pode atuar neste sentido é negar-lhe a condição de representante do Estado. É uma mera discussão a respeito de distribuição de competências, que se utiliza apenas para negar eficácia a atuação do Estado.

A Consolidação das Leis do Trabalho, aliás, possui várias determinações de atuação de ofício do juiz a respeito: arts. 39²⁴, 832, § 1º.²⁵, e 652, “d”²⁶, da CLT, por exemplo.

Na mesma linha, o art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, garantiu ao juiz a possibilidade de proferir decisão alheia ao pedido formulado, visando a assegurar o resultado equivalente ao do adimplemento: “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” Permite-lhe, ainda, “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito” (§ 4º.). Acrescenta o § 5º que “Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

Em âmbito mundial, vários são os exemplos de penalização de empresas que descumprem seus compromissos sociais em termos de preservação de direitos humanos. Muito se fala a respeito da proteção do meio-ambiente, mas é óbvio que a proteção do ser humano está em primeiro plano, pois um meio ambiente saudável sem homens saudáveis que dele possam usufruir nada vale.

Roberto Basílone Leite, em sua obra, *Introdução do Estudo do Consumidor*²⁷, traz uma análise de caso paradigmático dessa atuação jurisdicional corretiva, ocorrido nos EUA. Trata-se do caso *Gore vs BMW*, do

24 “Verificando-se que as alegações feitas pelo reclamado versam sobre a não existência de relação de emprego ou sendo impossível verificar essa condição pelos meios administrativos, será o processo encaminhado a Justiça do Trabalho ficando, nesse caso, sobrestado o julgamento do auto de infração que houver sido lavrado.”

§ 1º - Se não houver acordo, a Junta de Conciliação e Julgamento, em sua sentença ordenará que a Secretaria efetue as devidas anotações uma vez transitada em julgado, e faça a comunicação à autoridade competente para o fim de aplicar a multa cabível.

§ 2º - Igual procedimento observar-se-á no caso de processo trabalhista de qualquer natureza, quando fôr verificada a falta de anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social, devendo o Juiz, nesta hipótese, mandar proceder, desde logo, àquelas sobre as quais não houver controvérsia.”

25 “Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.”

26 “Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

(....)

d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência”.

27 LEITE, Roberto Basílone. *Introdução ao direito do consumidor*. São Paulo: LTr, 2002. p. 97-100.

qual se extraiu o princípio jurídico do desestímulo, que é “princípio oriundo do Direito Penal, apropriado pela doutrina civilista que trata da responsabilidade por danos metapatrimoniais”. Esclarece o autor que “diante de uma lei destinada a garantir determinado direito consumerístico, tanto individual, quanto difuso ou coletivo, presume-se implícito, nas punições nela estipuladas, o intuito de desestimular o possível infrator à prática do ato ou omissão lesivos”.

Dada a pertinência, convém reproduzir o relato de Basilone:

“Exemplo bem ilustrativo da aplicação do princípio do desestímulo, colhido por Paulo Soares Bugarin, consiste na decisão prolatada no caso BMW of North America, Inc. versus Gore. Após²⁸ adquirir um veículo BMW novo de um revendedor do Estado do Alabama, Gore descobriu que o carro fora repintado. Ajuizou ação de ressarcimento de danos (compensatory damages) e de punição por danos (punitive damages) contra a American Distributor of BMW, em que a empresa foi condenada ao pagamento de US\$ 4.000,00 a título de compensatory damages e mais US\$ 4 milhões a título de punitive damages.

A sanção foi reduzida posteriormente pelas Cortes superiores, mas o que interessa, neste passo, é apenas destacar o raciocínio lógico da primeira decisão. US\$ 4 milhões teria sido o valor dos lucros obtidos pela empresa com a venda de todo o lote ‘condenado’ de veículos repintados. Com tal punição, pretendia o juiz criar um precedente tendente a eliminar no produtor justamente o interesse econômico da assunção do risco de lançar produto defeituoso no mercado.

É comum o empresário pautar suas decisões exclusivamente com base em cálculos financeiros. Suponhamos que, num lote de determinada mercadoria pronto para a comercialização, o produtor constate um certo defeito em todas as unidades. O cálculo das probabilidades, no entanto, indica que poucos consumidores acabarão notando ou sofrendo prejuízos em decorrência desse defeito. O empresário poderá sentir-se tentado a ceder ao seguinte raciocínio: se vier a ocorrer dano a uns poucos consumidores e o ressarcimento das respectivas despesas for pequeno em relação aos lucros obtidos com a colocação daquele lote no mercado, compensa a ele correr o risco.

Contudo, se ele souber que a ocorrência de lesão a um único consumidor o sujeitará a uma pena pecuniária equivalente ou até superior aos referidos lucros, não valerá mais a pena correr o risco: estará eliminada a própria vantagem subjacente à decisão de risco de comercializar o lote “defeituoso” que seria a certeza de algum lucro. O fator psicológico instaurador da tentação restará bastante

28 BUGARIN, Paulo Soares. “O direito do consumidor e o devido processo legal na moderna jurisprudência constitucional norte-americana: o caso BMW of North America, Inc. V. Gore”. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 234.

enfraquecido, pois seu objeto principal 'a certeza do lucro' terá sido eliminado. Nisso consiste o princípio do desestímulo.

Pode-se concluir, afinal, este tópico, mencionando que a indenização de desestímulo tem três funções distintas: a) a função reparatória ou compensatória, conforme se trate, respectivamente, de dano material ou imaterial; b) a função pedagógica ou didática, que procura sanar as eficiências culturais do lesante; c) a função punitiva ou de desestímulo, que diminui no lesante a pulsão para a prática lesiva."

A posição em questão vem se difundindo na jurisprudência brasileira nas matérias pertinentes ao Código do Consumidor, conforme decisão, proferida em 2007, pela 3ª. Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, no processo n. 7100120866, que tinha como partes, EVA SHIRLEI MELLO MACHADO e KATER ADMINISTRADORA DE EVENTOS LTDA., e da qual foi relator o Dr. Eugênio Facchini Neto, que contém a Ementa abaixo transcrita:

"TOTOBOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.
2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.
3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. "O Direito deve ser mais esperto do que o torto", frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.

4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de *overcompensantion*. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor.”

No acórdão em questão, destaca o relator:

“A função punitiva, presente na antigüidade jurídica, havia sido quase que esquecida nos tempos modernos, após a definitiva demarcação dos espaços destinados à responsabilidade civil e à responsabilidade penal. A esta última estaria confinada a função punitiva. Todavia, quando se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, especialmente os danos morais puros, percebeu-se estar presente ali também a idéia de uma função punitiva da responsabilidade civil. Para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte representa uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular está-se também a *punir* o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização.

Com a enorme difusão contemporânea da tutela jurídica (inclusive através de mecanismos da responsabilidade civil) dos direitos da personalidade, recuperou-se a idéia de *penas privadas*. Daí um certo *revival* da função punitiva, tendo sido precursores os sistemas jurídicos integrantes da família da *common law*, através dos conhecidos *punitive* (ou *exemplary*) *dammages*. Busca-se, em resumo, ‘punir’²⁹ alguém por alguma conduta praticada, que

29 “Quanto à não exclusividade do direito penal para o exercício de funções sancionatórias, veja-se Paolo Cendon, “Responsabilità civile e pena privata”, in: Francesco D. Busnelli e G. Scalfi (org.), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 294, os estudos de Paolo Gallo, especialmente *Pene Private e Responsabilità Civile*, Milano: Giuffrè, 1996, e *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. III, *Analisi Economica del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1998, esp. p. 91s., e Giulio Ponzanelli, *La respnsabilità civile - profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 30 e s.No direito francês, v. menção feita por Geneviève Viney, na sua *Introduction à la Reponsabilité*, volume integrante do *Traité de Droit Civil*, dirigido por Jacque Ghestin, Paris: L.G.D.J., 1995, p. 122 e 123. No direito norte-americano, na obra coletiva *Punitive Damages* (Chicago: University of Chicago Press, 1992), v. especialmente a introdução de Cass Sunstein, “To punish or not” (p. 75/76), além de Thomas H. Koenig and Michael L. Rustad, *In Defense of Tort Law*, New York: New York University Press, 2003, esp. p. 23/28.”

ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalecente em determinada comunidade³⁰.”

E, mais adiante destaca o aspecto da relevância social do dano, que não se repara na perspectiva individual, sobretudo quanto este se apresente ínfimo: “individualmente os danos sofridos foram ridiculamente ínfimos. Mas na sua globalidade, configuram um dano considerável. Tratando-se de fenômeno de massa - e fraudes do gênero só são intentadas justamente por causa disso (pequenas lesões a milhares ou milhões de consumidores) - a Justiça deve decidir levando em conta tal aspecto, e não somente a faceta individual do problema.”

Ainda em matéria consumeirista, recentemente, a Microsoft foi multada pela Comissão Européia da Concorrência em 899 milhões de euros, por ter quebrado regras da livre concorrência, conforme revela a reportagem do Portal da Revista Exame na internet (<http://portalexame.abril.com.br/ae/economia/m0152907.html>).

No Brasil, em março de 2008, o PROCON do Distrito Federal notificou a TAM em razão da alegação de ter servido **lanche com data vencida** aos passageiros de um voo. O fato, segundo noticia o PROCON, sujeita a TAM ao pagamento de uma multa que varia de R\$212,00 (duzentos e doze reais) a R\$3.1000.000,00 (três milhões e cem mil reais).

Em abril de 2008, a Volkswagen assinou acordo com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça, pelo qual se fixou o prazo de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, para que a Volkswagen desse início ao procedimento de recall dos 477 mil Fox produzidos pela empresa desde 2003, além da obrigação da empresa “recolher R\$ 3 milhões ao Fundo Federal de Defesa de Direitos Difusos, uma espécie de multa ou compensação por ter exposto os consumidores a risco”³¹, representado pelo fato de que o manuseio do banco traseiro teria machucado e até mutilado dedos de usuários.

É evidente que esses efeitos jurídicos devem repercutir também em matéria trabalhista. Assim, a adoção das práticas acima indicadas, identificadas como hipóteses de supersubordinação, deve gerar indenizações em nível pessoal e social, passando, assim, a ser um efetivo risco para seus autores e não mais um prêmio, risco este, aliás, que deve servir como desestímulo para a reiteração das atitudes fraudulentas. A repercussão econômica do ilícito, em termos de indenização, não se

30 “Trata-se de uma função freqüentemente invocada pelos tribunais, do que serve de exemplo o seguinte acórdão: ‘Responsabilidade civil. Dano moral. Acusação injusta de furto em mercado. A injusta imputação de furto a cliente de mercado e a sua revista causam constrangimento passível de indenização. A fixação do dano deve levar em conta o caráter compensatório e *punitivo*’ (TJRS, 6ª. CC., C.C. 70001615152, j. em 11.04.01, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier).”

31 Segundo: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u392014.shtml>

destina, propriamente, a enriquecer a vítima e sim a punir o agressor da ordem jurídica social, para que a situação, efetivamente, se altere. Para a consecução dos fins próprios do projeto de Estado Social, a maior relevância é a real aplicação dos preceitos jurídicos trabalhistas, que não são, vale lembrar, revolucionários, mas contribuem sobremaneira para o implemento de uma sociedade capitalista mais saudável e humana.

A destinação da penalidade de natureza social não é fixada por lei e fica, portanto, ao critério do juiz, podendo ser destinada ao próprio trabalhador, vítima direta do ilícito, ou, dependendo do montante, diante da maior gravidade do fato, ser revertida, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, instituído pela Lei n. 9.008/95 (Regulamentada pelo Decreto 1.306/94)³², com autorização judicial para que fique a cargo do Ministério Público do Trabalho a fiscalização da efetiva aplicação da verba em atos de reconstituição dos bens lesados, sobretudo no que tange a inibir a repetição da aludida prática, tais como a realização de diligências conjuntas com o Ministério do Trabalho; implementação de cursos de formação e de requalificação de trabalhadores quanto a conhecimento de seus direitos; concretização de Fóruns sobre a saúde do trabalhador no campo; desenvolvimento de pesquisas e armazenamento de dados sobre as condições de trabalho; divulgação de campanhas educativas e de esclarecimentos sobre a ilegalidade cometida, voltando-se sempre à realidade das comunidades locais abrangidas pela situação apurada.

As fórmulas jurídicas, para se trilhar um caminho em sentido contrário ao do movimento reducionista, são, portanto: a) a do dano social³³, configurado pela deliberada ou recorrente agressão à ordem jurídica dirigente econômico-social estabelecida na Constituição Federal e nos mais diversos tratados internacionais sobre a questão trabalhista; b) a do dano pessoal, vislumbrado na supersubordinação a que se submetem os trabalhadores cujos direitos trabalhistas são vilipendiados como estratégia de obtenção de benefício concorrencial ou de auferir maior lucro e, principalmente, aqueles que são transformados, formalmente, em pessoas jurídicas ou em empresários aparentes; c) a da subordinação estrutural, integrativa ou reticular, para ligar, efetivamente, numa perspectiva obrigacional, o autêntico capital³⁴ ao trabalho, suplantando as aparências.

32 Ou, ainda, ao Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, tratado no art. 3º, da Emenda Constitucional n. 45: "Art. 3º A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas."

33 Para maiores considerações sobre o dano social vide SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, "O dano social e sua reparação", *in* Revista LTr: Legislação do Trabalho - v. 71 n. 11 nov. 2007, Revista Justiça do Trabalho, n. 228, dez/07, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, ano 19, n. 225, março/08, pp. 58-72.

34 Segundo relata o economista Márcio Pochmann, a economia mundial está concentrada nas mãos de 500 empresas.

A respeito da subordinação reticular destaca-se a Ementa a seguir transcrita:

“EMENTA: ‘SUBORDINAÇÃO RETICULAR’ - TERCEIRIZAÇÃO - EXTERNALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ESSENCIAIS - EMPRESA-REDE - VÍNCULO DE EMPREGO COM BANCO - 1.

A nova organização produtiva concebeu a empresa-rede que se irradia por meio de um processo aparentemente paradoxal, de expansão e fragmentação, que, por seu turno, tem necessidade de desenvolver uma nova forma correlata de subordinação: a **‘reticular’**. **2.** O poder de organização dos fatores da produção é, sobretudo, poder, e inclusive **poder empregatício de ordenação do fator-trabalho**. E a todo poder corresponde uma antítese necessária de subordinação, já que não existe poder, enquanto tal, sem uma contrapartida de sujeição. Daí que é decorrência lógica concluir que o poder empregatício do empreendimento financeiro subsiste, ainda que aparentemente obstado pela interposição de empresa prestadora de serviço. O primado da realidade produtiva contemporânea impõe reconhecer a latência e o diferimento da subordinação direta.” (Processo n. 01251-2007-110-03-00-5, Partes Recorrentes: 1. BANCO ABN AMRO REAL S/A.2. RODRIGO JOSÉ MACHADO. Recorridos: OS MESMOS e FIDELITY NATIONAL SERVIÇOS DE TRATAMENTO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES LTDA. TRT 3ª. Região, 1ª. Turma, Relator José Eduardo de R. Chaves Jr.)

Não se querendo ir muito longe em argumentos teóricos para se chegar à configuração da relação de emprego nas contratações em rede, basta lembrar que o art. 2º., da CLT, considera empregador a empresa que assume os riscos da atividade econômica. Ou seja, em palavras mais diretas: é empregador o capital e não a pessoa física ou jurídica que pura e simplesmente emite ordens ao trabalhador. Fosse assim, o chefe de seção, que aluga do supermercado a seção de frios, seria o empregador e não o supermercado. Lembre-se, ainda, do § 2º., do mesmo artigo, que considera, para fins trabalhistas, solidariamente responsáveis a empresa principal e todas as demais que com ela se interliguem na forma de um grupo econômico.

Cabe aos que constroem e aplicam o Direito do Trabalho terem a visão da necessária reconstrução jurídica da relação entre o capital e o trabalho, pois esse ramo do direito, para ser eficaz, depende - e só tem sentido neste contexto -, logicamente, do capital que o sustenta.

8. Conclusão.

A compreensão do novo instituto proposto, a supersubordinação, é extremamente útil, pois que se apresenta ao Direito do Trabalho como um instrumento eficaz para uma inserção adequada desse ramo jurídico

na realidade atual no sentido da proteção da dignidade humana em face do trabalho.

O mundo do trabalho está cada vez mais complexo e embora as novidades na maioria das vezes apenas signifiquem a criação de uma roupagem diversa para a mesma situação, não se pode deixar de reconhecer que para que o Direito do Trabalho cumpra o seu papel de regulador do mundo do trabalho de forma clara, direta, contundente, eficaz os seus institutos, sem criar fantasias que o afastem da realidade, devem ser constantemente atualizados.

Muitas vezes somos induzidos a acreditar em autênticos fatalismos históricos, como se nosso percurso na Terra já estivesse traçado. É evidente que não se pode ceder a esse tipo de raciocínio. Em termos de relações de trabalho, não se há de supor que as complexidades produtivas gerem, naturalmente, um mundo onde o desrespeito à condição humana seja visto como algo natural. Uma sociedade assim não tem como sobreviver e nem merece ser defendida.

Devemos sempre pensar na perspectiva do ideal. Mas, se nosso raciocínio estiver viciado em uma lógica de valores invertidos, seremos induzidos a considerar que o ideal é apenas um sonho, uma ilusão. A realidade, a vida como ela é, será sempre o avesso do ideal. Mas, que mundo é esse em que a justiça é um sonho e a injustiça algo natural?

Pensando, restritamente, nas relações de trabalho, o ideal é o império absoluto da boa fé, da confiança, e do respeito mútuo, onde as divergências, naturalmente existentes, por incidência dos postulados democráticos, sejam instigadas apenas pelo debate em busca da melhor forma de aperfeiçoar as relações humanas e não a partir dos propósitos de enganar e de levar vantagem sobre o outro.

Não se pode, jamais, conceber como natural essa inversão e muito menos que o direito e seus “operadores” estejam a serviço de sua perpetuação. Os direitos trabalhistas, constitucionalmente assegurados, foram consagrados como direitos fundamentais. Para usar expressão do prof. Maurício Godinho Delgado, os direitos sociais trabalhistas constituem o patamar mínimo civilizatório. Querer obter vantagem econômica com o sacrifício desses direitos é, claramente, portanto, uma ofensa de caráter pessoal e social.

Impõe-se, de uma vez por todas, uma mudança de perspectiva no Judiciário trabalhista a respeito da eficácia dos direitos sociais, até por conta da alteração constitucional imposta pela EC n. 45 ao art. 114, vez que foi retirada a ênfase que antes existia sobre a conciliação. A Justiça do Trabalho, que era competente, para conciliar e julgar, agora deve “processar e julgar”.

O fato é que enquanto o mundo do trabalho passa por enormes efervescências, exigindo uma visão estrutural do modelo de produção (sobretudo por conta da reiterada iniciativa de diversos segmentos econômicos de terceirizar sua produção ao infinito, de utilizar de

trabalhadores sem o devido reconhecimento da relação de emprego, de desenvolver sua atividade por intermédio de contratos precários ou por meio de uma política de rotatividade da mão-de-obra) não há como seguirem-se reproduzindo incontáveis esforços mentais, de pessoas extremamente capazes e inteligentes, na Justiça do Trabalho, em discussões diárias para definir se o intervalo para refeição e descanso não cumprido gera reflexos em FGTS, férias e 13º. salário, ou se há, ou não, incidência de INSS sobre aviso prévio indenizado...

A propósito da terceirização, por exemplo, reconhecida como juridicamente válida pela Justiça do Trabalho, por intermédio da Súmula 331, do TST, tem-se difundido um autêntico canto da sereia. A formalização do contrato de emprego e a declaração da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços fornecem a ilusão de que o terceirizado está devidamente protegido e em situação muito melhor que a do cooperado ou a do suposto autônomo, que sequer são registrados. Mas, por detrás dessa aparente situação favorável escondem-se discriminações, desconsideração da condição humana, insegurança social, econômica e jurídica para os trabalhadores, que “pingam” de um local para outro, ineficácia das normas trabalhistas e redução constante de direitos. Trata-se de um sistema extremamente perverso vez que descansa sobre a retórica do fornecimento de oportunidade de trabalho, mas que aniquila toda a base existencial das garantias trabalhistas.

A própria terceirização já aperfeiçoou seu dado de perversidade, gerando a expulsão dos trabalhadores do âmbito da fábrica pelo processo de subcontratações acima referido. Onde antes havia uma fábrica, na qual se efetivava toda execução das tarefas necessárias para a consecução de um produto, agora há apenas uma espécie de montagem do produto final a partir de componentes que foram fabricados sabe-se lá aonde. Esse sistema tem o nítido propósito de desvincular o capital do trabalho, dificultando sobremaneira a vida dos trabalhadores, que se vêem diante de um empregador aparente, desprovido de capital, com relação ao qual não têm sequer como exigir o cumprimento de direitos, sendo impensável, então, engajarem-se em um movimento associativo para busca de melhores condições de trabalho.

Está mesmo na hora de dar outro nome para nossa história. Somos instigados a pensar que nada muda para melhor e que todos os arranjos sócio-econômicos conduzem à degradação dos valores humanos. Mas, devemos acreditar que seja exatamente o contrário.

A inteligência humana, ademais, só pode ser exercida em prol da construção de uma sociedade mais justa. Este é o postulado necessário de todo raciocínio jurídico, conforme imperativo do art. 1º., da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no sentido de que todos os homens são dotados de razão e consciência e que devem utilizá-las para agir, concretamente, em relação aos outros, considerados membros de uma família, a família humana, com espírito de fraternidade e com respeito

aos seus direitos e à sua dignidade. Vimos, recentemente, que estamos sendo capazes de produzir atletas com super-poderes. Será que estamos avançando, na mesma proporção, na formação de seres humanos, ou o raciocínio reducionista tem nos impulsionado a reduzir o próprio nível de consciência da condição humana?

Em termos jurídicos trabalhistas, diante das perplexidades provocadas pelos arranjos propositalmente complexos do mundo do trabalho, para que o Direito do Trabalho possa, de forma eficaz, cumprir seu relevante papel de preservação do padrão mínimo de civilidade, caminhando em direção progressiva no sentido da elevação da condição humana, é essencial e urgente uma mudança de postura na avaliação desses arranjos, partindo do reconhecimento de que habita entre nós a supersubordinação, que merece efeito jurídico específico como imperativo da efetivação dos Direitos Humanos e da necessária reversão da lógica de um jogo perverso cuja reta final é a destruição da sociedade.

São Paulo, 11 de setembro de 2008.



DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ALGUMAS APROXIMAÇÕES¹

Ingo Wolfgang Sarlet²

1. Notas introdutórias: a dignidade da pessoa humana e a unidade axiológica (e aberta!) da ordem jurídica

Hoje praticamente não há quem questione que uma das funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana - cuja trajetória, especialmente no que diz com a sua evolução no plano histórico e filosófico aqui não poderá ser revisitada, mas que encontrou em Fábio Konder Comparato um dos mais expressivos comentadores³ - reside justamente no fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no "ponto de Arquimedes do estado constitucional"⁴. Como bem o lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e

- 1 O presente texto, ressalvados alguns ajustes importantes especialmente na parte introdutória e conclusiva, retoma escritos anteriores do autor, especialmente extraídos da obra *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007 e *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- 2 Doutor em Direito (Munique). Estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Munique (DAAD), como bolsista e pesquisador do Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique) e Georgetown Law Center (Washington-DC). Professor Titular da Faculdade de Direito e do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Professor do Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha). Professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Juiz de Direito no RS.
- 3 Cf. F. K. Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999.
- 4 Cf. G. Haverkate, *Verfassungslehre*, München: C. H. Beck, p. 142.

fim da sociedade e do Estado,⁵ razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como uma espécie de “alfa e ômega” do sistema dos direitos fundamentais.⁶

Tal concepção, à evidência, aplica-se também ao nosso constitucionalismo, igualmente caracterizado por uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que, no seu artigo 1º, inciso III, erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.⁷ Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição - pelo menos de acordo com seu texto - pode ser considerada como sendo uma Constituição comprometida com a plena realização da pessoa humana,⁸ ainda que não raras vezes este dado venha a ser desconsiderado e não corresponda muitas vezes à realidade.

Assim, como bem lembra Martínez, ainda que a dignidade (como valor) preexista ao Direito, certo é que o seu reconhecimento e proteção (mesmo que não por meio de uma positivação expressa) por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima.⁹ Aliás, tal dignidade tem sido reconhecida à dignidade da pessoa humana que se chegou a sustentar, parafraseando o conhecido art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa

5 Cf. J. Miranda, Manual de Direito Constitucional, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 180. Assim também J. C. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976., Coimbra: Almedina, 1987, p. 101, referindo que os preceitos relativos aos direitos fundamentais “não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus actos e atributos”. Entre nós, v., por todos, Rizzato Nunes, O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45 e ss.

6 Cf. F. Delpérée, O direito à dignidade humana, p. 161.

7 Neste sentido, v., dentre outros, J. Afonso da Silva, A dignidade da pessoa humana..., p. 91-92. Também E. Benda, Die Menschenwürde ist Unantastbar, in: ARSP n° 22 (1984), p. 23, embora para o caso da Alemanha, de há muito leciona que a noção de dignidade da pessoa constitui o ponto de partida e o centro da concepção de Estado e Direito adotada pela Lei Fundamental de 1949.

8 Cf. Podlech, in: Alternativ Kommentar, vol. I, p. 281. O mesmo se observa em relação à ordem jurídico-constitucional italiana, de acordo com F. Bartolomei, la dignità umana come concetto e valore costituzionale, p. 11, afirmando que a Constituição da Itália, ao reconhecer e assegurar a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, acabou criando uma ordem de valores centrada na personalidade humana.

9 Cf. M. A. Alegre Martínez, La dignidad de la persona..., p. 29. Entre nós e dentre outros, v. E. Pereira de Farias, Colisão de Direitos, p. 51, afirmando que o respeito pela dignidade da pessoa constitui elemento imprescindível para a legitimação da atuação do Estado.

não possui uma Constituição.¹⁰ Também por este motivo assiste inteira razão aos que apresentam a dignidade da pessoa humana (designadamente o seu reconhecimento, proteção e promoção) como sendo um importante critério indicativo da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional, já que diz com os fundamentos e objetivos, em suma, com a razão de ser do próprio poder estatal.¹¹ Nesta perspectiva - embora num sentido distinto - há como sustentar que a dignidade sempre também cumpre uma função política (normativa embora não jurídica) fundamental, atuando como referência para o processo decisório político e jurídico, visto que torna incontroversa (no sentido de uma "metáfora absoluta") a decisão em si mesma do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no âmbito de um consenso sociocultural (por exemplo, na afirmação de que uma violação da dignidade é sempre injusta!) e na condição de conceito referencial, ainda que no particular, sobre o que cada um entende por dignidade da pessoa e sobre o modo de sua promoção e proteção, existam muitas divergências.¹²

Se, por um lado, consideramos que há como discutir - especialmente na nossa ordem constitucional positiva - a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual aqueles seriam apenas concretizações,¹³ constata-se, de outra parte, que os direitos e

10 Cf. a expressiva formulação de M. L. Pavia, *La dignité de la personne...*, p. 105, admitindo, contudo, o tardio reconhecimento da dignidade da pessoa humana no âmbito da ordem jurídico-positiva francesa.

11 Assim o sustenta W. Brugger, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, p. 5 e ss.

12 V. neste sentido S. Baer, "Menschenwürde zwischen Recht, Prinzip und Referenz", p. 572-75.

13 Cf., entre nós, E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 54. Quanto a este ponto, já nos pronunciamos, em outra oportunidade, no sentido de revelar alguma reserva no que diz com a alegação de que todos os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 possam ser reconduzidos diretamente e de modo igual ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja pela extensão do nosso catálogo de direitos e garantias, seja pelas peculiaridades de algumas normas de direitos fundamentais, tal como ocorre com as regras sobre prescrição em matéria de direito do trabalho, a gratificação natalina (13^a salário), o dispositivo que impõe o registro dos estatutos dos partidos políticos junto ao TSE (art. 17 da Constituição de 1988), etc. Neste sentido, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 98. Neste mesmo contexto, cabe referir importante decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, citada por M. A. Alegre Martínez, *La dignidad de la persona...*, p. 47-48, onde, para além de reconhecer que a dignidade da pessoa representa um mínimo invulnerável que toda a ordem jurídica deve assegurar, a Corte Constitucional Hispânica sinalou que isto não significa que todo e qualquer direito fundamental possa ser considerado como inerente à dignidade da pessoa, nem que todos os direitos qualificados como fundamentais sejam integralmente condições essenciais e imprescindíveis para a efetiva incolumidade da dignidade pessoal. No âmbito da doutrina italiana, F. Bartolomei, *La dignità umana...*, p. 14, refere que a afirmação de

garantias fundamentais podem pelo menos em sua ampla maioria - embora sempre de modo e intensidade variáveis - serem reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas - de todas as pessoas! - como bem destaca Jorge Miranda.¹⁴ Neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade, embora sustentando que o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, admite, todavia, que o grau de vinculação dos diversos direitos àquele princípio poderá ser diferenciado, de tal sorte que existem direitos que constituem explicitações em primeiro grau da idéia de dignidade e outros que destes são decorrentes.¹⁵ Assim, mesmo que seja correta a assertiva de que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento informador dos direitos e garantias fundamentais também da Constituição de 1988 (o que, de resto, condiz com a sua condição de princípio fundamental) também é certo que isto não significa que todos os direitos fundamentais (até mesmo pelo fato de que sempre poderá haver direitos fundamentais em sentido eminentemente formal ou cuja fundamentalidade encontra-se diretamente lastreada em outros valores e opções do Constituinte) sejam uma decorrência direta da dignidade da pessoa humana. De outra parte, haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade da vinculação dos direitos fundamentais em espécie à dignidade da pessoa humana,¹⁶ aspecto que voltará a ser abordado no próximo segmento, naquilo que importa ao foco do presente ensaio.

um princípio geral de tutela da dignidade humana não importa, todavia, que todos os direitos individualmente considerados possam ser reconduzidos a um único direito. De resto, o entendimento de que todos os direitos fundamentais são diretamente fundados na dignidade da pessoa seria sustentável apenas em se partindo de um conceito exclusivamente material de direitos fundamentais, considerando como tais unicamente os que puderem encontrar seu fundamento direto na dignidade, concepção esta que, todavia não harmoniza com a Constituição Federal de 1988.

- 14 Cf. J. Miranda, *Manual...*, vol. IV, p. 181. Também K. Stern, *Staatsrecht...*, vol. III/1, p. 33, leciona que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base neste devem (os direitos fundamentais) ser interpretados.
- 15 Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...* p. 101-2.
- 16 Neste sentido também M. Herdegen, *Neuarbeitung von Art. 1 Abs.1*, p. 11 e ss., que, a despeito de criticar a dedução direta de todo o sistema dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa, reconhece que a ordem dos direitos fundamentais encontra-se significativamente impregnada com elementos da dignidade, bem como sustenta a tese do conteúdo diferenciado em dignidade da pessoa dos diversos direitos especificamente considerados (p. 14).

Neste passo, impõe-se seja ressaltada a função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana,¹⁷ no sentido de que este - por força de sua dimensão objetiva - serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.¹⁸ De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana - como também os demais princípios fundamentais da Constituição - acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo de criação e desenvolvimento jurisprudencial do Direito. Justamente no âmbito desta função do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo - aqui também afinados com o pensamento de Juarez Freitas - de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente “o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida”¹⁹. Vale dizer, nesta linha de pensamento, que os direitos fundamentais, assim como e acima de tudo, a dignidade da pessoa humana à qual se referem, apresentam como traço comum - e aqui acompanhamos a expressiva e feliz formulação de Alexandre Pasqualini -, o fato de que ambos (dignidade e direitos fundamentais) “atuam, no centro do discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético, em cuja unifixidade mínima, convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática”.²⁰ É nesta perspectiva que, no próximo segmento, que pretendemos explorar alguns aspectos que envolvem a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para o reconhecimento de direitos fundamentais para além dos como tais expressamente reconhecidos pelo Constituinte, no âmbito daquilo que se convencionou designar de abertura

17 Cf. Höfling, in: M. Sachs (Org) Grundgesetz, p. 116.

18 Neste sentido, já lecionava H. C. Nipperdey, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Org), Die Grundrechte, vol. II, p. 23, analisando o modelo germânico. Mais recentemente, v. Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, p. 183. Entre nós, v. E. Pereira de Farias, Colisão de Direitos, p. 54.

19 Cf. J. Freitas, Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional, in: AJURIS nº 76 (1999), p. 406. A respeito deste ponto, vale referir, ainda, recente e instigante ensaio de F. Hufen, In dubio pro dignitate - Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende de Lebens, in: NJW 2001, p. 849 e ss. No mesmo sentido (de que a solução que mais prestigia a dignidade da pessoa humana deve prevalecer), mas desenvolvendo também de modo geral a noção de uma espécie de ordem material de preferências (na condição de parâmetros normativos) a serem observadas por ocasião da ponderação de bens (interesses), v. A. P. de Barcellos, “Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional”, in: L. R. Barroso (Org), A Nova Interpretação Constitucional, especialmente p. 107 e ss.

20 Cf. A. Pasqualini, Hermenêutica e Sistema Jurídico, p. 80-1.

material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, precisamente o cerne da nossa breve contribuição. Para darmos conta da tarefa, iremos, numa primeira etapa, retomar algumas das questões centrais que dizem respeito à cláusula de abertura contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, para, na seqüência, discutir o problema da identificação de outros direitos fundamentais (expressa ou implicitamente positivados) com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

2. O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988 e a assim designada abertura material do catálogo de direitos e garantias fundamentais

Evitando adentrar a discussão em torno da efetiva viabilidade e utilidade de uma concepção dos direitos fundamentais atrelada à conhecida e possível classificação dos direitos em gerações ou dimensões²¹, assume-se desde logo como correta a afirmação, de resto largamente comprovada pelo conjunto dos direitos fundamentais reconhecidos pelo Constituinte de 1988, que o nosso catálogo constitucional de direitos e garantias é tanto multidimensional quanto multifuncional, visto que abrange tanto direitos de todas as dimensões (ou gerações, como ainda preferem alguns), quanto direitos (e deveres) que atuam como direitos negativos e positivos. Por outro lado, por mais analítica que seja a Constituição e por mais extenso que seja o elenco dos direitos expressamente reconhecidos como fundamentais por ocasião do pacto constituinte, isto não significa que não possam existir outras normas de direitos e garantias fundamentais, o que, de outra parte, não afasta a controvérsia sobre as possibilidades e limites que envolvem identificação de outras posições fundamentais no contexto da Constituição.

Neste sentido, consolidada na tradição jurídico-constitucional brasileira desde a Constituição Federal de 1891, a idéia de que também o atual artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988 assume a função de uma norma geral inclusiva que implica a impossibilidade de aplicar-se o tradicional princípio hermenêutico do *inclusius unius alterius est exclusius*, o que, em outras palavras, vale dizer que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode dela ser deduzido.²² Que a norma contida no dispositivo referido não possui caráter meramente declaratório e fundamenta um poder-dever de reconhecimento de posições fundamentais para além das expressamente (ou explicitamente, como preferem alguns) positivadas no texto como sendo

21 Sobre este ponto, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43 e ss.

22 V. igualmente o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 93 e ss., bem como, mais recentemente, J. Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 211-12.

de direitos e garantias fundamentais, deve igualmente ser levado a sério, mas não será aqui objeto de maior desenvolvimento.

Da mesma forma e ainda em caráter preliminar, cumpre afastar qualquer interpretação reducionista que pudesse ensejar a exclusão, por exemplo, do reconhecimento de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, com base na abertura material assegurada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição. Com efeito, a mera localização topográfica (no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos) não pode assumir o papel de critério determinante, seja em virtude da própria formulação aberta adotada pelo Constituinte (“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), seja pelo fato de que no artigo 7º (já no capítulo dos direitos sociais) restou expressamente consignado que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, igualmente apontando para a inclusão de outros direitos sociais, pelo menos no campo dos direitos dos trabalhadores. Sem prejuízo de outros argumentos que poderiam ser colacionados, o fato é que a doutrina brasileira amplamente majoritária, no que tem sido acompanhada pela própria jurisprudência, tem chancelado uma compreensão ampliativa e inclusive de direitos fundamentais de qualquer dimensão ou geração.²³

Assim e por todo o exposto, recolhemos aqui a lição de Menelick de Carvalho Neto, naquilo em que bem lembra que o artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta Magna traduz a noção de que a Constituição se apresenta como a “moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais”.²⁴ Na mesma perspectiva e partindo da premissa de que os direitos fundamentais são variáveis no “espaço” e no “tempo”, leciona Cristina Queiroz que a necessária abertura material do catálogo constitucional de direitos guarda conexão com a circunstância de que assim como inexistente um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe um rol fechado de riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes.²⁵

23 V. aqui, por todos (até mesmo pelo fato de se cuidar um autor de formação mais liberal-conservadora) M. G. Ferreira Filho, Comentários à Constituição de 1988, vol. I, p. 89 e 92.

24 Cf. M. de Carvalho Neto, “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”, in: J.A. Sampaio (Org). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais, p. 154.

25 Cf. C. M. M. Queiroz, Direitos Fundamentais (Teoria Geral), p. 49. No mesmo sentido, v. também L. Tribe, American Constitutional Law, p. 34/5, averbando - mediante referência à famosa IX Emenda da Constituição dos EUA, que esta contém uma norma de interpretação, já que a omissão de uma previsão formal no texto constitucional não implica necessariamente a impossibilidade do reconhecimento de determinado direito fundamental, justamente em face da não-exaustividade do catálogo constitucional.

Postas estas premissas, importa ainda lembrar que a partir da diretriz normativa do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, é possível sustentar a existência tanto de direitos expressamente positivados em outras partes do texto constitucional (portanto, para além do Título II) quanto de direitos positivados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil e que passam a integrar o nosso bloco de constitucionalidade, sem que se vá aqui adentrar a discussão a respeito da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos no âmbito da ordem jurídica nacional. Além desses direitos expressamente positivados, doutrina e jurisprudência têm reconhecido direitos que podem ser designados como implícitos, no sentido de direitos (posições) fundamentais subentendidos no sistema constitucional e que são sempre e neste sentido implicitamente positivados. De resto, quando no dispositivo ora comentado se afirma a existência de direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, evidentemente se está a cancelar a possibilidade também do reconhecimento de direitos e garantias implícitos. Que o princípio da dignidade da pessoa humana não é o único princípio fundamental relevante neste contexto já decorre da própria formulação utilizada pelo Constituinte (que se refere genericamente aos direitos decorrentes dos princípios), mas também guarda sintonia com a idéia de que existem outros princípios fundamentais que, embora guardem conexão (mais ou menos intensa!) com a dignidade da pessoa humana, possuem âmbito normativo autônomo.

Com efeito, sendo correta a premissa já sustentada de que os direitos fundamentais constituem - ainda que com intensidade variável - explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.²⁶ De tal sorte que há como endossar o pensamento de André Ramos Tavares quando - consideradas as ressalvas já feitas - sustenta a existência de uma consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana.²⁷

Por outro lado, um dos principais problemas a serem discutidos neste contexto diz respeito justamente ao papel dos princípios na identificação de direitos e garantias fundamentais situados em outras partes da Constituição e na dedução de posições fundamentais implícitas com base nos princípios. Com efeito, se em relação aos direitos fundamentais prévia e expressamente reconhecidos como tendo este status (designadamente os

26 Aqui vale colacionar a lição de D. Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne*, p. 70, ao referir que os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência por meio da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza e torna efetiva se não pelos direitos fundamentais.

27 Cf. A. R. Tavares, "Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem", in: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 4, jul./dez. 2004, p. 232 e ss.

arrolados no Título II da Constituição, que leva justamente a epígrafe “dos direitos e garantias fundamentais”) é possível partir da presunção de sua fundamentalidade em sentido material (e não meramente formal), o mesmo não é possível afirmar em relação a direitos situados em outras partes do texto constitucional. Com efeito, neste caso, não se pode prescindir de critérios indicativos da fundamentalidade em sentido material, que, por sua vez, carecem de fundamentação criteriosa e coerente. Também no caso do reconhecimento de posições fundamentais subjetivas (ou subjetiváveis) não expressamente agasalhadas no texto da Constituição, no caso, o que se convencionou designar de direitos fundamentais implícitos, os princípios fundamentais têm tido uma especial relevância. Que a dignidade da pessoa humana pontifica também neste contexto resulta evidente, embora seja menos evidente o modo pelo qual se tem dado este diálogo entre dignidade da pessoa humana e os demais princípios fundamentais. É justamente da função da dignidade da pessoa humana neste contexto (o da abertura material do catálogo de direitos fundamentais) que iremos nos ocupar mais detidamente no próximo segmento.

3 - O princípio da dignidade da pessoa humana como critério material para a identificação e fundamentação de direitos fundamentais para além dos expressamente positivados pelo Constituinte

Sem que se vá aqui aprofundar todas as facetas da problemática, é nosso propósito nesta quadra, partindo da premissa de que a dignidade da pessoa humana assume uma função de inequívoca relevância no que diz com a justificação, tanto da fundamentalidade de direitos e garantias expressamente positivados no texto constitucional, embora não no Título II, quanto na fundamentação de posições jusfundamentais implícitas (incluindo direitos e deveres), é possível afirmar que a circunstância de se estar em face de uma manifestação inequívoca da dignidade da pessoa humana (e de uma exigência concreta de sua proteção ou promoção) constitui indicativo seguro da fundamentalidade das correspondentes posições jurídicas.

Todavia, em se levando em conta que, com algum esforço argumentativo - de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio (e da própria noção) de dignidade da pessoa - praticamente tudo o que consta no texto constitucional pode - ao menos de forma indireta - ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental. Aplica-se aqui a concepção subjacente ao pensamento de Laurence Tribe e Michael Dorf, no sentido de que a dignidade (assim como a Constituição)

não deve ser tratada como um espelho no qual todos vêem o que desejam ver,²⁸ pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada.²⁹ Com efeito, não é à toa que, a partir da observação das hipóteses em que violações da dignidade foram esgrimidas na esfera judicial, se chegou a afirmar que quanto mais elevado o valor que tem sido atribuído à dignidade, mais triviais os objetivos para os quais tem sido invocada.³⁰ Assim, resulta evidente (também neste contexto) que nem mesmo em nome da dignidade, se pode dizer (ou fazer) qualquer coisa.³¹

28 Cf. L. H. Tribe e M. G. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 7, indagando se a Constituição é simplesmente um espelho no qual cada um enxerga o que deseja ver (Is the Constitution simply a mirror in which one sees what one wants to see?).

29 Convém, quanto a este ponto, tomar a sério a advertência de P. Häberle, *Menschenwürde als Grundlage...*, p. 823, recomendando um uso não inflacionário da dignidade e repudiando a utilização da dignidade de modo panfletário e como fórmula vazia de conteúdo. Neste sentido, por mais que se possa afirmar que, em matéria de dignidade e direitos fundamentais, seja melhor pecar pelo excesso, não há como desconsiderar o fato de que o recurso exagerado e sem qualquer fundamentação racional à dignidade - tal como vez por outra ocorre também entre nós - efetivamente pode acabar por contribuir para a erosão da própria noção de dignidade como valor fundamentalíssimo da nossa ordem jurídica. Aqui poderiam ser enquadradas, apenas em caráter exemplificativo e respeitando a nobre intenção dos prolatores da decisão - alguns julgados ampliando em demasia o significado da dignidade da pessoa humana, para afastar a impenhorabilidade de alguns bens, como no caso dos aparelhos de televisão, telefones, salvo, é claro, circunstâncias especialíssimas impostas pelo caso concreto. Pelo menos sujeito a controvérsias é o entendimento, sustentado pela 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do DF, no Julgamento da Apelação Cível nº 51.159-99, em Acórdão relatado pelo Des. Valter Xavier, afirmando que a cobrança de juros acima do limite constitucional de 12% ao ano constitui prática ofensiva à dignidade da pessoa humana, notadamente em se generalizando a afirmação. É claro que a prática da usura, em determinado nível, notadamente quando assume cunho extorsivo, poderá, dadas as circunstâncias do caso, configurar ofensa à dignidade. Da mesma forma, não se pretende afastar a viabilidade do argumento de que uma legislação permissiva de juros abusivos, possa acarretar situações incompatíveis com as exigências da dignidade. Todavia, acreditamos que se possa questionar a tese de que a simples cobrança de juros acima do limite constitucional seja, em princípio, ofensiva à dignidade, especialmente para o efeito de demonstrar um possível uso inflacionário da dignidade.

30 Cf. G. Frankenberg, *Autorität und Integration*, p. 272-3, referindo exemplos da vida forense alemã, como ocorreu com uma demanda intentada por um grupo de Juízes contra alterações introduzidas no âmbito da denominação de certos cargos e funções, ou mesmo de advogados que - inexitosos assim como os seus colegas magistrados - sustentaram a tese da inconstitucionalidade da obrigação de usar a toga, por ofensiva à sua dignidade. Outro caso colacionado pelo autor foi o do cidadão que processou a empresa telefônica pelo fato de que a conta - em função do software do processador de texto - escrevia, em "evidente" violação da dignidade, a letra "ö" como "oe".

31 Reportamo-nos aqui, embora o autor não tenha feito referência específica a qualquer princípio, ao magistério de L. L. Streck, *Hermetica Juridica e (m) Crise*, p. naquilo que bem aponta para os limites da interpretação.p.310 e ss., designadamente para o fato de que mesmo em sendo a norma o produto da atribuição de sentido a um texto, isto não significa que o intérprete esteja autorizado a "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa".

Assim, o fato é que - e ousamos enfatizar exaustivamente - sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso.

Muito embora não se possa falar de um limite previamente definido no que diz com a identificação de direitos fundamentais implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, também é correto afirmar que tal atividade reclama a devida cautela por parte do intérprete (já que de atividade hermenêutica se cuida), notadamente pelo fato de estar-se ampliando o elenco de direitos fundamentais da Constituição com as conseqüências práticas a serem extraídas, não se devendo, ademais, desconsiderar o risco - a exemplo do que já foi referido com relação à própria dignidade - de uma eventual desvalorização dos direitos fundamentais, já apontada por parte da doutrina.³²

Para além de servir de critério de justificação da fundamentalidade material de direitos positivados ao longo do texto constitucional e de reconhecimento de direitos implícitos (no sentido de subentendidos nos já expressamente consagrados), resta a indagação se do princípio da dignidade da pessoa - sem qualquer outro referencial adicional - poderão ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, ao que temos respondido afirmativamente.³³ Com efeito, ainda que nos tenhamos posicionado no sentido da inexistência de um direito fundamental à dignidade (como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária), nada impede - em que pesem as respeitáveis posições em sentido contrário³⁴ - que do princípio da dignidade da pessoa humana sejam deduzidas - mesmo sem qualquer referência direta a outro direito fundamental (o que

32 Referindo uma tendência para a panjusfundamentalização, no âmbito de uma inflação no campo do reconhecimento de novos direitos fundamentais, advertindo, neste contexto, para os riscos de uma banalização, v. o contributo de J. Casalta Nabais, *Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais*, in: AB VNO AD OMNES - 75 anos da Coimbra Editora, p. 980 e ss. Neste sentido, também aponta J. Rawls, *O Liberalismo Político*, p. 350, sustentando a necessidade de limitar-se "as liberdades àquelas que são verdadeiramente essenciais", pena de correr-se o risco de uma fragilização da proteção das liberdades mais relevantes.

33 Cf. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 109.

34 Questionando a possibilidade da dedução direta de direitos subjetivos do princípio da dignidade da pessoa humana, encontramos, dentre outros, a lição de W. Brugger, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, p. 19 e ss., consignando-se não ser esta a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência alemãs, que, de modo geral, sustenta a dupla dimensão da dignidade da pessoa humana como princípio e direito fundamental.

não significa que a conexão com outro (s) direito (s) não exista!) - posições jurídico-subjetivas fundamentais.

Mesmo assim, não há como desconsiderar a circunstância de que, justamente pelo fato de serem os direitos fundamentais, ao menos em regra, exigências e concretizações em maior ou menor grau da dignidade da pessoa, a expressiva maioria dos autores e especialmente das decisões judiciais acaba por referir a dignidade da pessoa não como fundamento isolado, mas vinculado à determinada norma de direito fundamental. Não é, portanto, sem razão que juristas do porte de um Ernst Benda chegaram a afirmar que os direitos e garantias fundamentais constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são - em certo sentido - mero desdobramento.³⁵

Nesta linha de raciocínio, sustenta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, em relação aos direitos fundamentais, pode assumir, mas apenas em certo sentido, a feição de *lex generalis*, já que, sendo suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexistente, em princípio, razão para invocar-se autonomamente a dignidade da pessoa humana, que, no entanto, não pode ser considerada como sendo de aplicação meramente subsidiária, até mesmo pelo fato de que uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente poderá constituir ofensa ao seu conteúdo em dignidade.³⁶ A relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim, caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais.³⁷ É neste contexto que se poderá afirmar, na esteira de Geddert-Steinacher, que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.³⁸

35 Cf. E. Benda, *Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Org), *Handbuch des Verfassungsrechts*, vol. I, p. 166. Também este parece ser o entendimento, na doutrina francesa, de D. Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne*, p. 70, ao sustentar que a dignidade, como realidade jurídica concreta, não existe a não ser por meio de sua realização por cada um dos direitos fundamentais.

36 Neste sentido, a lição de Höfling, in: M. Sachs (Org), *Grundgesetz*, p. 119.

37 Cf. a oportuna referência de H. Dreier, Art. 1 I GG, in: H. Dreier (Org), *Grundgesetz Kommentar*, p. 127

38 Cf. T. Geddert-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, p. 166, destacando, ainda, que a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio jurídico fundamental, atua - como já referido alhures - como princípio regulativo da interpretação constitucional.

Tal constatação não afasta, em princípio, a conveniência de que - justamente em função do alto grau de abstração e indeterminação que caracteriza especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo os direitos e garantias fundamentais concretizações daquele - diante de um caso concreto, busque-se inicialmente sondar a existência de uma ofensa a determinado direito fundamental em espécie, não apenas pelo fato de tal caminho se mostrar o mais simples, mas acima de tudo pela redução da margem de arbítrio do intérprete, tendo em conta que em se tratando de um direito fundamental como tal consagrado pelo Constituinte, este já tomou uma decisão prévia - vinculativa para todos os agentes estatais e particulares - em prol da explicitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa naquela dimensão específica e da respectiva necessidade de sua proteção, seja na condição de direitos de defesa, seja pela admissão de direitos a prestações fáticas ou normativas. Isto, contudo, não significa que uma eventual ofensa a determinado direito fundamental não possa constituir também, simultaneamente, violação do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, de modo que esta poderá sempre servir de fundamento autônomo para o reconhecimento de um direito subjetivo, neste caso, de cunho negativo.³⁹

Por sua vez, vale frisar, nada impede (antes pelo contrário, tudo impõe) que se busque, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção - mediante o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais - da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, pelo menos não expressamente, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto da Constituição.⁴⁰

Neste contexto, embora estejamos a tratar aqui mais especificamente de uma diretriz a respeito da titularidade dos direitos fundamentais em geral, há como sustentar, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, em um direito fundamental de toda a pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma determinada comunidade.⁴¹ Aproxima-se desta noção - embora com ela evidentemente

39 Vale frisar aqui que o âmbito de proteção da dignidade da pessoa não se encontra coberto de modo igual e isento de lacunas, já que a dignidade possui, consoante já destacado, uma normatividade autônoma. Neste sentido, v. Udo Di Fabio, *Der Schutz der Menschenwürde durch Allgemeine Programmgrundsätze*, p. 38.

40 Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage...*, p. 844, nos lembra, neste contexto, que o desenvolvimento pretoriano ou mesmo a nova formulação textual de direitos fundamentais específicos pode ser vista como uma atualização do postulado básico da proteção da dignidade da pessoa humana em face de novas ameaças.

41 É nesta linha que parece situar-se o entendimento de C. Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, p. 501 e ss., vislumbrando na dignidade da pessoa humana um direito a ser titular de direitos.

não se confunda - o assim denominado princípio da universalidade dos direitos fundamentais,⁴² que, nada obstante não consagrado expressamente pelo Constituinte de 1988 e a despeito da redação do *caput* do artigo 5º da nossa Carta Magna (atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes do país) a titularidade dos direitos fundamentais, reclama, todavia - como já tem decidido por várias vezes o nosso Supremo Tribunal Federal⁴³ - uma exegese de cunho extensivo, justamente em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que pelo menos os direitos e garantias fundamentais diretamente fundados na dignidade da pessoa podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade, excepcionando-se, à evidência, aqueles direitos cuja titularidade depende de circunstâncias específicas e que, de regra, nem mesmo todos os nacionais de um determinado Estado podem exercer,⁴⁴ como ocorre especialmente com os direitos políticos (ativos e passivos) ou mesmo com os direitos dos trabalhadores.⁴⁵

42 Sobre o princípio da universalidade dos direitos fundamentais v., entre outros, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 390 e ss., afirmando que os direitos fundamentais, em regra, são também direitos humanos, no sentido de que não são apenas direitos dos cidadãos portugueses, a não ser quando a própria ordem constitucional estabeleça (ou autorize expressamente o legislador para tanto) algumas exceções. Entre nós, v. o recente contributo de A. C. Nunes, *A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

43 Vale lembrar aqui, a título ilustrativo, o Acórdão proferido no processo de extradição nº 633/CH, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello (publicado no dia 06.04.2001), onde restou consignado que “O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*”.

44 Neste contexto, J. Miranda, *Manual...*, vol. IV, p. 217, reconhecendo o princípio da universalidade no direito constitucional português, averba que “todavia, há direitos que não são de todas as pessoas, mas apenas de algumas categorias, demarcadas em razão de factores diversos, sejam permanentes, sejam relativos a certas situações...”.

45 Aqui, em verdade - assim como na já citada decisão do nosso Supremo Tribunal Federal versando sobre a extradição - também se cuida de um exemplo de aplicação da máxima na dúvida em prol da dignidade, e, nesta quadra, da interpretação das próprias normas constitucionais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente quando se cuida de ampliar proteção e âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Nesta linha, situa-se decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (STC 95/2000, de 10.04.2000), que, na esteira de precedentes do próprio Tribunal, reafirmou o entendimento de que os estrangeiros gozam (na Espanha), em condições plenamente equiparáveis aos espanhóis, daqueles direitos que pertencem à pessoa como tal e que resultam imprescindíveis para a garantia da dignidade da pessoa humana (“los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que

Em sintonia com esta perspectiva, de uma tutela abrangente da pessoa humana, merecem destaque também os assim designados direitos de personalidade. Neste contexto, vale citar a lição de Paulo Mota Pinto, no sentido de que da “garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refracções essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de protecção desses direitos por parte do Estado”.⁴⁶ Assim, na formulação do mesmo autor, “a afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado”.⁴⁷ Aliás, é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir, também entre nós e apesar da omissão do Constituinte neste particular, a consagração - ainda que de modo implícito - de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade,⁴⁸ que, por sua vez, serve de fundamento à exegese ampliativa do artigo 11 e seguintes do Código Civil Brasileiro, no sentido de que também o elenco dos direitos de personalidade não é taxativo, no sentido de um *numerus clausus*.⁴⁹

resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”). Tal entendimento, recentemente reiterado (ainda na Espanha) na Sentença nº 95/2003, onde restou reconhecida a extensão do direito à justiça gratuita também para os estrangeiros, por seu turno, parece expressar a tendência majoritária da doutrina e da jurisprudência no Direito Comparado, também por influência da internalização dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, do que dá conta, por exemplo, o Acórdão nº 208/04, de 24.03.04, do Tribunal Constitucional de Portugal, onde - com base na dignidade da pessoa humana - foi outorgada a dispensa da taxa judiciária para cidadã brasileira que pretendia propor ação trabalhista. Relativamente a este ponto, importa, ainda, consignar que a extensão da assistência judiciária gratuita a qualquer pessoa (pelo menos em princípio) resulta da necessidade de se assegurar, a qualquer pessoa - para além de um direito a ter direitos - o direito a direitos fundamentais efetivos, notadamente no concernente aos direitos diretamente ancorados na dignidade da pessoa.

46 Cf. P. Mota Pinto, O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade, p. 151.

47 P. Mota Pinto, *idem.*, p. 152.

48 No direito brasileiro, com referência expressa - entre outros preceitos constitucionais - ao princípio da dignidade da pessoa humana, G. Tepedino, Temas de Direito Civil, especialmente p. 48-49, sustenta, com inteira razão, a existência de uma “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.”

49 A respeito dos direitos de personalidade e do fato de não representarem uma rol taxativo, v., ainda, dentre tantos, C. Ari Mello, “Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade” e F. S. de Andrade, “Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002”, ambos in: I.W. Sarlet (Org), O Novo Código Civil e a Constituição, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69 a 100 e 101 a 118.

Para além do já referido reconhecimento de um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como para citar outro exemplo vinculado à proteção da pessoa humana, em virtude de sua dignidade, vale destacar, pela sua atualidade e relevância, o direito (de personalidade) da pessoa à proteção contra eventuais excessos cometidos em sede de manipulações genéticas, inclusive no que diz com a fundamentação de um (novo?) direito à identidade genética da pessoa humana,⁵⁰ ainda não contemplado como tal (ao menos não expressa e diretamente) no nosso direito constitucional positivo.⁵¹ Também um direito à identidade pessoal

50 Vale registrar aqui a lição de J. C. Gonçalves Loureiro, O Direito à Identidade Genética do Ser Humano, especialmente p. 351 e ss., nada obstante admitindo outras possibilidades de fundamentação de um direito à identidade genética. M. Koppernock, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, por sua vez, fala em um direito fundamental à autodeterminação bioética, diretamente fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (este, por sua vez, também expressão da dignidade). Especificamente sobre as relações entre o genoma humano, a dignidade aos direitos fundamentais, v., ainda, dentre tantos que já se ocuparam do tema no âmbito da doutrina francesa, B. Mathieu Génome Humaine et Droits Fondamenteaux, Paris, Economica, 2000. Também em língua portuguesa, indispensável o contributo de P. Otero, Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano, Coimbra: Almedina, 1999. Para além disso, bem lembrando a necessidade de evitar uma “biologização” da pessoa humana, no contexto das ameaças acarretadas pelo uso das novas tecnologias, v. P. Pedrot, La dignité de la personne humaine a l'épreuve des technologies biomédicales, in: P. Pedrot (Dir), Éthique, Droit et Dignité de la Personne, p. 62. Entre nós, explorando com maestria a perspectiva jurídico-penal, v., por todos, P. V. S. Souza, Bem Jurídico Penal e Engenharia Genética Humana, São Paulo: RT, 2004 e, por último, a relevante contribuição de S. R. Petterle, O Direito Fundamental às Identidade Genética na Constituição Brasileira, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

51 Cumpre registrar aqui a previsão expressa feita pelo Constituinte de 1988 (art. 225, § 1º, inciso II, da Constituição) no sentido de impor ao poder público a tarefa de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.” Assim, não obstante - tal como frisado - não haja referência direta a um direito à identidade genética no direito constitucional positivo brasileiro, certo é que a expressão patrimônio genético (apesar de se cuidar de norma versando sobre a proteção do meio ambiente) pode ser lida como abrangendo o genoma humano, de tal sorte que nos parece legítimo concluir que, a partir de uma exegese sistemática, que leve em conta tanto o preceito ora ventilado, quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, também no direito pátrio há como reconhecer a existência de um direito à identidade genética da pessoa humana. Da mesma forma, em existindo tratado internacional ratificado pelo Brasil reconhecendo tal direito, este - muito embora o entendimento majoritário em sentido contrário do nosso Supremo Tribunal Federal - forte no artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, passaria - de acordo com a doutrina mais afinada com a evolução internacional - a ter hierarquia constitucional, aspecto que, embora controverso, não pode ser aqui simplesmente desconsiderado.

(neste caso não estritamente referido à identidade genética e sua proteção, no caso, contra intervenções no genoma humano) tem sido deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, abrangendo inclusive o direito ao conhecimento, por parte da pessoa, da identidade de seus genitores.⁵² Nesta mesma senda, reportando-se expressamente à conexão entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, já assume ares de consenso, também entre nós, o reconhecimento de um direito a livre orientação sexual, do que dá conta, em caráter meramente ilustrativo, a proteção jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo e todas as conseqüências que a doutrina e jurisprudência daí já tem extraído.⁵³

Também os assim denominados direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (atuando como direitos positivos), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que também nesta esfera é possível identificar exemplos de direitos fundamentais específicos não direta e expressamente positivados. Considerando que uma das tarefas elementares do Estado Democrático de Direito é a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material,⁵⁴ no contexto da garantia

52 Sobre o tema, v., entre nós, o recente estudo de M.C. de Almeida, DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana, especialmente p. 117 e ss., mediante uma fundamentação calcada não apenas nas experiências paradigmáticas do direito comparado, mas fundada justamente na abertura material do catálogo de direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana, tal qual consagrados na ordem constitucional brasileira.

53 Sem que se vá adentrar aqui a discussão em torno da qualificação da união entre pessoas do mesmo sexo como equivalente a união estável reconhecida e protegida no artigo 226, § 3º, da Constituição de 1988 (o que, por sua vez, nos remete ao problema da possibilidade de se admitir a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais), assume relevo, também neste contexto, que a dignidade da pessoa humana - de modo autônomo ou conexionado com outros direitos fundamentais - tem servido de suporte para o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, o que tem, pelo menos nesta seara, alcançado expressiva aceitação pela jurisprudência e doutrina. A respeito do tema, reportamo-nos, entre tantos, aos contributos (e aqui vão colacionadas duas das monografias referenciais sobre o tema) de L. A. D. Araújo, A Proteção Constitucional do Transexual, São Paulo: Saraiva, 2000, R. R. Rios, A homossexualidade no Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 e M. B. Dias, União Homossexual. O Preconceito & a Justiça, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, onde, de resto, também se encontram elementos a respeito da controvérsia apontada, no caso, da possibilidade de se considerar a união homossexual como união estável.

54 Esta a senda privilegiada, entre outros, por A. C. Wolkmer, "Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades", in: Revista de Informação Legislativa nº 122 (1994), p. 278 e ss., assim como por J. T. Alfonsin, O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia, especialmente p. 19-65.

de uma existência com dignidade⁵⁵ (que, de resto, assume também a condição de fim da ordem constitucional econômica, tal como dispõe o artigo 170 da Constituição de 1988) tem sido advogado o reconhecimento de um direito fundamental a um mínimo existencial, compreendido aqui não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar meramente a existência (a garantia da vida) humana em si (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital), mas sim, de uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável.⁵⁶ Tal concepção, de resto, encontra ressonância

55 Cf., dentre outros, Höfling, in: M. Sachs (Org) Grundgesetz, p. 109-10, assim como Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, p. 182. Na França, a íntima ligação entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa encontra-se referida por M. L. Pavia, Le principe de dignité..., p. 109-10, valendo-se do exemplo de um direito fundamental à moradia, recentemente guiado a objetivo constitucional pelo Conselho Constitucional, e tido, pela Corte de Apelação de Paris, como direito fundamental e objetivo de valor constitucional, em decisão na qual, no confronto entre o direito de propriedade, acabou deferindo aos ocupantes de um conjunto residencial, uma permanência mais prolongada nos imóveis. Também na Bélgica, sustenta-se que o direito a uma existência com dignidade implica o reconhecimento de um direito aos meios de subsistência mínimos, especialmente no que diz com o direito à assistência social. Neste sentido, v. F. Delpérée, O Direito à Dignidade Humana, p. 156 e ss. Assim também J. Miranda, Manual..., vol. IV, p. 186 (ao menos é o que se infere da referência a diversos direitos sociais). Entre nós, e mais recentemente, E. P. Nobre Júnior, O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, in: RDA nº 219 (2000), p. 247 e ss., advogando, com amparo na dignidade da pessoa humana, um direito a uma existência material mínima. Entre nós, mesmo antes da introdução de um direito social à moradia no artigo 6º da Constituição de 1998, já se registram diversas decisões reconhecendo a íntima vinculação da habitação com a dignidade da pessoa humana. No que diz com a vinculação dos direitos sociais com a dignidade da pessoa humana, vale referir (inobstante em caráter meramente exemplificativo), no que diz com a posição dos Tribunais pátrios, a ementa do Acórdão proferido em 19.08.99 pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 213422, tendo como Relator o Ministro José Delgado, concepção que tem sido objeto de reiterada chancela pelo mesmo Tribunal, como dá conta, entre outros tantos, o Acórdão proferido nos Eresp. nº 182223 (DJ 07.04.2003), relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, onde restou decidido que a finalidade da Lei nº 8.009/90 não se limita à proteção da família (no caso, cuidava-se de examinar a abrangência da proteção outorgada pela legislação referida ao bem de família), mas destina-se a resguardar a proteção do direito fundamental à moradia de qualquer pessoa humana, portanto, também do celibatário.

56 Para maiores referências e desenvolvimentos v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 329 e ss. E, de modo especial, o nosso conceito de dignidade da pessoa humana formulado na obra Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 62, de acordo com o qual a dignidade da pessoa humana consiste na "qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humana que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de

mesmo em pensadores de inspiração liberal, como é o caso - entre outros - do norte-americano Cass Sunstein, para quem um direito a garantias sociais e econômicas mínimas pode ser justificado, não apenas com base no argumento de que pessoas que vivem em condições desesperadoras não vivem uma vida boa, mas, também, a partir da premissa de que um regime genuinamente democrático pressupõe uma certa independência e segurança para cada pessoa,⁵⁷ o que, de certo modo, harmoniza com a noção de um mínimo existencial para uma vida com dignidade e um conjunto de direitos a prestações indispensáveis para a garantia deste mínimo,⁵⁸ sem prejuízo da dimensão negativa (defensiva) do mínimo existencial, inclusive no que diz com uma proteção contra o retrocesso.⁵⁹ Que a garantia do mínimo existencial se projeta também em outros direitos fundamentais,⁶⁰ e, além disso, exerce importante função na condição simultânea de limite (visto que pode justificar restrições a outros direitos em conflito) e limite dos limites a restrições de direitos fundamentais, não será aqui objeto de desenvolvimento.⁶¹

propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” Note-se, ainda, que o critério para definição do conceito indeterminado vida saudável é o conceito de saúde adotado pela OMS, no sentido da garantia de um completo bem-estar físico, mental e social, evitando assim a redução a um mínimo meramente vital ou mínimo existencial fisiológico

57 Cf. Cass Sunstein, *Designing Democracy*, p. 235.

58 A respeito do mínimo existencial, ainda que com variações significativas sobre sua fundamentação e conteúdo, v., no âmbito da doutrina nacional e dentre tantos que já se tem dedicado ao tema, especialmente as lições de Cf. R. L. Torres, inicialmente em seu pioneiro estudo “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, in: *Revista de Direito Administrativo* nº 177 (1989), p. 20 e ss., bem como, mais recentemente, no seu texto sobre “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”, in: R. L. Torres (Org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 239 e ss., e, por último, no seu belo ensaio sobre “A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”, in: I. W. Sarlet (Org), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, p. 1 e ss. Dentre a doutrina mais recente, reportamo-nos aos estudos de A.P. de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, e, por último, P. G. C. Leivas, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

59 A respeito da proteção contra o retrocesso e sua vinculação com o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 442 e ss.

60 Bastaria aqui apontar o exemplo do próprio de direito de propriedade, naquilo que cumpre uma função existencial (como meio de subsistência, moradia, etc.) e passa a ser blindado contra uma supressão ou outras formas de violação. Sobre este ponto, v. a paradigmática tese de L. E. Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

61 Aqui remetemos ao nosso *Dignidade da Pessoa Humana*, p. 121 e ss.

Já num outro plano - embora revelando direta conexão com a temática ora versada - situa-se o problema da extensão da abertura material dos direitos fundamentais para direitos de matriz legal, porquanto expressamente reconhecidos pelo legislador infraconstitucional. É o que ocorre, por exemplo, com alguns direitos de personalidade consagrados no atual Código Civil Brasileiro e não diretamente positivados na Constituição, bem como com o direito à prestação alimentícia, igualmente chancelado na legislação infraconstitucional material e processual, mas sem fundamento direto e exposto no texto constitucional vigente, salvo, por exemplo, de modo indireto, como quando se estabeleceu a possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos. Quanto a este ponto, se é verdade que a nossa Constituição não agasalhou dispositivo idêntico ao previsto na Constituição da República Portuguesa, onde, no artigo 16/1,⁶² restou, como já apontado, igualmente consagrada a noção de abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais,⁶³ abrangendo - como deflui da dicção do dispositivo constitucional citado - até mesmo direitos positivados no plano legal, isto não significa, necessariamente, a impossibilidade de se reconhecer a existência de direitos formalmente legais mas materialmente constitucionais entre nós. É preciso, contudo, que se compreenda - o que resulta particularmente evidente no caso dos direitos de personalidade e do próprio direito aos alimentos, que, em verdade, não estamos em face de direitos fundados diretamente na lei, mas sim, diante de direitos com fundamento (pelo menos implícito) e hierarquia constitucionais, regulamentados pelo legislador.

Em outras palavras, isto significa que, assim como os direitos específicos de personalidade expressamente elencados no Código Civil decorrem já de um direito geral de tutela e promoção da personalidade (por sua vez diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana), de tal sorte que até mesmo dispensável (embora certamente não irrelevante) a intervenção legislativa para efeito de seu reconhecimento e proteção,⁶⁴ também o direito aos alimentos - apenas para ficarmos nos exemplos colacionados - integra o conjunto de prestações indispensáveis ao mínimo existencial, já que destinado essencialmente (mas não exclusivamente) à satisfação das necessidades básicas do destinatário para uma vida com

62 “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”

63 Importa consignar, neste contexto, que a abertura material a outros direitos fundamentais também foi reconhecida em outro dispositivo da Constituição Portuguesa, no caso, o artigo 17, de acordo com o qual “o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no Título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”, enunciado que, contudo, parece excluir os direitos sociais prestacionais do seu âmbito de aplicação, o que não ocorre com o artigo 16, n.º 1.

64 Sobre este tópico, v., entre nós, C. A. Mello, *Contribuição para uma Teoria Híbrida dos Direitos de Personalidade*, p. 81 e ss.

dignidade.⁶⁵ Além disso, o exemplo da verba alimentar devida em função das relações de parentesco ou da união entre duas pessoas, aponta para uma possível eficácia em relação a particulares dos direitos fundamentais a prestações (que não se identificam apenas com os assim designados direitos sociais), pelo menos em algumas situações, aspecto que, contudo, aqui não será mais desenvolvido.⁶⁶

4 - Considerações finais:

De todo o exposto resulta evidente que o tema da abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais segue atual e relevante, constituindo terreno fértil tanto para o cientista quanto para o assim designado operador do Direito. Nenhuma Constituição, por mais analítica que seja, terá condições de determinar de forma exaustiva todas as necessidades e possibilidades de tutela em termos de direitos fundamentais, razão pela qual não se pode subtrair ao intérprete (aqui compreendido em sentido amplo e abrangendo todos os agentes diretamente envolvidos no processo de concretização e desenvolvimento da Constituição) a possibilidade de uma atuação criativa. Os poucos exemplos colacionados, amplamente justificados e chancelados por expressiva doutrina e jurisprudência (ainda que importantes as divergências sobre uma série de aspectos específicos) dão conta disso e constituem apenas pálida amostra de todo um universo a ser explorado. De outra parte, importa reafirmar que, para além até mesmo da possibilidade de se recorrer (inclusive nas hipóteses citadas) a fundamento diverso, designadamente, a normas de direitos fundamentais específicas, do princípio da dignidade da pessoa humana, paralelamente à sua dimensão jurídico-objetiva, é não apenas possível como necessário extrair direitos subjetivos (e fundamentais) com vistas à sua mais abrangente proteção e promoção.

A recomendar maior reflexão, todavia, está a relativamente freqüente afirmação da possibilidade de se extrair “novos” direitos fundamentais

65 Versando sobre este tópico, v., recentemente, o ensaio de J. Spagnolo, “Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana”, in: S. G. Porto e D. Ustároz (Org), *Tendências Constitucionais no Direito de Família*, p. 141 e ss., justamente propondo que o conteúdo da prestação alimentar tenha por referencial, especialmente quando da aferição de seu montante, tudo o que for necessário para uma vida com dignidade.

66 A respeito da eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares v. em especial D. Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 332 e ss., apontando, com acuidade, para a relevância da dimensão processual do problema, notadamente no que diz com os limites da atuação jurisdicional também nesta esfera, bem como, mais recentemente, o nosso “Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado”, in: *Revista de Direito do Consumidor* n° 61, jan.-mar. 2007, p. 90 e ss.

da Constituição e, no que nos diz mais de perto, da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, seguimos céticos em relação à própria definição do que efetivamente é um direito “novo”, ainda mais quando se constata - e os exemplos trazidos bem o demonstram - que o que está em causa é a tutela da mesma dignidade da pessoa ou, como se verifica em outras hipóteses, de direitos fundamentais já amplamente consagrados, pois o que efetivamente constitui uma novidade é o contexto no qual os direitos são exercidos, assim como novas (diferentes) são muitas vezes as formas de violação dos direitos, a exigirem igualmente resposta por parte do Estado e da sociedade. Bastaria aqui tomar o caso do direito à identidade genética da pessoa humana para bem ilustrar a questão, visto que se cuida de saber, em primeira linha, se o patrimônio genético da pessoa humana encontra-se abrangido pelo âmbito de tutela da nossa personalidade e se a proteção da dignidade alcança a vida embrionária, entre tantos outros aspectos correlatos que poderiam ser mencionados. Também a proteção da imagem e da honra segue tendo substancialmente o mesmo significado, seja a violação cometida pela imprensa escrita, seja ela veiculada pela internet ou outro meio antes não disponível. Em verdade, percebe-se que até mesmo alguns direitos fundamentais “clássicos” acabam sendo revitalizados e ganhando inclusive em importância e atualidade, como ocorre com a própria liberdade no âmbito da sociedade informatizada, na esfera da discussão em torno da inclusão digital e outros temas.

É por essas (e outras) razões que já se apontou para a circunstância de que em verdade o que ocorre não é propriamente o reconhecimento (seja pela positivação legislativa, seja pela criação jurisprudencial) de “novos” direitos, mas uma espécie de transmutação hermenêutica, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções dos direitos fundamentais já consagrados.⁶⁷ Em verdade, como bem alerta Erhard Denninger, ao nos depararmos com a pergunta sobre o que de novo efetivamente revelam os assim designados “novos” direitos da era tecnológica, talvez seja possível responder que eles nos levam a reconhecer que as antigas dificuldades da humanidade com a problemática da Justiça não lograram ser superadas pelo avanço tecnológico e científico.⁶⁸ Já de acordo com Antonio Carlos Wolkmer, para quem igualmente os direitos “novos” nem sempre são realmente “novos”, a novidade muitas vezes reside no modo de obtenção (e fundamentação, poderíamos acrescentar) dos direitos, que não se restringe necessariamente ao reconhecimento legislativo e jurisprudencial, mas resulta de um processo dinâmico e complexo de lutas específicas e de conquistas coletivas, até que se venha a obter a chancela pela ordem estatal, inclusive na esfera jurídica.⁶⁹

67 V., neste sentido, E. Denninger, *Der Gebändigte Leviathan*, p. 225-6.

68 Cf. E. Denninger, *op. cit.*, p. 229.

69 Cf. A.C. Wolkmer, “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos”, p. 20.

Feitas essas considerações e reafirmado o nosso ceticismo em relação à noção de “novos” direitos, pelo menos na forma um tanto quanto exagerada que por vezes tem sido utilizada, importa é que sejamos capazes de levar a sério todas as dimensões da abertura material do catálogo constitucional em matéria de direitos fundamentais, não olvidando que em matéria de tutela de direitos fundamentais, designadamente naquilo em que estiver em causa a dignidade da pessoa humana e ressaltados excessos e banalizações, ainda é melhor “pecar” pelo mais do que pelo menos, em outras palavras, pela inclusão do que pela exclusão. Um Direito e uma sociedade mais fraterna e altruísta, assim como uma sociedade genuinamente democrática, exigem uma compreensão inclusiva e abrangente da dignidade da pessoa humana e dos direitos e deveres fundamentais que lhe são inerentes. Também neste contexto constata-se a importância do conteúdo plural e democrático da dignidade da pessoa humana e dos princípios de um modo geral, mas também é perceptível a necessidade de sermos capazes de, mediante uma hermenêutica responsável, marcada acima de tudo pelo recurso a uma argumentação jurídica sólida e prudente, evitar os malefícios do uso meramente retórico, ou mesmo - o que é pior - muitas vezes arbitrário e autoritário desses mesmos princípios.

5 - Referências bibliográficas:

- ALFONSIN, J. T. O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- ALMEIDA, M. C. de. DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ANDRADE, F. S. de. Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002, I.W. Sarlet (Org), O Novo Código Civil e a Constituição, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ARAÚJO, L. A. D. A Proteção Constitucional do Transexual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BAER, S. “Menschenwürde zwischen Recht, Prinzip und Referenz”, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie n° 53, 2005, p. 571-588.
- BARCELLOS, A. P. de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. “Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional”, in: L. R. Barroso (Org), A Nova Interpretação Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.
- BARTOLOMEI, F. La Dignità Umana com concetto e valore costituzionale. Torino: G. Chiappichelli, 1987.

- BENDA, E. Die Menschenwürde ist Unantastbar. In: ARSP. Beiheft n° 22, 1984.
- BRUGGER, W. Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte. Baden-Baden: Nomos, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- CARVALHO NETO, M. de. "A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais", in: J.A. Sampaio (Org). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Del Rey, 2003, p. 140-163.
- CASALTA NABAIS, J. Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais. In: AB VNO AD OMNES - 75 anos da Coimbra Editora, 1995, p. 965-1004.
- COMPARATO, F. K. Afirmção Histórica dos Direitos Humanos, São Paulo: Saraiva, 1999.
- DELPÉRIÉ, F. O Direito à Dignidade Humana. In: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti (org), Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999, p. 151-162.
- DENNINGER, E. Der Gebändigte Leviathan. Baden-Baden: Nomos, 1990.
- DI FABIO, U. Der Schutz der Menschenwürde durch Allgemeine Programmgrundsätze. München: Reinhard Fischer Verlag, 1999.
- DIAS, M. B. União Homossexual. O Preconceito & a Justiça, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- DREIER, H. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 1 GG. In: H. Dreier (Org), Grundgesetz Kommentar, vol. I. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- ENDERS, C. Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung - Zur Dogmatik des Art. 1 GG. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- FACHIN, L. E. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, E. Pereira de. Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- FERREIRA FILHO, M. G. Comentários à Constituição de 1988, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FRANKENBERG, G. Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

- FREITAS, J. A Interpretação Sistemática do Direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____ Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional, in: AJURIS nº 76 (1999).
- GEDDERT-STEINACHER, T. Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Berlin: Dunker & Humblot, 1990.
- GONÇALVES LOUREIRO, J. C. O Direito à Identidade Genética do Ser Humano. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, p. 263-389.
- HÄBERLE, P. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft (in J. Isensee-P. Kirchhof (org), Hambdbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. I. Heidelberg: C. F. Müller, 1987.
- HAVERKATE, G. Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung. München: Verlag C. H. Beck, 1992.
- HERDEGEN, Matthias. „Neuarbeitung von Art. 1 Abs. 1 - Schutz der Menschenwürde“, in: MAUNZ, T; DÜRIG. G;(Org); Grundgesetz Kommentar, München: C.H. Beck, 2003.
- HÖFLING, W. Anmerkungen zu Art. 1 ABS. 3 Grundgesetz (in: M. Sachs (Org) Grundgesetz - Kommentar. München: C. H. Beck, 1996.
- HUFEN, F. In dubio pro dignitate - Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende de Lebens, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2001, p. 848-857.
- KOPPERNOCK, M. Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung. Baden-Baden: Nomos, 1997.
- LEIVAS, P. G. C. Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MARTÍNEZ, M. A. A. La Dignidad de la Persona como Fundamento del Ordenamiento Constitcional Español. León: Universidad de León, 1996.
- MATHIEU, B. Génome Humaine et Droits Fondamenteaux. Paris: Economica, 2000.
- MAUNZ, T.; ZIPPELIUS, R. Deutsches Staatsrecht. 29a ed. München: C. H. Beck, 1994.
- MELLO, C. A. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. I.W. Sarlet (Org), O Novo Código Civil e a Constituição, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69-100.

- MIRANDA, J. Manual de Direito Constitucional, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- NIPPERDEY, H. C. Die Würde des Menschen (in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Org), Die Grundrechte, vol. II). Berlin: Duncker & Humblot, 1954.
- NOBRE JÚNIOR, E. P. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, in: RDA nº 219 (2000), p. 237-251.
- NUNES, A. C. A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- NUNES, R. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, São Paulo: Saraiva, 2002.
- OTERO, P. Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano, Coimbra: Almedina, 1999.
- PASQUALINI, A. Hermenêutica e Sistema Jurídico - uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PAVIA, M. L. Le principe de dignité de la personne humaine: un nouveau principe constitutionnel (in: Rémy Cabrillac/Marie-Anne Frison-Roche/Tierry Revet (org) Droits et Libertés Fondamenteaux, 4^a ed.). Paris: Dalloz, 1997, p. 99-114.
- PEDROT, P. La dignité de la personne humaine a l'épreuve des technologies biomédicales, in: P. Pedrot (Dir), Éthique, Droit et Dignité de la Personne, p. 62.
- PETTERLE, S. R. O Direito Fundamental às Identidade Genética na Constituição Brasileira, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PINTO, P. M. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, p. 149-246.
- PODLECH, A. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. I Grundgesetz. in: R. Wassermann (org), Kimmentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativ Kommentar), vol. II, 2 a ed. Neuwied: Luchterhand, 1989.
- QUEIROZ, C. M. M. Direitos Fundamentais (Teoria Geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- RAWLS, J. O Liberalismo Político. 2^a ed. São Paulo: Ática, 2000.
- RIOS, R. R. A homossexualidade no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

- ROUSSEAU, D. Les libertés individuelles et la dignité de la personne. Paris: Montcherestien, 1998.
- SARLET, I. W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. In: Revista de Direito do Consumidor, nº 61, jan.-mar. 2007, p. 90-125.
- SARMENTO, D. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, J. A. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998, p. 89-94.
- SOUZA, P. V. S. Bem Jurídico Penal e Engenharia Genética Humana. São Paulo: RT, 2004
- SPAGNOLO, J. Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana”, in: S. G. Porto e D. Ustároz (Org), Tendências Constitucionais no Direito de Família, p. 141-154.
- STERN, K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Vol. III/1. München: C.H. Beck, 1988.
- STRECK, L. L. Hermenêutica Jurídica e (m) Crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SUNSTEIN, C. Designing Democracy. What Constitutions Do, New York: Oxford University Press, 2002.
- TAVARES, A. R. “Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem”, in: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 4, jul./dez. 2004.
- TEPEDINO, G. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, R. L. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in: R.L. Torres (Org), Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239-336.
- _____. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial, in: I.W. Sarlet (Org), Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

_____ O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais, in: Revista de Direito Administrativo nº 177 (1989).

TRIBE, L. American Constitutional Law. New York: Foundation Press, 1988.

TRIBE, L. H. e Dorf, M. G. On Reading the Constitution. Cambridge. Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976., Coimbra: Almedina, 1987.

WOLKMER, A. C. "Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades", in: Revista de Informação Legislativa nº 122 (1994).

_____ Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: Wolkmer, Antônio Carlos; Morato Leite, José Rubens (org). Os "Novos" Direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 1-30.

A PROTEÇÃO JURÍDICA AO TRABALHO DO IDOSO

Xisto Tiago de Medeiros Neto¹

SUMÁRIO:

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.
2. O DIREITO AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL.
3. O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO.
 - 3.1. INTRODUÇÃO.
 - 3.2. O IDOSO E A DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO.
 - 3.2.1. MOMENTOS DA OCORRÊNCIA E CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS.
 - 3.2.2. LIMITE MÁXIMO DE IDADE.
 - 3.2.3. A MAIOR IDADE COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE EM CONCURSO PÚBLICO.
4. PROFISSIONALIZAÇÃO DO IDOSO, ASSISTÊNCIA À APOSENTADORIA E INSERÇÃO NO TRABALHO FORMAL.
 - 4.1. REGISTRO INICIAL.
 - 4.2. A PROFISSIONALIZAÇÃO DO IDOSO.
 - 4.3. A PREPARAÇÃO PARA A APOSENTADORIA.
 - 4.4. O INCENTIVO PARA A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES IDOSOS.
5. CONSIDERAÇÃO FINAL.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A garantia jurídica da proteção ao idoso,² a exigir um sistema normativo adequado e a adoção de um conjunto de iniciativas e políticas públicas eficazes, é imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana - valor-fonte do ordenamento jurídico nacional (art. 1º, III, da Constituição da República) -, do qual se pode extrair as seguintes premissas indissociáveis da sua essência:

- a proibição absoluta pertinente a qualquer forma injusta de restrição aos direitos fundamentais da pessoa em razão do **fator idade**, abrangendo o **direito ao trabalho e à profissionalização**;
- a obrigação de se imprimir efetividade às medidas que promovam a oportunidade de acesso a tais específicos direitos, proporcionando a sua fruição.

1 Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho. Mestre e Especialista em Direito (UFRN). Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (graduação e pós-graduação). Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

2 A definição da idade-limite dessa condição foi dada pelo artigo 1º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), com a fixação dos 60 (sessenta) anos, eliminando-se a controvérsia havida relativamente à corrente que defendia o patamar dos 65 anos.

Nesse passo, a afirmação e o reconhecimento da dignidade do ser humano - nas múltiplas fases e áreas de sua vivência, distinguindo-se a **idade** como um dos mais relevantes aspectos - é fruto de lento e penoso processo de conquistas no caminhar das civilizações. Essa evolução gradual resultou na consagração da doutrina dos Direitos Humanos Fundamentais, definidos como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano - visualizado individualmente ou como integrante de grupos sociais -, e que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio da proteção contra o arbítrio do poder estatal e do estabelecimento de condições essenciais mínimas de vida e **desenvolvimento da sua personalidade**, independentemente do tempo de vida e em toda a extensão social, o que alcança o campo da profissionalização e do trabalho.

A tutela direcionada ao **idoso** e a relevância jurídico-social do respeito à sua dignidade expressam a tendência e a postura normativa universal quanto à **especificação** dos Direitos Fundamentais.

Na análise de Norberto Bobbio, essa especificação destacou, entre outros aspectos básicos inerentes à pessoa humana, as várias **fases da vida**, quando “foram-se progressivamente diferenciando os **direitos da infância e da velhice**, por um lado, e os do homem adulto, por outro”.³

É assim que, coerentemente, o direito à **profissionalização e ao trabalho do idoso** insere-se no Título II do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 01.10.2003), que trata dos **Direitos Fundamentais**, integrando, portanto, o elenco dos denominados **Direitos Sociais** de segunda dimensão,⁴ de acordo com a classificação utilizada pela doutrina, que concebe gerações correspondentes às fases da evolução dos

3 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62.

4 Estatuem, nesse sentido, os artigos 8º e 9º do Estatuto do Idoso, que “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente”, e que “é obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas públicas sociais que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

De sua vez, destacam-se da Lei nº 8.842, de 04.01.94, que dispõe sobre “a política nacional do idoso”, os seguintes preceitos:

“Art. 1º. A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”.

“Art. 3º. A política nacional de o idoso reger-se-á pelos seguintes princípios: I - a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida [...]”.

“Art. 10. Na implementação da política nacional do idoso, são competências dos órgãos e entidades públicos: [...] IV - na área de trabalho e previdência social: a) garantir mecanismos que impeçam a discriminação do idoso quanto a sua participação no mercado de trabalho, no setor público e privado [...]”.

Direitos Humanos Fundamentais, coincidentes com a cronologia do seu reconhecimento constitucional.⁵

Na Constituição da República de 1988, com efeito, encontra-se a base principiologicamente normativa que confere fundamento e imperatividade à **proteção ao idoso**, incluído, aqui, o direito ao exercício de **atividade profissional**. Destaca-se, nessa linha, conforme já acentuado, sob a proclamação da **dignidade humana** como alicerce do Estado democrático de Direito (art. 1º, III), os seguintes postulados:

- (a) o objetivo essencial da promoção do bem de todos, sem preconceitos, inclusive em relação à **idade** (art. 3º, IV);
- (b) a garantia da **igualdade** entre todos, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*);
- (c) a **liberdade** para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as exigências fixadas em lei (art. 5º, XIII);
- (d) a punição por lei de qualquer **discriminação** atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI);
- (e) a inserção do **direito ao trabalho** no rol dos direitos sociais fundamentais (art. 6º);
- (f) o dever da família, da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, assegurando sua **participação** na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (art. 230).

Registra-se, ainda, que a Organização das Nações Unidas - **ONU**, por meio da Resolução nº 46, de 16.12.1991, aprovada pela sua Assembleia Geral, estabeleceu os **princípios básicos** adotados pela comunidade internacional em relação ao idoso, implicando, por isso mesmo, vincular e direcionar a atuação do Brasil nessa área, merecendo realce as seguintes diretrizes-garantias:

- a **oportunidade de trabalhar** ou ter acesso a outras formas de geração de rendimentos;
- o direito de determinar o momento em que deve afastar-se do **mercado de trabalho**;

5 A primeira geração ou dimensão, identificada, a partir do final do século XVIII, volta-se para as liberdades públicas (direitos civis e políticos), em reação ao sistema despótico e ao arbítrio governamental; a segunda, que mais interessa nesta análise, ganhou ênfase após o primeiro grande conflito mundial e pauta-se pelo reconhecimento dos direitos sociais, culturais e econômicos, com inspiração no princípio da igualdade, em face dos problemas e injustiças decorrentes dos desníveis materiais da sociedade, geradores da denominada questão social; e a terceira, apreendida na sociedade contemporânea, descortina os direitos de solidariedade, reconhecidos como o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação e à autodeterminação dos povos, direcionando-se precipuamente contra a deterioração da qualidade da vida humana e a sua própria extinção.

- a permanência da sua integração na sociedade, a participação ativa na formulação e implementação de políticas que afetam diretamente o seu bem-estar e a transmissão aos mais jovens dos conhecimentos e habilidades;
- o aproveitamento das oportunidades para prestar serviços à comunidade, trabalhando como voluntário, de acordo com seus interesses e capacidades;
- o tratamento com justiça, independentemente da idade, sexo, raça, etnia, deficiências, condições econômicas ou outros fatores.

2. O DIREITO AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL

O trabalho integra o rol dos direitos fundamentais da pessoa humana, a partir da idade mínima permitida (16 anos, salvo a partir dos 14, na condição de aprendiz - art. 7º, XXXIII, da CF de 1988) e independentemente do avanço do seu tempo de vida.

Tem-se como absolutamente inaceitável, no âmbito do ordenamento jurídico-constitucional, a concepção de que a **idade** possa servir de motivação, direta ou indireta, para discriminar ou excluir pessoas, em especial na esfera do trabalho.

O fator idade, por consequência, somente poderá ser objeto de distinção quando invocado em benefício do idoso, e assim visando à sua inclusão, adaptação, manutenção, proteção ou aperfeiçoamento na atividade profissional. Nunca como *discrímen* negativo e prejudicial.

De acordo, pois, com o artigo 26 do Estatuto, garante-se ao idoso o **direito ao exercício de atividade profissional**, atendidas as peculiaridades e as necessidades reconhecidas em função da sua própria condição (possuir um maior tempo de vida: condição natural e inafastável inerente a todo ser humano).⁶

Saliente-se, de logo, a amplitude da expressão *atividade profissional*, a alcançar quaisquer modalidades de **trabalho**, independentemente da sua natureza: público, privado, subordinado, autônomo, urbano, rural, avulso, cooperado, intelectual, manual, técnico, temporário, parcial, integral, voluntário ou religioso.

Evidencia-se que, em todas essas situações, diante da proteção especial conferida pela lei, a atividade profissional desenvolvida, além de **digna, lícita e hígida** - requisitos gerais exigidos para qualquer trabalho -, há de ser também **compatível com as condições da pessoa idosa** - requisito específico justificado pela sua condição especial -, destacadamente:

6 Art. 26. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

- as condições **físicas**, que impedem a designação de tarefas que imponham desmesurada ou desproporcional carga de esforço e movimentos;
- as condições **intelectuais**, que proíbem serviços que impliquem conhecimentos ou técnicas de complexidade incompatíveis com a capacidade pessoal;
- as condições **psíquicas**, que vedam atividades que acarretem inadequada pressão psicológica, intensas situações de estresse ou carga emocional acima de limites razoáveis.

Portanto, a garantia legal ao exercício do direito ao trabalho exige a compatibilização entre as tarefas e atividades a serem desenvolvidas e as condições físicas, intelectuais e psíquicas próprias do idoso. A ausência de observação desse requisito equivalerá à negação do próprio direito, representando a quebra do cânone constitucional da igualdade, do qual emana a cláusula-princípio da proteção especial, a garantir tratamento legal diferenciado àqueles que se encontram em situação de desigualdade material, nesta exata medida.⁷ Trata-se, dessa forma, de uma **distinção** de conteúdo jurídico positivo, necessária à promoção real do valor igualdade.⁸

A proteção legal específica e prioritária, com efeito, destina-se a equilibrar situações sociais reconhecidamente desiguais, adversas em relação ao grupo humano identificado pela idade (os idosos), garantindo

7 São valiosas, sobre o tema, as observações de Lutiana Nacur Lorentz, pontuando que a norma da igualdade pode e deve, atualmente, ser compreendida por meio da expressão *'igualdade através da lei'*, significando "a possibilidade de criação, através de regras e princípios, de tratamentos diferenciados para pessoas ou grupos que têm desigualdades reais com relação ao resto da sociedade, para que, assim, ao final, todos possam ter uma igualdade real". Conclui a autora que "a igualdade como norma constitucional deve ser lida como a obrigatoriedade de tratamento isonômico entre todos os cidadãos e a possibilidade de tratamentos diferenciados a pessoas ou grupos que, por sua qualidade diferencial ou desequilíbrio fático com relação ao resto da sociedade, necessitam de um tratamento diferente, justamente porque a igualdade pressupõe o respeito e a preservação das diferenças individuais ou grupais, ou da diversidade que é inerente à natureza humana" ("Igualdade e Diferença como Direitos Fundamentais". *Revista do Ministério Público do Trabalho - Procuradoria-Geral do Trabalho*, nº 27, ano XIV, março/2004, Brasília, LTr Editora, p. 92 e 93).

8 Em síntese elogiável, Leonardo Vieira Wandelli pondera que "a igualdade jurídica se destina ao tratamento das desigualdades com igual valor, não para produzir homogeneidade de fato, mas igualdade de direitos em meio a identidades, valores e interesses plurais. A igualdade jurídica de tratamento deve tomar as diferenças de fato para realizar a igualdade em direitos". E complementa: "[...] Trata-se, em princípio, de realizar a igualdade em direitos de todas as pessoas singularmente distintas, afastando ou compensando as desigualdades de fato que se tornam obstáculo à igualdade dos cidadãos (*Despedida Abusiva*. São Paulo: LTr, 2004, p. 374).

tratamento e condições especiais, a fim de que cada um dos seus integrantes, em suas variadas realidades, possa ter acesso e usufruir os bens da vida e os direitos que são fundamentais à própria dignidade - como o é o **trabalho** -, e que assim não seria possível sem a garantia de uma tutela jurídica adequada.

É, nesse sentido, que o artigo 2º do Estatuto (Lei nº 10.741/2003) estabelece que “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei [...]”, e o artigo 3º, em seguida, dispõe que “é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito [...] ao trabalho [...]”.

De outro lado, a inserção do idoso em atividade profissional que lhe seja prejudicial, em desrespeito às condições pessoais (físicas, intelectuais ou psíquicas, por exemplo) e com sujeição a situações desfavoráveis ou danosas, configura ofensa inaceitável ao princípio da dignidade humana, por mais necessário e imprescindível que o rendimento do trabalho se apresente para a sua sobrevivência e a da própria família.

Na atualidade, é notório que as exigências e a complexidade de grande parte das atividades laborais, observadas no mercado de trabalho formal, estão a demandar cada vez mais conhecimento científico, vigor físico, raciocínio, celeridade e criatividade.

Em decorrência disso, no mundo empresarial do comércio, da indústria e dos serviços, a pujança do desenvolvimento técnico e da supremacia tecnológica, a força da competitividade, a inventividade, a velocidade dos mecanismos da produção e a urgência da busca de resultados têm constituído fatores de desvalorização, alijamento e exclusão dos idosos do universo laboral.

Nesse sentido, é impossível ignorar, como fenômeno do capitalismo global, que a maioria das atividades profissionais está direcionada, propositalmente, aos jovens, diante da concepção formada - mas nem sempre verdadeira - de que são estes mais produtivos, ágeis, adaptáveis a mudanças, habilitados, criativos e ousados.

Essa evidência constitui um verdadeiro estigma social do trabalho moderno. O não-enquadramento em tal perfil é, pois, uma sentença prévia e injusta de segregação social, que está a empurrar para as raias da inatividade até mesmo o grupo das pessoas que já atinge o patamar dos 40 anos, e que passaram a integrar o grupo dos “idosos precoces” no universo profissional.

Eis o fenômeno denominado “juvenilização do trabalho”, condenável, sob todos os ângulos, pela lente da justiça social e que tem infligido um preconceito odioso, nessa área, em relação ao idoso.

Faz-se necessário eliminar de vez a idéia nefasta e culturalmente renovada de que o aumento da idade - condição natural da evolução temporal do ciclo de vida - conjuga-se sempre com substantivos como a incapacidade, a deficiência, a improdutividade ou a inabilidade para o trabalho.

A verdade, segundo revela o filósofo alemão Frank Schirmacher,⁹ destacado estudioso sobre o tema, é que a eventual lentidão ou a diminuição do vigor das pessoas idosas em relação ao trabalho são compensadas com a sua maior experiência, confiança e estabilidade emocional, devendo-se, por isso, cuidar de inseri-los em funções adaptadas às suas qualidades, igualmente imprescindíveis para qualquer atividade humana. Afirmo, também, de maneira categórica, que não há estudo que demonstre cientificamente que os idosos, numa avaliação generalizada, são “piores” no trabalho do que pessoas de faixas etárias inferiores.¹⁰

Além disso, é imperativo jurídico-social que se criem para a grande coletividade de idosos condições e oportunidades adequadas - entre elas a de propiciar meios para o livre exercício de atividades laborais em suas variadas manifestações -, pois a tendência irreversível é de que tal grupo aumente consideravelmente em um futuro próximo, gerando grave desafio para a sociedade moderna que, se não mudar o paradigma atual, terá de suportar (ou, mais realisticamente, não suportará), em termos de assistência e amparo social, uma massa majoritária de pessoas submetidas à inatividade.¹¹

De acordo com dados apresentados pela Organização das Nações Unidas - ONU, no último meio século, a expectativa de vida aumentou aproximadamente 20 anos. No Brasil, de 1995 a 2000, a população de pessoas

9 Doutor em filosofia pela Universidade de Cambridge (Inglaterra), autor do livro “*O Complô Matusalém*”, lançado na Alemanha.

10 Revela, também, o autor que a “humanidade envelhece numa rapidez nunca vista”, apresentando os seguintes dados: em 2050, o número de idosos no planeta vai triplicar, enquanto o resto da população aumentará apenas 50%; na América Latina, o número de pessoas com mais de 80 anos será quatro vezes maior que o atual. E complementa, em tom pungente: “A experiência de ficar velho, de viver sessenta anos ou mais, é muito nova. Nossa sociedade foi construída com base na expectativa de vida do século XIX. Nossas instituições, o casamento, o Estado, as empresas e o sistema de previdência, como conhecemos hoje, vêm de uma época em que apenas 3% das pessoas ultrapassavam a barreira dos 65 anos. [...] Nossas sociedades não vão sobreviver se o seu maior grupo populacional for colocado à margem, como ocorre hoje. Tiramos dos velhos sua dignidade, seu posto de trabalho e sua biografia. São tratados como um estorvo, como seres improdutivos, sem memória, maçantes e fracos. Imagine uma sociedade em que metade da população sofre esses preconceitos. Esse será o mundo em que viveremos, se não mudarmos o conceito do envelhecimento a partir de agora. Será um mundo em que a metade mais jovem vai rechaçar a metade mais velha. E os idosos sentirão raiva de si mesmos por consumir os recursos da sociedade sem construir ou produzir nada” (Revista Veja, Ed. Abril, edição 1867, ano 37, nº 33, 18.08.2004, p. 11/14).

11 A psicóloga Mara Suassuna assinala que é necessário “pensar na grande massa de aposentados globalizados que são excluídos pelo processo de desenvolvimento pelo tempo vivido e não pela incapacidade laborativa” (matéria publicada na internet, disponível no endereço <http://www.ovg.org.br/home/destaques_texto_vilavida.htm>. Acesso em: 15 set. 2008).

com mais de 60 anos cresceu 17,5% (aumento de quase 2 milhões). Hoje, o País possui 14,5 milhões de idosos, o que equivale a aproximadamente 9% do total. Segundo as projeções, em 2020, haverá um acréscimo de 14,2 milhões de pessoas com mais de 60 anos em relação a 2000, o que representará a incrível porcentagem de 13,1% da população total.¹²

Não basta, por isso, que a lei estabeleça que “o idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas” (art. 26 do Estatuto do Idoso). Há de se ter, obrigatoriamente, conseqüências práticas para assegurar-se a fruição desse bem jurídico fundamental.

A eficácia da norma, assim, enseja a adoção de um aparato de medidas, iniciativas e condutas positivas por parte do Estado e da sociedade, com vistas a se dar efetividade ao seu comando, sob pena de quedar-se a lei no vazio e no descrédito, transformando-se em mera enunciação gramatical de uma regra, ou expressão romântica de um valor social, sem conseqüências práticas ou implicações favoráveis na vida dos que ostentam a titularidade do direito: os idosos.

De qualquer forma, é pertinente asseverar que a previsão legal referida (art. 26 do Estatuto), por si só, já revela e reafirma a posição do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de tutelar e promover o idoso, no campo específico do trabalho, erigindo a atividade profissional como um direito fundamental seu, cujo exercício, como opção, deve ser garantido de forma digna,¹³ representando um valor jurídico impostergável, porquanto necessário ao próprio equilíbrio e fins almejados pela sociedade.

3. O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

3.1. INTRODUÇÃO

No âmbito de qualquer relação de trabalho, seja de caráter subordinado ou autônomo, seja na esfera privada ou pública, seja mesmo de feição voluntária,¹⁴ o sistema jurídico repugna qualquer manifestação

12 Informações colhidas na internet, disponível no endereço <http://www.comciencia.br/reportagens/envelhecimento/texto/env_16.htm>. Acesso em 15 set.2004.

13 Salieta Wladimir Novaes Martinez, nessa linha, que “certamente será o labor apropriado [ao idoso], não o competitivo, adequado à sua idade e à organização da produção”, considerando “infinitas as possibilidades” de tal realização (*Comentários ao Estatuto do Idoso*, São Paulo: LTr, 2004, p. 24).

14 A Lei nº 9.608, de 18.02.1998 que dispôs sobre o ‘serviço voluntário’, definiu-o como “a atividade não remunerada, prestada por pessoa física à entidade pública de qualquer natureza, ou à instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade”.

de natureza discriminatória motivada por critérios ilegítimos ou abusivos, perpetrada em desfavor de pessoas ou grupos.

A vedação contra condutas que, direta ou indiretamente, expressam a marca da discriminação, decorre da cláusula-fonte do ordenamento jurídico, a **dignidade humana**, constituindo a base do cânone constitucional da igualdade ou da isonomia, do qual emana o postulado da **não-discriminação**, cuja relevância e destaque termina por erigi-lo a verdadeiro princípio.

A visão do texto da Constituição Federal de 1988 fornece bem essa medida. Primeiramente, no artigo 3º, IV, assinalando constituir objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações baseadas em quaisquer formas. Depois, no *caput* do artigo 5º, estatuinto que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Em seguida, no inciso XLI deste último dispositivo, prescrevendo que será punida pela lei qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

E por derradeiro, com direcionamento ao campo específico dos direitos trabalhistas, e como extensão dos preceitos destacados, a proibição de se estabelecer qualquer “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão”, dentre outros, **por motivo de idade** (art. 7º, XXX).

3.2. O IDOSO E A DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

3.2.1. MOMENTOS DA OCORRÊNCIA E CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS

O artigo 27 do Estatuto do Idoso, na primeira parte da sua redação, estabelece a proibição de discriminar o idoso¹⁵ na admissão em qualquer trabalho ou emprego:

“Art. 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação (...)”.

15 Além da conduta discriminatória observável de maneira evidente, direta e objetiva, traduzível assim por sua própria expressão, a doutrina aponta a forma indireta de discriminação, que é aquela que revela “um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos” (BARROS, Alice Monteiro de. “Discriminação no emprego por motivo de sexo”. In: VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*, São Paulo: LTr, 2000, p. 41), ou corresponde às “práticas que, sendo formal ou aparentemente neutras, possuem, não obstante, um efeito diverso sobre os membros de um determinado grupo, sobretudo quando se trate de um grupo historicamente discriminado” (PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. “A discriminação Indireta”. *Revista LTr*. São Paulo, LTr, vol. 65, n. 04, abril/2001, p. 173). No mesmo sentido, Leonardo Vieira Wandelli define-a como um “tratamento uniforme que, no entanto, integra um contexto mais amplo de tratamento diferenciado discriminatório no qual se insere, servindo de instrumento de manutenção ou agravamento da discriminação” (*Op. cit.*, p. 404).

Esse preceito legal ¹⁶, como se pode observar, apenas reforça o conteúdo emergente das disposições constitucionais referidas (art. 3º, IV; art. 5º, *caput* e XLI; e art. 7º, XXX), nelas se fundando para especificar, particularizadamente, o fator idade e a esfera do trabalho como objeto da incidência da conduta discriminatória repudiada.¹⁷

Está-se a referir, nesta abordagem, por lógico, à discriminação como reflexo e substância do ato de distinguir o idoso de maneira infundada, preconceituosa, arbitrária, prejudicial ou negativa, em que não há uma razão ou justificativa suficiente ou aceitável para legitimar a conduta.

Em ângulo oposto, é interessante frisar, tem-se a **diferenciação positiva ou promocional**, que corresponde exatamente à ação jurídica afirmativa, voltada para a concretização do princípio da igualdade, objetivando proporcionar, no campo do acesso e fruição dos direitos das pessoas e dos grupos, à luz de um tratamento diferenciado dado pelo direito, idênticas e reais oportunidades aos que se apresentam em condição de desigualdade no plano material.

Com efeito, o ato discriminatório na contratação do idoso para qualquer trabalho ou emprego, na esfera privada ou pública, poderá revestir-se de diversas formas, implicando graves conseqüências jurídicas, valendo mencionar-se, a título de exemplo, as seguintes situações:

- (a) a sujeição a testes não exigidos para outras pessoas, com a intenção de se aferir a atenção, a celeridade ou o vigor pessoal;
- (b) a exigência de exames de saúde ou atestados diferenciados em face de outros trabalhadores;
- (b) a preterição imotivada no processo de seleção em relação a outros candidatos de menor idade;
- (c) a desistência da contratação diante do conhecimento da idade;
- (d) a proposta de remuneração inferior à de outros trabalhadores com a mesma atividade, jornada e qualificação;
- (e) a proposta de alteração da atividade objeto da contratação, em decorrência somente da indicação do elemento idade.

16 Art. 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.

Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada.

17 É pertinente a observação de Emmanuel Teófilo Furtado, em abordagem sobre a matéria, na ótica laboral, ao ponderar que “a fixação em 60 anos para que alguém seja considerado idoso baseou-se num critério essencialmente biológico, ficando de fora o que ocorre na prática, vale dizer, a precocidade com que se considera a pessoa como um idoso, mormente no mundo do trabalho, onde, já na faixa dos 35 anos, o obreiro começa a ser discriminado por conta de sua idade” (*Preconceito no trabalho e a discriminação por idade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 335).

Lamenta-se, entretanto, a incompletude do dispositivo mencionado (art. 27 do Estatuto do Idoso, primeira parte), haja vista fazer menção exclusivamente à discriminação promovida no **ato de admissão** do idoso ao trabalho ou emprego. É que as condutas discriminatórias do contratante (pessoa física ou jurídica) não se revelam apenas no momento de ingresso ou mesmo na fase pré-contratual, ocorrendo, com mais intensidade até, no desenvolvimento e execução do labor e, notadamente, ao ensejo do término da relação. Diante disso, os exemplos de maior registro na jurisprudência trabalhista dizem respeito à prática de discriminação por motivo de idade, exatamente no **ato da rescisão contratual**, como se verá adiante.

Todavia, a ausência de menção da lei aos momentos posteriores do contrato, nos quais se pode configurar a discriminação em face do idoso, não resulta em qualquer comprometimento da tutela jurídica integral a ele garantida.

De um lado, como se afirmou, a própria Carta Magna proíbe, peremptoriamente, qualquer discriminação ofensiva à dignidade humana, englobando todas as circunstâncias passíveis de tal ocorrência; de outro, tais situações já eram albergadas pela **Lei nº 9.029**, de 13.04.1995, que estabelece, de forma ampla, a vedação de condutas de natureza discriminatória na esfera das relações de emprego.

Nesse sentido, o artigo 1º da mencionada lei estatui com clareza:

“Art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou **idade**, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”.

Nota-se, assim, que a repulsa dessa lei à discriminação refere-se não somente ao acesso à relação laboral, mas também à sua manutenção, além de indicar a **idade** como um dos fatores possíveis para a ocorrência dessa prática antijurídica.

Invoque-se, ademais, o preceito geral inscrito no artigo 4º do próprio Estatuto do Idoso que, de forma ampla, prescreve, em seu início, que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de discriminação”, dentre outras situações desfavoráveis. Isso implica que a tutela legal abarca, inclusive no campo do trabalho, todas as distinções negativas e danosas relacionadas à idade, com a garantia de punição, na forma da lei, de toda violação praticada.

É necessário ressaltar, ainda, que a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, incorporada ao direito pátrio,¹⁸

18 Essa Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24.11.1964, tendo sido ratificada em 26.11.1965, com vigência a partir do Decreto de Promulgação nº 62.150, de 19.01.1968.

ao tratar sobre a discriminação em matéria de emprego ou ocupação, prevê em seu artigo 1º, itens 1 e 2:

“Art. 1º - 1. Para os fins da presente convenção o termo ‘discriminação’ compreende”:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão [...].

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.”

Enfim, evidencia-se que, diante do ordenamento jurídico-constitucional, a vedação expressamente se estende a todas as fases da contratação (pré-contrato, execução e rescisão).¹⁹

Merece ser abordada, outrossim, em face da sua importância, a questão dos efeitos jurídicos da **dispensa do idoso do trabalho ou emprego**, quando revelada a nota da discriminação relacionada ao fator idade.

Tem-se, nesse caso, a caracterização de uma rescisão de **caráter abusivo**, uma vez que o direito potestativo do contratante de rescindir o pacto laboral foi exercido de maneira contrária a sua finalidade e de forma anti-social, nociva e ilegítima, baseando-se em motivo repellido com veemência pelo sistema jurídico brasileiro (Constituição Federal, Lei nº 9.029/95 e Convenção nº 111 da OIT), malferidor dos princípios da igualdade e da não-discriminação, e a refletir com evidência a ilicitude da conduta.²⁰

19 Em estudo de reconhecida profundidade sobre a matéria, Sérgio Torres Teixeira enfatiza: “A presença de preceitos nos quais se veda genericamente qualquer forma de discriminação ao lado de diversos dispositivos nos quais são vedadas modalidades específicas de distinção ilegítima, assim, demonstra que o legislador pátrio não restringiu a proibição à discriminação a apenas algumas das suas formas de manifestação, expressamente relacionadas. A vedação à prática discriminatória atinge todas as formas de distinção ilegítima, fundamentadas em razões subjetivas condenáveis, previstas explícita ou implicitamente pelo legislador. Seja na Constituição, seja na legislação infraconstitucional. [...] Os postulados da isonomia e da não-discriminação orientam toda a conduta dos integrantes da sociedade brasileira, independentemente da espécie de discriminação praticada, seja quanto à causa geradora, seja quanto ao ato praticado” (*Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998, p. 385).

20 Assevera, também, o referido autor que “mesmo em face da sua potestatividade, portanto, a dispensa corresponde a um direito ‘relativo’, e não absoluto. É relativo, assim, no sentido de se encontrar sujeito às diretrizes estabelecidas pelo legislador para o seu válido exercício, estando condicionada a sua eficácia à observância da lei. A relatividade do direito de despedir, portanto, decorre da sua sujeição à lei” (*Op. cit.*, p. 171/172).

Saliente-se, a propósito, que o artigo 187 do novo Código Civil, aludindo especificamente ao *abuso de direito*, tratou de estabelecer que também comete **ato ilícito** o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Configurada, pois, a dispensa do trabalho com feição discriminatória para o idoso, enseja-se, primeiramente, a anulação do próprio ato, possibilitando a lei, desde que se trate de uma relação de emprego,²¹ optar-se pela **reintegração** no serviço ou por uma **indenização** a título de compensação. Observe-se, nesse sentido, o teor do artigo 4º da **Lei nº 9.029/95**:

“Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:
I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;
II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.”

A opção, assim, quanto a uma das conseqüências jurídicas previstas na norma indicada,²² será exercida por quem foi vítima da discriminação - o idoso -, que discernirá, por ocasião da propositura da ação competente, sobre qual solução melhor atende ao seu interesse: a reintegração no trabalho ou a percepção da parcela indenizatória.²³

Depois, anote-se que a configuração da conduta discriminatória em detrimento do idoso, seja por ocasião da **rescisão** contratual, seja no **momento**

21 Cumpre distinguir duas situações: a relação de trabalho subordinada, regida pela CLT, e a relação de trabalho sem vínculo empregatício, de natureza autônoma, à qual se aplicam as normas do Direito Civil. A Lei nº 9.029/95 refere-se apenas à primeira delas, conforme registra o seu art. 1º, ao explicitar a proteção à “relação de emprego”.

22 De acordo com o artigo 3º desta lei, a prática de ato discriminatório para efeito de acesso ou manutenção da relação de emprego, implicará, também, as seguintes cominações: multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência, e proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

23 Invoque-se, uma vez mais, o magistério doutrinário de Sérgio Torres Teixeira, ao analisar o tema: “Ocorrendo a dispensa de empregado por motivo discriminatório, o legislador pátrio expressamente concedeu ao obreiro o direito de postular a anulação do ato resilitório e obter, conseqüentemente, o restabelecimento do vínculo empregatício irregularmente rompido. A segunda opção [...], a chamada ‘indenização reparatória’, constitui mera medida inibitória, por não implicar a anulação da dispensa realizada” (*Op. cit.*, p. 397).

da admissão ou mesmo durante o **desenvolvimento** das atividades, resulta em ofensa à sua dignidade, ensejando, também, o direito à indenização por **danos de natureza moral** ou extrapatrimonial, independentemente dos efeitos jurídico-trabalhistas previstos na citada Lei nº 9.029/95.

Nessa concepção, é imperioso observar que a partir da promulgação da Constituição da República de 1988 abriu-se novo horizonte quanto à concepção e ao tratamento dos danos morais, como reflexo da condução ao cerne do sistema de responsabilidade civil, do princípio da proteção prioritária à pessoa humana e às várias órbitas reconhecidas à sua dignidade. O legislador constituinte, assim, proclamando o direito à *reparação integral* dos danos, em todas as suas possíveis manifestações, estabeleceu dois preceitos explícitos sobre o tema, inserindo-os no âmbito dos direitos e garantias fundamentais arrolados no corpo do artigo 5º: o inciso V (é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem) e o inciso X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação). A admissão da reparação dos danos morais no seio constitucional é, portanto, ampla, afastando qualquer restrição.

Acrescente-se que o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) reconheceu, explicitamente, a figura do dano moral e a obrigação de indenizá-lo de maneira ampla e mais completa possível, a refletir o princípio da reparação integral (arts. 186 e 927), incumbindo ao órgão julgador, à luz da equidade e da lógica do razoável, fixar o valor da condenação, atendendo, nessa tarefa, às funções compensatória e preventiva (sancionatória) dessa específica e peculiar reparação.²⁴

Cumprido ressaltar, ainda, que, em caso de a relação laboral mantida pelo idoso não possuir a nota da subordinação, excluída, pois, da regência da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, não se há de conceber, por evidente, o direito à reintegração ou readmissão, por serem hipóteses incompatíveis com a natureza do vínculo trabalhista autônomo, em relação ao qual é alheia à aplicação da Lei nº 9.029/95. Assim, a consequência civil do ato ilícito perpetrado - a rescisão contratual fundada em discriminação contra o idoso - corresponderá à indenização pelos danos ocasionados, nas esferas patrimonial ou moral.

24 É relevante assinalar que a reparação dos danos morais projeta-se em duas direções: a primeira, visando a compensar a lesão impingida à vítima, no sentido de dar-lhe satisfação, já que é impossível ressarcir-se ou indenizar-se o que não possui equivalência econômica (a dor, o sofrimento, a humilhação, a aflição, etc.); a segunda, no rumo de impor ao lesante uma sanção suficiente a fazê-lo sentir a reação do Direito diante da antijuridicidade do ato ou omissão injusta perpetrada, em medida bastante a gerar desestímulo de conduta e dissuasão de comportamentos assemelhados no seio social, como elemento de caráter preventivo. A respeito do tema, sugere-se a leitura do livro "Dano moral coletivo" (São Paulo: LTr, 2ª ed., 2007), deste autor.

Outro efeito jurídico, que se faz importante realçar, diz respeito à circunstância de que a conduta discriminatória por motivo de idade, no que tange ao acesso a cargo público, assim como em relação a qualquer trabalho ou emprego, de natureza subordinada ou não, também tipifica **ilícito penal**, tendo previsto o Estatuto do Idoso, no **artigo 100, I e II**, os crimes de obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade e de negar emprego ou trabalho, pela mesma razão, ambos puníveis com reclusão de seis meses a um ano e multa.

No plano do direito comparado, é pertinente fazer-se referência ao sistema jurídico espanhol, que prevê no Estatuto dos Trabalhadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março de 1995), o denominado “*despido nulo*”, assim expresso no artigo 54, § 5º, desta lei: “*Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien produzca violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”. No parágrafo único deste mesmo dispositivo, garante-se que a despedida motivada por discriminação gera o direito à readmissão imediata do trabalhador, com direito aos salários que deixou de perceber no período de afastamento.²⁵

O Direito italiano, de sua vez, por meio da Lei nº 108, de 11 de maio de 1990, que versa sobre a “*disciplina de Licenziamento Individual*”, fixou uma proibição ampla e abrangente, no artigo 3º, prescrevendo que a despedida determinada por razão discriminatória será nula, independentemente da motivação adotada.²⁶

E, no âmbito do Direito norte-americano, cumpre mencionar a lei de 1967 denominada “*Age Discrimination in Employment Act*”, tratando sobre a discriminação, no mercado de trabalho, de pessoas com idade superior a 40 (quarenta) anos.²⁷ Destaque-se, aqui, a pertinência da crítica do professor Mack A. Player, citado por Sérgio Torres Teixeira,²⁸ apontando a “tradicional aversão dos juízes americanos à reintegração no emprego de empregado despedido por motivo discriminatório”, com preferência para a tutela indenizatória, e sustentando a efetiva necessidade de se propiciar a reinserção do trabalhador como medida eficaz para a coibição da prática da discriminação nas relações laborais.

25 Cf. TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Op. cit.*, p. 168.

26 *Idem*, p. 399.

27 Cf. BRAGA. Pérola Melissa Vianna. “Os cuidados com os idosos na cultura norte-americana”. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3036>. Acesso em: 15.set. 2008.

28 *Op. cit.*, p. 398. Transcreve, ainda, Sérgio Torres Teixeira, o seguinte trecho da obra “*Employment Discriminatory Law*” (p. 13), de autoria do referido professor estadunidense: “Experience under the discrimination and labor relations statutes has proved that reinstatement is necessary to protect the substantive policy. Only if the employee is reinstated will she be made whole. And only if reinstatement is ordered will the message reach other employees that the public policy can be pursued without job loss” (p. 398, nota de rodapé 670).

Em sede jurisprudencial, invoca-se, primeiramente, o acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho no Recurso de Revista correspondente ao processo nº 462.888/1998, em decisão considerada paradigma em relação à temática da discriminação do idoso na área laboral, figurando como relator o magistrado André Luís Moraes de Oliveira. Veja-se, nesse sentido, o teor da ementa:

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO. “Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do ‘poder potestativo’, para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade.

Embora o caso vertente não tivesse, à época de sua ocorrência, previsão legal especial (a Lei 9.029 que trata da proibição das práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica, em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma.

Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador.

A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração.

Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais pois, como apontado pelo acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no ‘caput’ do art. 5º da Constituição Federal”.²⁹

29 Acórdão unânime da 5ª Turma, datado de 10.09.2003.

Ensejam registro, ainda, as decisões a seguir indicadas, oriundas de Tribunais Regionais do Trabalho, versando especificamente sobre a matéria, nas quais ressalta-se a pertinência, a correção e a atualidade das posturas jurídicas perfilhadas, em perfeita sintonia com a argumentação desenvolvida nestes comentários. Eis o conteúdo das respectivas ementas:

DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE. VIOLAÇÃO À LEI Nº 9.029/95 E DANO MORAL. SANÇÕES APLICÁVEIS. REINTEGRAÇÃO E INDENIZAÇÃO.

“Quando o autor é discriminado em razão de sua idade e é vítima de abalo moral em vista de haver recebido alcinha no trabalho, em razão de sua faixa etária, viola o empregador a Lei nº 9.029/95 e é responsável pelo dano moral, sendo sancionado com a reintegração do empregado e a indenização por dano moral”.³⁰

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. IDADE. FATOR DISCRÍMEN. VIOLAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL (ARTIGOS 1º, IV; 3º IV; 5º CAPUT, II E XXXVI; 7º, I, XXX E XXXI; 170, CAPUT) E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. READMISSÃO AUTORIZADA PELA LEI 9.029/95. ARTIGO 1090 DO CÓDIGO CIVIL.

“Imperiosa a declaração de nulidade das despedidas dos empregados relacionados em ação civil pública, com conseqüente readmissão dos mesmos no emprego se, da prática aparentemente neutra do ato imotivado perpetrado pela ré, sobressai a malsinada discriminação indireta. Logo, constatado que no caso em concreto, dentre os dispensados, a maioria detinha o componente apontado na inicial como resultado discriminatório (idade compreendida na faixa dos quarenta e quarenta e poucos anos) cujo resultado deletério se afastou dos propósitos das regras pactuadas para a privatização, não buscando o desenvolvimento social a que se obrigou, nem preservando o trabalho como valor social. Malferimento que se reconhece aos princípios, garantias e direitos fundamentais e sociais, inscritos nos preceitos epigrafados, bem assim na legislação infraconstitucional (Lei nº 9.029/95)”.³¹

RESCISÃO ARBITRÁRIA. GARANTIA NO EMPREGO.

“O direito potestativo de despedir não pode ser exercido de forma abusiva. Constatado o abuso desse direito, correta a decisão que determina a reintegração dos obreiros, injustamente demitidos.

A hipótese vertente se enquadra no disposto no art. 1º da Lei 9.029/95, que proíbe a despedida movida por discriminação,

30 TRT - 9ª Região (Paraná) - Proc. RO 05749-2001-014-09-00-6, Rel. Juiz Célio Horst Waldruff, DJ-PR 07.11.2003.

31 TRT - 9ª Região (Paraná) - Proc. RO 13115/2000, Rel. Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão, DJ-PR 23.11.2001.

espezinhando um dos princípios basilares do Direito do Trabalho, o da proteção ao hipossuficiente”.³²

Nessa última decisão, proferida em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho da 21ª Região (Rio Grande do Norte), a questão revela uma demissão em massa de trabalhadores, cujo ponto de identificação consistia exatamente no fato de se encontrarem em uma faixa etária elevada, caracterizando, pois, o direcionamento das rescisões contratuais ao grupo de empregados mais idosos.

O realce que se dá a esse aspecto é que a discriminação atingiu, no caso, dimensões e danos de caráter coletivo, legitimando, por isso, a defesa do direito pelo *Parquet*. O brilhantismo da decisão pode também ser conferido pelo descortino da argumentação exposta, consoante se vê:

“A discriminação perpetrada é enquadrada, com perfeição, ao disposto no art. 1º da Lei nº 9.029/95, que proíbe a despedida por motivo de discriminação, na medida em que, por discriminação, entende-se a individualização dos demitidos. A escolha se deu por idade, dos empregados que defendiam seus direitos na Justiça do Trabalho e dos que não aderiram, espontaneamente, ao plano de demissão voluntária. [...]”.

Por outro lado, apesar da dispensa aleatória, de fato, em um primeiro momento, não ser discriminatória, passa a ter esta qualidade quando, em momento posterior, são identificados os atingidos pela medida e, sobre estes, vislumbra-se traços semelhantes. A idéia aflorada pode ser interpretada como atitude discriminatória, pois não contém, dentre os demitidos, p. ex., pessoas com menor idade [...]. A contrário senso, as características descritas na peça proemial, encontradas em todos os demitidos, revelam o ranço separatório que sofreram. [...]”.

3.2.2. LIMITE MÁXIMO DE IDADE

Um outro ponto mencionado expressamente no *caput* do artigo 27 do Estatuto do Idoso é a proibição relativa à “*fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir*”.

Expôs-se, em linhas anteriores, que não se compadece com os princípios da igualdade e da não-discriminação - emanações da cláusula-fonte constitucional da dignidade humana -, qualquer distinção ou restrição desfavorável relativa à idade, que se faça de maneira infundada ou ilegítima, sem se basear em uma razão relevante e justificável, social e juridicamente.

32 TRT-21ª Região (Rio Grande do Norte) - Proc. RO 27-5786-99, Rel. Juíza Maria de Lourdes Alves Leite, DJ-RN 05.02.2003.

Dessa forma, em vista da contratação para qualquer trabalho ou emprego, constitui conduta abusiva de teor discriminatório, condenável pelo sistema jurídico-constitucional, a fixação de limite máximo de idade, efetivada de maneira arbitrária, com o intuito, explícito ou indireto, de restringir o acesso de pessoas que se enquadram em determinada faixa etária. São exemplos contundentes dessa prática ilícita as ofertas e anúncios de trabalho veiculados nos meios de comunicação, em que se erige como condição para a habilitação, sem justificativa plausível, a circunstância de não ter atingido o candidato certa idade.³³

A vedação quanto a esse procedimento aplica-se tanto à área privada quanto às relações laborais no âmbito da administração pública, direta e indireta, não se admitindo o estabelecimento discricionário e injustificável de idade-limite, seja para seleção de candidatos, seja para inscrição em concursos públicos (art. 37, II, da Carta Magna).

Ressalva-se, é evidente, a situação em que a função, a atividade ou o cargo a ser exercido enseja, pela sua própria natureza, a exigência da limitação relativa à faixa etária, o que impõe, por isso, para a sua validade, motivação expressa, a refletir a razoabilidade do ato, considerando que o caráter de excepcionalidade refletido pelo procedimento restritivo de direitos fundamentais assim obriga, inequivocamente. Dessa forma, é exemplar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, condensada no seguinte aresto:

CONCURSO PÚBLICO. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO FUNDADA EM IMPOSIÇÃO LEGAL DE LIMITE DE IDADE, QUE CONFIGURA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL (CF, ARTS. 5º, E 7º, XXX). SEGURANÇA CONCEDIDA.

“A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações do trabalho, do princípio fundamental da igualdade (CF, art. 5º, caput), que se estende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares - CF, art. 42, § 1º), a todo o sistema de pessoal civil. É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição de natureza e das atribuições do cargo

33 Aduz, no particular, Emmanuel Teófilo Furtado, com inteira razão, que “nem sempre existe uma explícita divulgação da idade máxima para a contratação, principalmente na iniciativa privada, que não propaga a limitação de faixa etária para contratação, mas na prática discrimina com frequência ao não contratar laborista de mais idade”. Isso, é evidente, aponta o autor, “torna mais difícil exercer tal tipo de controle, quer pelo Poder Público, quer pela sociedade, em relação à discriminação dessa natureza, vale dizer, aquele que se dá mesmo sem que a empresa haja previamente divulgado idade máxima no processo seletivo, embora não contrate o de mais idade”. (*Op. cit.*, p. 345).

a preencher. Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado”.³⁴

3.2.3. A MAIORIDADE COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE EM CONCURSO PÚBLICO

No parágrafo único do referido artigo art. 27 do Estatuto do Idoso, cuida-se também de estabelecer que “o primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada”.

A lei condiciona, assim, no ponto específico, as regras dos editais dos certames públicos que, obrigatoriamente, devem prever, como critério principal para a classificação, quando verificado o empate entre candidatos, o elemento **maior idade**. Dessa maneira, o concorrente de mais tempo de vida, quando empatado com outro, em termos de pontuação, terá direito à melhor posição classificatória.

Há de se reconhecer, de um lado, que o legislador pautou-se pela presunção de que aquele que possui uma existência mais prolongada terá, pela experiência e maturidade adquirida, melhor possibilidade de cumprir com as atribuições inerentes ao cargo público, em benefício do próprio serviço.

De outro lado, salienta-se que a norma legal enfocada guarda plena sintonia com o princípio da **proteção integral**, albergado no artigo 2º do Estatuto, e com a diretriz da **prioridade absoluta** gizada no seu artigo 3º. Nesse passo, dá-se primazia ao mais idoso, quando houver empate em concursos públicos, reconhecendo-se como *discrímen* positivo a condição referente ao fator **maior idade**, o que se justifica diante da evidência de que o mercado de trabalho privilegia o mais jovem, com exclusão de oportunidades para os de maior tempo de vida.

O dispositivo reflete, enfim, o direcionamento da proteção jurídica ao idoso, em caráter promocional, sob a inspiração do princípio da igualdade material de direitos, sendo dele uma conseqüência prática.

4. PROFISSIONALIZAÇÃO DO IDOSO, ASSISTÊNCIA À APOSENTADORIA E INSERÇÃO NO TRABALHO FORMAL.

4.1. REGISTRO INICIAL

O artigo 28 do Estatuto do Idoso fixa, com especificidade, a obrigação do Poder Público quanto à criação e estímulo de programas sociais em favor

34 STF-Pleno, RMS nº 21.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

do idoso, voltados para **(1)** a profissionalização, **(2)** a assistência preparatória à aposentadoria e **(3)** o incentivo à inserção no trabalho formal.³⁵

Integram essas iniciativas, portanto, o elenco das medidas que decorrem do dever constitucional do Estado de implementar políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos de cidadania titularizados pelo idoso. Invoque-se, nesse ponto, o preceito inscrito no parágrafo único, inciso II, do artigo 3º do referido Estatuto, estabelecendo que a prioridade absoluta a ser garantida em relação à tutela dos interesses do idoso compreende a *“preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas”*.

4.2. A PROFISSIONALIZAÇÃO DO IDOSO

O cidadão-trabalhador, na realidade presente, tem sido reconhecido essencialmente pela medida de sua capacidade de produzir e de gerar rendimentos e vantagens transformados em lucro, no âmbito das atividades laborais. É esse, sem dúvida, um fator preponderante de exclusão social na sociedade capitalista, revelando a sua inexorável faceta de perversidade, ao pautar, nem tão dissimuladamente, o valor existencial do ser humano e, pois, o acesso aos bens da vida, a medidas e padrões de conteúdo meramente econômico.

Há de se considerar, ademais, que os moldes do conhecimento tecnológico moderno, a forma de sua difusão e a velocidade do seu incremento resultaram por imprimir, em razão da própria dinâmica e mutação da atividade econômica, **obstáculos** consideráveis no que tange à sua compreensão e manejo pelos trabalhadores de idade avançada: menos por falta de interesse ou capacidade deste grupo, e muito mais porque o **custo do treinamento** - incluindo o formato da aprendizagem (conjugação de celeridade, intensidade, disponibilidade plena e concentração máxima) - e o atrativo do **menor valor remuneratório** pago aos mais jovens representavam vantagem financeira significativa para o mundo empresarial, de um lado e, de outro, caminho forçado para o distanciamento dos idosos das atividades produtivas.

Daí se vislumbrar, também por tal ótica, a gradual e compreensível exclusão dos idosos das atividades profissionais que absorveram as maiores inovações tecnológicas (principalmente as que instrumentalizaram a informática). Ora, se a sociedade (Poder Público e iniciativa privada) não

35 Art. 28. O Poder Público criará e estimulará programas de: I - profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas; II - preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania; III - estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

propiciou iniciação adequada e incentivo para o conhecimento e o domínio pelo idoso das revolucionárias técnicas do mundo laboral, é evidente que se consolidou a natural exclusão dos mais velhos deste universo tão seletivo quanto injusto.

No mesmo passo, igualmente pode ser considerada, em certa medida, tendenciosa a conclusão - transformada em complexo de inferioridade pelo próprio idoso -, no sentido de se ter, como regra geral, a inaptidão das pessoas mais velhas ao aprendizado e domínio da tecnologia moderna que domina a seara profissional.

Diante disso, é que o legislador do Estatuto do Idoso, acertadamente, mirou aspecto de fundamental importância para a sociedade, qual seja a **profissionalização** das pessoas de idade avançada. E tal foco não se deu, pondere-se, sob motivações filantrópicas ou caritativas. As estatísticas estão a demonstrar que a massa de pessoas idosas, em um futuro próximo, representará problema dos mais graves para a sociedade brasileira - no plano da assistência e do amparo - se não houver a necessária mudança de postura quanto ao aproveitamento e valorização de tais cidadãos, como **colaboradores** da sociedade.

É exatamente em relação a isso que a imposição de programas de profissionalização para os idosos cresce de importância: a sua previsão é um imperativo social.

Nesse sentido, o artigo 28 do Estatuto do Idoso, em seu inciso I, estabeleceu o dever de o Poder Público criar e estimular programas de **profissionalização especializada** para os idosos, "*aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas*".

A instituição desses programas, como se observa, a ser promovida diretamente pelo Poder Público ou mediante o incentivo da iniciativa privada - sendo importante destacar, aqui, o papel das organizações não-governamentais -, não será direcionada para qualquer campo profissional, mas privilegiará, necessariamente, aquelas áreas que guardem compatibilidade com os potenciais e habilidades dos idosos, ou seja, levará em consideração a sua condição peculiar (realçadas a experiência de vida e a maturidade).³⁶

Faz-se conveniente anotar, no que atina à forma, que a profissionalização especializada deve ser interpretada em sentido lato, abrangente de programas na linha da capacitação, da habilitação, da qualificação e também da requalificação pertinente ao trabalho produtivo. Além disso, terá em conta o aproveitamento do idoso em **atividades regulares e remuneradas**, o que implica focar-se, aqui, a sua **inserção**,

36 Sobre o tema, assinala Wladimir Novaes Martinez que "a idéia de difundir a validade do trabalho do idoso é alvissareira, pois são muitíssimos os casos, atividades, profissões e funções em que a pertinência dos mais experientes recomenda a sua contratação" (*Comentários ao Estatuto do Idoso*. São Paulo: LTr, 2004, p. 70).

prioritariamente, no mercado formal de trabalho, e não em outras atividades de natureza diversa.

É urgente, assim, o planejamento e desenvolvimento de um sistema de profissionalização especializado, que gere condições de inclusão das pessoas idosas no âmbito das atividades produtivas, e que seja apto a promover, em última instância, o reequilíbrio da equação social, na parte em que sobressaem os **fatores** idade avançada, trabalho, inclusão e assistência.

4.3. A PREPARAÇÃO PARA A APOSENTADORIA

A proximidade do período de inatividade para o trabalhador e a expectativa decorrente de tal circunstância geram diversas e relevantes conseqüências em sua vida.

Salienta Wladimir Novaes Martinez, em elogiável síntese, alguns aspectos relacionados às causas dos problemas ocorridos nessa fase de transição:

- I - brutal alteração do ritmo de vida antes imposto pelo trabalho e as conseqüências físicas e psicológicas da atividade - afastar-se da tensionante mobilidade do labor e ingressar num processo de gestão de período de tempo antes já programado;
- II - perda do convívio com os amigos - deslocar-se para outros ambientes, implicando arredamento do círculo de amizades, muitas vezes centrado no trabalho;
- III - ausência do 'status' profissional e prestígio decorrente do distanciamento do emprego;
- IV - inadequação ao lazer - despreparo para ocupação das horas vagas;
- V - avaliação da vida e seu significado - momentos de reflexão sobre si mesmo e seu futuro;
- VI - desajustamento familiar em virtude da presença física mais acentuada no lar;
- VII - reexame de sua inutilidade na produção - sensação de abandono decorrente da idéia de afastamento da tecnologia;
- VIII - finalmente, a proximidade da velhice, com todos os seus conseqüências".³⁷

Tendo em vista, assim, a presunção dos impactos negativos da inatividade para o trabalhador, motivada pela aposentadoria - espontânea (por tempo de serviço) ou forçada (por implemento de idade, como no serviço público aos 70 anos) -, é que o legislador estatuiu, como visto, no inciso II do artigo 28 da Lei do Idoso, a obrigação de o Poder Público também implementar e incentivar **programas de preparação**, "com antecedência

37 *Op. cit.*, p. 72.

mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais” e “de esclarecimento sobre os direitos sociais de cidadania”.

É interessante frisar, inicialmente, o estabelecimento do marco temporal mínimo de um ano antes da data da jubilação, com vistas ao início dos referidos programas, garantindo-se, com isso, uma preparação e um acompanhamento planejado e contínuo para o trabalhador, única forma de se obter resultados efetivos, evitando-se as soluções improvisadas e ineficazes.

Estipula a indigitada lei que os programas de preparação para a aposentadoria terão duas direções: **(1)** a de estímulo dos trabalhadores a novos projetos sociais e **(2)** a de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania. A primeira vertente pauta-se pelo objetivo de permitir ao trabalhador permanecer ativo socialmente, em áreas de atividade de seu interesse, mediante a integração em projetos de caráter profissional, cultural, artístico, filantrópico, esportivo, entre outros. A segunda, volta-se para o rumo da conscientização do trabalhador em vias de se aposentar, a fim de a ele serem prestadas informações e dados sobre os direitos e prerrogativas de cidadão, condição imprescindível para a reivindicação dos seus interesses, perante os órgãos e instituições competentes.

A **inserção social** do trabalhador não é uma condição inerente ao seu período de atividade produtiva, não devendo sofrer ruptura ou mitigação, quando ocorre a aposentadoria. Este evento (aposentadoria), como direito fundamental, ainda que gere inatividade no universo do trabalho profissional, não significa diminuição ou mesmo interrupção do *'status'* de cidadania ativa.

O cidadão idoso há de conscientizar-se de que o afastamento do espaço laboral não extingue ou reduz as prerrogativas, deveres e direitos do papel social que se lhe impõe exercer. Apenas se inverte, por força da inatividade remunerada, a carga dos ônus e benefícios sociais, em favor do trabalhador, transmudando-se a natureza da sua função na própria sociedade, tendendo a ser de ordem muito mais colaboracionista do que produtora de riqueza.

4.4. O INCENTIVO PARA A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES IDOSOS

A observação de que a crescente segregação social do idoso, de feição negativa e discriminatória, principalmente no mundo do trabalho, constitui uma realidade nacional reproduzida ao longo de muito tempo no plano histórico-cultural e que, além disso, está a revelar um fator preocupante para o equilíbrio dos interesses socioeconômicos da coletividade, levou o legislador a, também, tornar imperativo, para o Poder Público, instituir e incentivar programas geradores de *“estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho”*. É o que reza o inciso III do artigo 28 do Estatuto do Idoso.

Trata-se, portanto, de mais uma medida que compõe o elenco das iniciativas de conteúdo afirmativo, dirigidas à garantia do acesso do idoso aos direitos fundamentais - como é o caso do **trabalho** (art. 6º da Constituição Federal e art. 3º do Estatuto) - que, sem a devida tutela legal, restariam negados diante das próprias circunstâncias impostas pela realidade desfavorável a esse grupo de pessoas.³⁸

O estímulo do Poder Público à admissão do idoso ao trabalho poderá se efetivar tanto sob a forma de criação de subsídios de ordem financeira para as empresas, estabelecendo-se limites de contratações (número proporcional ao total de empregados), como também por meio de outras medidas, a saber:

- (a) redução da carga tributária, incluindo as contribuições sociais;
- (b) concessão de linhas de crédito e financiamento especiais;
- (c) consideração do número de idosos contratados, como requisito classificatório, em licitações públicas.

5. CONSIDERAÇÃO FINAL

A questão que se apresenta, como observação final, é a que mais tem afligido a coletividade, no campo da garantia dos direitos, ou seja: a inseqüência prática da tutela legal; o fosso entre a previsão de condutas e medidas a serem adotadas pelo Poder Público e a sua inação, negligência ou incompetência quanto a propiciar o acesso da coletividade aos direitos sociais fundamentais; enfim, como se evidencia no presente, a distância entre a proteção jurídica dos interesses dos idosos e a efetividade da sua realização.

Esses são os desafios postos como objeto de reflexão em face do sistema jurídico, sinalizando-se para a existência de instituições - como o Poder Judiciário e o Ministério Público -, e também de instrumentos, ações e medidas judiciais hábeis o suficiente para dar concretude a tais direitos, principalmente quando a ausência ou a deficiência de políticas e iniciativas públicas representam a sua própria negação, refletindo a incapacidade e o descrédito do Estado de Direito, que se proclama democrático e social.

Tudo isso, com o objetivo firme e irretorquível de resgatar o respeito e viabilizar o exercício pleno da cidadania do idoso.

38 Afirma sobre a questão, contundentemente, Wladimir Novaes Martinez, que “as empresas só agregam pessoas que lhes criam riquezas; se não foram estimuladas fiscalmente, jamais elas admitirão a seu serviço alguém com idade avançada, máxime tratando-se de serviços que reclamem esforço físico” (*Op. cit.*, p. 71).



DIREITO DO TRABALHO, IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

*Estêvão Mallet*¹

“Dans l'état de nature les homes naissent bien dans l'égalité, mais ils n'y sauroient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par les lois” (Montesquieu, De l'esprit des lois, Livro VIII, Capítulo III)

1. Introdução; 2. A igualdade entre as pessoas ao longo do tempo; 3. Igualdade, Direito do Trabalho e discriminação por motivo de sexo; 4. Discriminação por motivo de raça; 5. Outras formas de discriminação; 6. Discriminação e diferença de tratamento; 7. Igualdade e ações afirmativas; 8. Discriminação e processo; 9. Conclusão.

1. Introdução.

Existe profunda relação entre a idéia de justiça e a idéia de igualdade. É certo que há vários conceitos de igualdade. Pode-se pensar em igualdade formal ou em igualdade material, bem como em igualdade absoluta ou igualdade relativa. Um dado, porém, é seguro: se não há uma certa igualdade, algum tipo de igualdade pelo menos, não há como falar em justiça. Como anota Friedmann, “*equality is a postulate of justice*”². Tanto a idéia de justiça está associada à de igualdade que Aristóteles assinalou: “o injusto é desigual, o justo é igual”³, o que levou Alf Ross a escrever: “a justiça é igualdade”⁴. Não por acaso, no dístico inscrito no frontão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América lê-se: *equal justice under law*.

1 Doutor e livre-docente em Direito, Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo e advogado.

2 *Legal theory*, London, Stevens & Sons Limited, 1960, p. 385.

3 *Ética a Nicômaco*, V, 6, 1131a.

4 *Direito e Justiça*, São Paulo, Edipro, 2000, § 62, p. 313. Cf., ainda, Carlo Curcio, *Eguaglianza (dottrine generali)* em *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1965, XIV, p. 513.

Dá a importância do princípio da igualdade e, ao mesmo tempo, a repulsa provocada pela discriminação. Afinal, o que é a discriminação senão a desigualdade arbitrária, inaceitável e injustificável? Nada mais do que isso. Discriminação supõe desigualdade. Não qualquer desigualdade, como será visto mais adiante, mas a desigualdade ilegítima, intolerável diante das circunstâncias e dos padrões então vigentes. Por isso que, se a justiça se relaciona com a igualdade, e a igualdade repele a discriminação, a discriminação é também a negação da justiça.

2. A igualdade entre as pessoas ao longo do tempo.

A evolução da humanidade se processa no sentido de redução das desigualdades entre as pessoas. Dá-se tal evolução, portanto, com a gradativa eliminação das discriminações. É evidente que isso ocorre com alguns sobressaltos, com marchas e contramarchas. Mas o sentido é nítido.

Primeiramente há a divisão entre senhores e escravos; entre os que são pessoas e os que nem pessoas são, recebendo o tratamento de objeto de direito⁵. O passar do tempo faz com que o elemento humano, comum a todos, prepondere e sejam as pessoas reconhecidas, indistintamente, como sujeitos de direito. Permanecem, todavia, outras distinções, como, por exemplo, a estabelecida entre nobres e servos, aqueles com mais direitos, os últimos com menos direitos⁶. Já é uma evolução. Mas é, ainda, apenas uma etapa na caminhada.

Com as revoluções liberais do Século XVIII e do Século XIX o elemento humano, o traço comum já mencionado, ocupa o espaço e as distinções desaparecem. É a consagração da igualdade formal; a abolição de qualquer discriminação em face da lei. Expressiva, a propósito, a referência contida no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*".

No Brasil, o princípio da igualdade manifesta-se, de início, no art. 179, § 13, da Constituição de 1824: "A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue...". Adquire maior amplitude com a Constituição de 1891, em cujo art. 72, § 2º, estatui-se: "Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho". Manteve-se o princípio em todas as Constituições subseqüentes, com modificações de redação apenas. Na Constituição de 1988 encontra-se logo no *caput*, do art. 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...".

5 Por todos, Jhering, *L'esprit du droit romain*, Paris, Marescq, 1886, *tome deuxième*, p. 101 e segs.

6 A propósito, René Foignet, *Manuel élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, Rousseau, 1932, p. 158 e segs.

Para o legislador constituinte, como todas as pessoas naturais são seres humanos, não há mais distinções aceitáveis em face da lei, embora algumas poucas, resquícios de tempos pretéritos, tenham permanecido mais do que deveriam, chegando até a Constituição de 1988. Somente foram em definitivo revogadas com a edição de outra regra específica, ao lado do princípio geral enunciado pelo *caput*, do art. 5º. É o caso da distinção entre filhos, que remontava às Ordenações Filipinas⁷, abolida com o art. 227, § 6º, da vigente Constituição: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Aqui não cabe tratar exaustivamente dessa caminhada no sentido da maior igualdade. É um universo muito vasto, quase inesgotável. O que cabe é considerar como ela se processou no campo do Direito do Trabalho e quais as dificuldades que surgiram e surgem no seu curso.

3. Igualdade, Direito do Trabalho e discriminação por motivo de sexo.

O preceito que em primeiro lugar chama a atenção em matéria de igualdade, no campo trabalhista, e do qual se podem extrair algumas considerações ricas e interessantes, é o artigo 5º da CLT, introduzido na parte geral, com o claro objetivo de ressaltar a importância da regra posta. Estatui o dispositivo: “Para trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo”. Ao largo das diferentes implicações da regulamentação editada, há pelo menos dois pontos dignos de nota na regra.

De uma parte, é significativa a referência do legislador à igualdade apenas no plano remuneratório. Importante parece ser tão-só a igualdade de remuneração. Os outros aspectos do contrato de trabalho, inclusive o tratamento dispensado a cada empregado, são deixados de lado, em clara mostra da concepção patrimonialista que inspirou a CLT e que ainda impregna o Direito do Trabalho brasileiro. Leva-se quase sempre em conta apenas o aspecto pecuniário da relação de trabalho, como se fosse o único decisivo. Vários exemplos haveria para mencionar, mas basta a alusão à monetarização do risco à saúde do trabalhador, com pagamento de adicionais pelo trabalho realizado em condições insalubres ou perigosas, já sublinhada pela doutrina⁸.

De outra parte - eis o segundo ponto a notar no art. 5º, da CLT - , é significativa a referência apenas à discriminação fundada em motivo de sexo, como se aí estivesse a única hipótese de discriminação. A explicação para a referência restrita do legislador - quando muito mais acertada seria previsão ampla, excludente de qualquer forma de discriminação - resulta

7 Livro IV, Título 93.

8 Cf., mais extensamente, Sebastião Geraldo de Oliveira, Proteção jurídica à saúde do trabalhador, São Paulo, LTr, 2002, p. 138 e segs.

do peso histórico da discriminação por motivo de sexo, mesmo em países com maior tendência à igualdade. É, aliás, o que também justifica e explica a regra expressa do inciso I, art. 5º, da vigente Constituição, que se poderia ter por desnecessária, ante os termos gerais do *caput*, do mesmo dispositivo⁹. Há passagens, em matéria de discriminação por motivo de sexo, muito expressivas, a demonstrar claramente como esteve ela entranhada na cultura ocidental, mesmo recente. Vale a pena dedicar algumas linhas ao problema.

Eloqüente, em primeiro lugar, trecho do voto apresentado na Suprema Corte norte-americana, pelo juiz Bradley, que, ao julgar caso envolvendo lei do Estado de Illinois, proibitiva do exercício da advocacia por mulheres, afirmou textualmente, em 1873: *“the civil law, as well as nature herself, has always recognized a wide difference in the respective spheres and destinies of man and woman. Man is, or should be, woman’s protector and defender. The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood. The harmony, not to say identity, of interest and views which belong, or should belong, to the family institution is repugnant to the idea of a woman adopting a distinct and independent career from that of her husband... The paramount destiny and mission of woman are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator. And the rules of civil society must be adapted to the general constitution of things, and cannot be based upon exceptional cases”*¹⁰. Com tais fundamentos, a Suprema Corte considerou constitucional e não ofensiva às garantias conferidas aos cidadãos americanos a proibição estabelecida pelo legislador estadual, com apenas um voto contrário e embora já estivesse em pleno vigor a XIV Emenda à Constituição, com a garantia de *“equal protection”*¹¹.

Passadas sete décadas, em 1948, o assunto voltou à Suprema Corte. Discutiu-se a validade de lei que vedava o trabalho de mulheres em bares. Questionou-se a constitucionalidade dessa proibição. Agora com margem mais

9 A propósito, cf. Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, Rio de Janeiro, Forense, 1987, tomo IV, p. 708.

10 *Bradwell v. State of Illinois*, 83 US 130. As passagens transcritas encontram-se a p. 141 e 142. A decisão, hoje considerada aberrante, contou com apenas um voto vencido, do *Chief Justice* Samuel Chase.

11 Consta da secção 1 da referida emenda, cuja vigência foi certificada em 1868: *“All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”*.

estreita, por 6 votos contra 3, conclui o tribunal que a lei era constitucional, porque bar não era lugar para uma mulher exercer sua atividade¹².

Já em 1961 - as datas são muito significativas para que se perceba como a discriminação por motivo de sexo esteve mesmo muito entranhada na cultura ocidental - outra vez se reconheceu a legitimidade do tratamento discriminatório em face da mulher. Tratava-se de lei do Estado da Flórida que excluía a participação das mulheres da composição dos júris, instituição que, como todos sabem, tem papel importantíssimo no processo penal e também no processo civil norte-americano. Pois bem, a Corte Suprema concluiu que o tratamento diferenciado entre homens e mulheres, no que toca ao serviço no júri, não era inconstitucional. Como assinalou a Corte, em decisão redigida pelo Juiz Harlan: "*Woman is still regarded as the center of home and family life*", o que permitiria legitimamente dispensa legal de servir em tribunal do júri, "*unless she herself determines that such service is consistent with her own special responsibilities*"¹³.

São muito significativas as datas das decisões. Oito anos antes do julgamento envolvendo a lei do Estado da Flórida, ou seja, em 1953, a mesma Suprema Corte dos Estados Unidos havia destruído, ao menos em termos formais, os pilares jurídicos da discriminação racial, com o famoso julgamento proferido no caso *Brown v. Board of Education*, que eliminou a segregação racial nos colégios¹⁴. Permaneceriam, contudo, por quase uma década, os pilares jurídicos da discriminação contra a mulher.

Em outros países, talvez mais próximos da cultura e realidade brasileiras, o quadro não se desenhou de forma diversa. Tenha-se em mente o que se deu na Itália, após a Constituição democrática e social de 1947, que é categórica ao proibir discriminação entre homem e mulher, ao dispor, no art. 3: "*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*". Em 1961, porém, a Corte Constitucional italiana teve de se defrontar com um caso muito marcante. O artigo 559 do Código Penal italiano pune o adultério. Mas o faz tão somente a propósito do adultério cometido pela mulher. O texto dizia o seguinte: "*La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un*

12 *Goesaert v. Cleary*, 335 U.S. 464. Ficaram vencidos os juízes Rutledge, Douglas e Murphy. Coube ao juiz Frankfurter redigir a decisão tomada pela maioria, na qual registrou: "*Michigan could, beyond question, forbid all women from working behind a bar. This is so despite the vast changes in the social and legal position of women. The fact that women may now have achieved the virtues that men have long claimed as their prerogatives and now indulge in vices that men have long practiced, does not preclude the States from drawing a sharp line between the sexes, certainly, in such matters as the regulation of the liquor traffic*" (p. 465/466).

13 *Hoyt v. Florida* (368 U.S. 57).

14 347 U.S. 483.

anno”. Não há dúvida quanto ao significado da norma. A punição é dirigida, no tocante aos cônjuges, apenas à mulher, não ao homem. Discutiu-se, em consequência, a constitucionalidade da punição unicamente do adultério feminino. Em 1961, a Corte Constitucional, na sentença n. 64, chegou à conclusão de que a diferença de tratamento refletiria legítima valoração estabelecida pelo legislador, insuscetível de controle pela jurisdição constitucional. São surpreendentes os termos da decisão: “*Il principio di eguaglianza di cui all’art. 3 della Costituzione, diretto ad impedire che a danno dei cittadini siano dalle leggi disposte discriminazioni arbitrarie, non può significare che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti una identica disciplina, mentre, al contrario, deve essergli consentito di adeguare le norme giuridiche ai vari aspetti della vita sociale, dettando norme diverse per situazioni diverse. Pertanto con l’art. 559 c.p. che punisce soltanto l’adulterio della moglie e non pone condizioni alla punibilità della relazione adulterina della moglie, non è stata creata a carico di questa una posizione di inferiorità, ma soltanto è stata diversamente disciplinata una situazione che il legislatore ha ritenuta diversa. Spetta al legislatore, non alla Corte Costituzionale, lo stabilire se la norma in questione risponda alla attuale valutazione sociale dei rapporti fra i coniugi e se i meriti oppure no di essere modificata*”. Rejeitou-se, assim, a alegação de inconstitucionalidade e manteve-se o tratamento discriminatório.

Felizmente, porém, não existe, no sistema italiano, a descabida e indesejável regra incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, segundo a qual a decisão que afirma a constitucionalidade da lei é imutável¹⁵. Por isso, a afirmação da constitucionalidade do artigo 559, do Código Penal italiano, pôde ser novamente reexaminada sete anos depois, em 1968. Agora, já em ambiente distinto, sob a presidência de um dos maiores administrativistas italianos, Aldo Sandulli, afirmou a Corte, com sua sentença n. 126, a

15 Nos termos do art. 26, da Lei n. 9.868, “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”. Para exame do problema, no sistema italiano, com expressa afirmação do caráter não definitivo da decisão que afirma a constitucionalidade de certa lei, cf. Vezio Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1974, II, 2, p. 151. A mesma solução prevalece no direito português, como mostra Jorge Miranda em *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, tomo II, p. 483. A razão para a revisibilidade da decisão declaratória de constitucionalidade é simples. A interpretação constitucional é necessariamente evolutiva. A Constituição não é um texto apenas jurídico, mas também um texto político. O significado dado à norma em certa altura poderá não ser o mesmo depois de passado algum tempo. Nas palavras de Giorgio Berti: “*l’interpretazione si denota per la continuità e l’adattabilità all’evoluzione della vita sociale e dei rapporti giuridici e non c’è mai una definitività assoluta, una forza di giudicato dell’atto interpretativo che non consenta di rivederne i presupposti, quando questi mutino*” (*Interpretazione costituzionale*, Padova, CEDAM, 1990, p. 619).

inconstitucionalidade da norma penal questionada, porque discriminatória a distinção estabelecida. A sentença tem a seguinte ementa: “*Per l’unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo sia l’adulterio del marito sia quello della moglie; ma quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti. Pertanto, i commi primo e secondo dell’art. 559 del codice penale sono viziati di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione, in quanto sanciscono una deroga al principio di eguaglianza dei coniugi non essenziale per la garanzia dell’unità familiare, ma risolvendosi, piuttosto, per il marito, in un privilegio; e questo, come tutti i privilegi, viola il principio di parità*”. O artigo 559, do Código Penal italiano, deixou, em consequência, de vigor.

No Brasil, após a Constituição de 1988 ainda se encontrava na jurisprudência, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho, a afirmação da necessidade de tratamento diferenciado da mulher, com proibição de elástico, por meio de negociação coletiva, de intervalo intra-jornada, prevista no art. 383, da CLT, diversamente do quanto estabelecido para o homem¹⁶, conclusão que dificilmente se harmoniza com a idéia mais ampla de igualdade entre homens e mulheres¹⁷.

Em síntese, a persistência, ao longo do tempo, da discriminação por motivo de sexo, discriminação por vezes referendada pelo próprio legislador,

16 “Horas extras provenientes da ampliação do intervalo de intrajornada - art. 383 da CLT. A correlação lógica entre o fator objetivo e a discriminação procedida impede que esta se constitua em violação do princípio da igualdade. É a hipótese do artigo 383 da CLT que se dirige à proteção do trabalho da mulher. A natureza não fez homens e mulheres iguais: a desigualdade é visível e não poderia ser modificada por simples vontade do legislador. Assim é que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Sendo claro que a constituição física, emocional e psicológica das pessoas do sexo feminino difere daquela inerente às do sexo masculino, é um imperativo de justiça que o tratamento dado em relação às mulheres, pela legislação trabalhista, seja, em alguns aspectos, diferente do que é dado aos homens. Com base nisso, a regra de proteção ao trabalho da mulher insculpida no artigo 383 da CLT é lógica e razoável, já que presente a correlação lógica entre o fator objetivo e a diferenciação de tratamento elencada. Trata-se de norma cogente do Direito do Trabalho, recepcionada pela Constituição Federal de mil novecentos e oitenta e oito, não podendo ser modificada por acordo entre as partes. Devidas, pois, as horas extras pleiteadas. Revista conhecida por violação do artigo 383 da CLT e provida no mérito, para restabelecer a r. sentença de primeiro grau.” (TST - 5ª T., Ac. n. 2656, Proc. RR n. 48.478, Rel. Min. Armando de Brito, julg. em 23.06.94 in DJU de 19.08.94, p. 21.009).

17 Por isso afirma a doutrina a incompatibilidade do art. 384, da CLT - que exige intervalo de 15 minutos antes da prestação de horas extras por mulheres, previsão sem correspondente para os homens - com a igualdade constitucional entre homens e mulheres. Cf., entre outros autores, Alice Monteiro de Barros (Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 2005, p. 1.029), Eduardo Gabriel Saad (CLT comentada, São Paulo, LTr, 2001, p. 241) e Francisco Antonio de Oliveira (CLT comentada, São Paulo, RT, 2000, p. 257).

como no caso do art. 383, da CLT, é que explica a regra do art. 5º, da CLT. É também o que explica o fato de a norma geral contra a discriminação, inserida no texto da CLT em data recente, figurar exatamente no Capítulo que cuida do trabalho da mulher. Trata-se do artigo 373-A, introduzido pela Lei n. 9.799, que, embora integrado a seguimento específico do diploma legal, enuncia regra geral contrária à discriminação, abrangendo não apenas a discriminação por motivo de sexo como, igualmente, por outros motivos¹⁸.

4. Discriminação por motivo de raça.

Menção particularizada deve ser feita à discriminação racial.

Há uma idéia generalizada de que no Brasil a discriminação racial é muito menos intensa e muito menos acentuada do que a encontrada em outros países. Isso se deveria, segundo a conhecida concepção de Gilberto Freyre, à colonização portuguesa, tida como menos segregacionista no tratamento dispensado aos escravos, permitindo mais facilmente a miscigenação. Afirmou ele que a escravidão portuguesa não seria a escravidão violenta que existiu, por exemplo, nos Estados Unidos, mas uma escravidão adaptada aos trópicos, fazendo com que a discriminação racial fosse muito menos intensa¹⁹, a gerar, inclusive, o mito da assim chamada democracia racial. Esse julgamento não retrata bem a realidade.

Não se deve perder de vista, em primeiro lugar, que o Brasil foi um dos últimos países do mundo a eliminar a escravidão, após quase 400 anos da prática. E os efeitos de tão longo período de tempo não se apagam, de nenhuma forma, do dia para noite. Em segundo lugar, os sinais de discriminação contra negros na sociedade são inegáveis. Dispensam até mesmo exemplificação detalhada²⁰. Não existe aqui, com certeza, a discriminação explícita, encontrada nos Estados Unidos da América, país em que, até 1953, com a decisão tomada no caso *Brown v. Board of Education*, já mencionada, ainda prevalecia a tese da legitimidade do tratamento diferenciado entre brancos e negros, firmada no final do Século

18 Sobre o tema da discriminação por motivo de sexo, com o seu exame por diferentes autores, tendo em conta vários sistemas jurídicos, cf. A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho, obra coletiva (coord. Laís de Oliveira Penido), Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, *passim*.

19 Casa-Grande & Senzala, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1963, *passim*.

20 Cf., mais amplamente sobre o tema, Edward Telles, *Racismo à Brasileira - Uma nova perspectiva sociológica*, Rio de Janeiro, Relume, 2003, *passim*, bem como Edna Maria Santos Roland, *The economics of racism: people of african descent in Brazil em Seminar on the economics of racism*, The International Council on Human Rights Policy, Geneva, 2001, *passim*.

XIX, quando do julgamento *Plessy v. Ferguson*²¹, seguramente um dos mais infelizes pronunciamentos da Suprema Corte norte-americana²², a partir do qual se formou a doutrina do *equal but separate*. No Brasil, porém, a discriminação, se não é ostensiva, costuma apresentar-se de forma mais dissimulada, oculta, disfarçada. Com isso o problema não desaparece. Pelo contrário. Torna-se ainda mais grave, porque mais difícil de identificar e de combater. Daí a reação firme do legislador, não só com o repúdio formal ao racismo²³ como, igualmente, com a tipificação de sua prática como crime “inafiançável e imprescritível”, punível com pena de reclusão²⁴.

5. Outras formas de discriminação.

Além da discriminação por motivo de sexo ou de raça, existem muitas outras formas de discriminação, várias delas previstas em diferentes dispositivos da Constituição, da CLT ou de leis esparsas.

No artigo 7º, inciso XXX, da Constituição, encontra-se, por exemplo, a referência à discriminação por motivo de idade e por motivo de estado civil, no tocante a salário, exercício de função e critério de admissão.

A discriminação por motivo de idade adquiriu alguma evidência com julgamento do Tribunal Superior do Trabalho, proferido no âmbito da 5ª Turma, de que foi relator o Juiz Convocado André Luis Moraes de Oliveira. O caso envolvia empresa que dispensava sistematicamente trabalhadores com mais de 60 anos. O Tribunal Superior do Trabalho, antes mesmo de que estivesse em vigor a Lei n. 10.741, que expressamente proibiu a fixação de limite máximo de idade para o exercício de trabalho, ressalvados os casos em que a natureza da atividade justifique a exigência²⁵, reconheceu

21 163 U.S. 537. Na decisão, que soa hoje como bárbara e inacreditável, afirma-se: “A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races - a distinction which is founded in the color of the two races, and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color - has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or re-establish a state of involuntary servitude” (p. 543).

22 Jeffrey Rosen diz tratar-se de decisão tão criticada como a tomada no caso *Dred Scott*, que declarou a obrigação do Congresso norte-americano de proteger os direitos dos senhores de escravo (cf. *The Supreme Court - The personalities and rivalries that defined America*, New York, Times Books, 2006, p. 100).

23 Constituição, art. 4º, inciso VIII.

24 Constituição, art. 5º, XLII.

25 Trata-se da regra editada pelo art. 27, do Estatuto do Idoso, de seguinte teor: “Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir”

que o caso era de discriminação e acolheu o pedido de reintegração do trabalhador no emprego²⁶.

Sem embargo das hipóteses mencionadas, o certo é que esse artigo 7º, inciso XXX, da Constituição, traça apenas parâmetros exemplificativos. A Constituição - pode-se claramente inferir isso do seu sistema e, especialmente, da parte final do seu art. 3º, inciso IV - proíbe genericamente qualquer forma de discriminação. Aliás, outras formas de discriminação acham-se mencionadas em dispositivos diversos, mas que têm toda a pertinência no campo do Direito do Trabalho. Considere-se, por exemplo, que o artigo 7º, inciso XXX, não se refere à discriminação por motivo de crença religiosa. Mas o artigo 5º, inciso VIII, da mesma Constituição, alude à proibição de discriminação por esse motivo, solução que se estende, sem dúvida nenhuma, ao campo do Direito do Trabalho.

O mesmo se pode dizer a propósito da situação familiar, que é mencionada no artigo 373, da CLT, e na Lei n. 9.029. A filiação, como causa

26 O acórdão tem a seguinte ementa: "Recurso de revista. Dispensa discriminatória por idade. Nulidade. Abuso de direito. Reintegração. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do "poder potestativo", para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no "caput" do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema." (TST - 5ª T., RR n. 462.888, Rel. Juiz Convocado André Luís Moraes de Oliveira, julg. em 10.09.03 in DJU de 26.09.03). Sobre o tema, amplamente, cf. Emmanuel Teófilo Furtado, Preconceito no trabalho e a discriminação por idade, São Paulo, LTr, 2004, *passim*.

de discriminação, é completamente repudiada. Não se pode, por conta da filiação do trabalhador, negar-lhe certo direito. A recíproca é igualmente verdadeira. Tampouco se pode favorecer alguém em virtude de sua filiação. A conclusão a que chegou a Suprema Corte norte-americana em *Kotch v. Board of River Port Pilot Com'rs for Port of New Orleans*, ao validar a seleção de novos pilotos de navio feita de modo a favorecer sempre “relatives and friends”²⁷, não é correta. É muito pouco provável que hoje fosse reiterada²⁸.

Tampouco a discriminação por convicção filosófica ou política é aceitável. Como notou a *United States Court of Appeals for the First Circuit*, em proposição passível de generalização, “...as a general rule, a government employer cannot discharge public employees merely because they are not sponsored by or affiliated with a particular political party...”²⁹. Admitir a rescisão de contrato de trabalho, por o empregado, condutor de trens de metrô ou professor em escola pública, recusar-se a responder se é ou não filiado a determinado partido político, como fez a Suprema Corte dos Estados Unidos em *Lerner v. Casey*³⁰ e, de novo, em *Beilan v. Board of Education*³¹, não é de nenhuma forma aceitável. A pergunta nem pode ter lugar³², pois, como realçado no Código do Trabalho de Portugal, o direito à reserva sobre a intimidade no âmbito da relação de emprego compreende a preservação de informações relacionadas com “a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”³³.

É igualmente proscrita a discriminação decorrente da procedência da pessoa, como referido, a propósito da procedência nacional, pelo art. 20, da Lei n. 7.716³⁴. Impor tratamento diferenciado a trabalhadores, por conta de sua origem geográfica, é ilícito, conquanto se cuide de prática não de todo rara no país.

27 330 U.S. 552.

28 Tinha toda razão o juiz Rutledge ao anotar, na sua *dissenting opinion*: “the result of the decision therefore is to approve as constitutional state regulation which makes admission to the ranks of pilots turn finally on consanguinity. Blood is, in effect, made the crux of selection. That, in my opinion, is forbidden by the fourteenth amendment’s guaranty against denial of the equal protection of the laws” (330 U.S. 565).

29 *Benito Galloza et al., v. Norman E. Foy et al.*, n. 03-2658.

30 357 U.S. 468.

31 357 U.S. 399.

32 Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Alvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios, 2001, p. 707.

33 Art. 16º, n. 2.

34 O dispositivo tipifica como crime o seguinte: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Há ainda mais formas de discriminação a referir, como, entre outras, as indicadas pela Lei belga de 10 de maio de 2007, a saber, opção sexual, fortuna, características genéticas, língua e origem social³⁵. Nenhuma delas se admite, ainda que não exista previsão expressa no direito brasileiro. Importa o princípio geral de proibição de discriminação, enunciado em julgado do Tribunal Superior do Trabalho, em caso em que se examinou prática discriminatória contra empregado infectado pelo vírus HIV. “Empregada portadora do vírus HIV. Dispensa discriminatória. A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o “caput” do art. 5º da CF/88. Precedentes: ERR 439.041/1998, ERR 217.791/1995, ERR 205.359/1995. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido”³⁶.

Mencione-se, ainda, a discriminação genética, propiciada pelo avanço científico, a permitir, a partir de exame do DNA, antecipar a tendência de certas pessoas para o desenvolvimento de algumas doenças, o que possibilitaria - como já se noticia³⁷ - preteri-las não somente no campo do trabalho como, outrossim, em outros setores, inclusive em matéria de acesso a serviços de saúde, especialmente aqueles propiciados por planos de assistência médica. Daí a importância da regra do art. 22º, n. 2, do Código do Trabalho de Portugal, que oportunamente se ocupou do problema e dispôs, entre outras coisas: “Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de... patrimônio genético...”.

Por fim, sem a pretensão de oferecer rol exaustivo, vale mencionar a discriminação provocada pelo exercício do direito de ação. Deixar de admitir o trabalhador, em virtude de ter ele ajuizado reclamação em face de seu antigo empregador, é prática ilícita, já sancionada pelos tribunais, com deferimento de indenização, como mostra decisão assim ementada: “...o direito de ação é constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV) e as chamadas “listas negras” são de há muito repudiadas pelo ordenamento jurídico, por impedir, injustamente, a admissão de trabalhadores que exerceram direito legitimamente assegurado. Assim, demonstrado que a atitude da Reclamada foi lesiva à honra e à intimidade do Reclamante, causando-lhe frustração pela oportunidade perdida injustamente, indubitável

35 Art. 4º, n. 4º.

36 TST - 5ª T., RR n. 726.101/2001, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, julg. em 26.11.2003 in DJU de 06.02.2004.

37 Cf. O artigo “Clandestinidade genética”, publicado no jornal Folha de S. Paulo, 2 de março de 2008, caderno mais!, p. 9

o dano moral ocasionado e a relação de causalidade entre o ato e o efeito, pelo que deve ser deferida a indenização específica, ressaltando ainda o caráter pedagógico da pena, que visa a coibir a prática discriminatória, pela Reclamada³⁸.

6. Discriminação e diferença de tratamento.

Na presente altura, depois do que já se disse sobre as diferentes formas de discriminação, há uma observação a fazer. A proibição de discriminação - que, como se procurou mostrar, é muito ampla, a compreender, inclusive, situações não previstas expressamente pelo legislador - não significa imposição de igualdade absoluta entre as pessoas.

Seria, no fundo, erro evidente compreender o princípio da igualdade ou a proibição de discriminação como imposição de igualdade absoluta e completa entre todos. Como notou Duguit, querer tirar da garantia de isonomia exigência de identidade matemática seria o paradoxo da igualdade, que levaria muito mais à desigualdade³⁹. E decidiu bem o Tribunal Superior do Trabalho ao admitir a diferenciação de empregados que exerciam atividades diversas, com concessão a uns de vantagens não estendidas a outros⁴⁰.

O que se proíbe, o que todos os dispositivos legais antes citados vedam, o que a evolução da sociedade proscreve, é a discriminação desarrazoada ou descabida. Em outros termos, o que o princípio da igualdade tolhe são "*differenziazioni arbitrarie*"⁴¹. Não impede que se estabeleçam distinções, até porque o papel da lei é, em grande medida, fazer distinções. Proíbe-se, com a regra da igualdade, como assentou o Tribunal Constitucional de Portugal, apenas que se estabeleçam distinções "arbitrárias ou irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante. Dizer *igualdade* - prossegue a decisão - é afirmar a proibição

38 TRT - 3ª Reg., RO n. 00951-2005-015-03-00-4, Rel. Juiz Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, julg. em 05.07.2006 in DJMG de 15.07.2006, p. 13.

39 *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923, tome troisième, p. 585.

40 Cuida-se de julgado assim ementado: "Adicional de nível universitário. Se instituído o adicional de nível universitário apenas para os advogados, não há amparo legal para a extensão da vantagem aos economistas, sob o fundamento de que deve ser aplicado o princípio isonômico, mesmo porque este não pode se sobrepor ao poder diretivo e de administração do empregador, respeitados os princípios básicos de proteção ao trabalho. Revista parcialmente conhecida e provida." (TST - 1ª T., RR n. 298.012, Rel. Juiz Convocado Domingos Spina, julg. em 17.11.99 in DJU de 11.02.00, p. 50)

41 Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1963, n. 122, p. 366. Na mesma linha, com indicação de precedente da Corte Constitucional alemã, cf. David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994, p. 322.

do arbítrio, do irrazoável, do injustificado”⁴². Para repetir a observação de Guilherme Machado Dray, “sendo admissíveis as diferenciações, o que se pede e exige é que estas sejam materialmente fundadas e se baseiem numa distinção objectiva de situações”⁴³. Em resumo, diante da conotação que a palavra já adquiriu, pode-se afirmar que proibida é, tão-somente, a discriminação e não a mera diferenciação, que é algo diverso e que se pode admitir.

É interessante, no particular, voltar a atenção para o Código do Trabalho de Portugal, já antes mencionado. O legislador português tratou com bastante acerto do assunto, porque foi muito mais abrangente do que a limitada regra do artigo 373 A, da CLT. Preceitua o artigo 23, n. 1, do Código do Trabalho de Portugal, que trata da proibição da discriminação: “o empregador não pode praticar qualquer discriminação: direta ou indireta baseada nomeadamente na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical”. Embora o rol seja bastante amplo, não perde o seu carácter exemplificativo, realçado pela doutrina⁴⁴. O legislador apenas procurou, com a menção a grande número de situações, dar máxima abrangência ao enunciado, tudo para mostrar que qualquer forma de diferenciação desarrazoada ou discriminação está afastada do ponto de vista legal.

Mas - daí a importância da referência ao dispositivo do Código do Trabalho de Portugal - proibição de discriminação não é sinónimo de proibição de diferenciação. Certas diferenças precisam ser estabelecidas. E o legislador português tinha isso em mente quando, logo na alínea n. 2, do mesmo art. 23, dispôs: “não constitui discriminação o comportamento baseado num dos fatores indicados no número anterior sempre que, em virtude da natureza das atividades profissionais em causa ou do contexto de sua execução, esse fator constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional.” Retoma-se a idéia que havia sido esboçada acima. O que se proscreve é simplesmente a discriminação, ou seja, a diferenciação abusiva, que não tem causa justa⁴⁵. Não toda e qualquer diferenciação.

42 Processo n. 249/91, Rel. Messias Bento, acórdão n. 226/92, decisão de 17.06.1992. A passagem transcrita acha-se no n. 7, da decisão.

43 O princípio da igualdade no Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina, 1999, n. 125, p. 109.

44 Júlio Manuel Vieira Gomes, Direito do Trabalho, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, vol. 1, p. 423, e Paula Quintas e Helder Quintas, Código do Trabalho - Anotado e comentado, Coimbra, Almedina, 2004, p. 136.

45 A propósito, Vera Lúcia Raposo, Os limites da igualdade: um enigma por desvendar *in* A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho, obra coletiva (coord. Laís de Oliveira Penido), Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 169/171.

É claro que o problema, assim colocado, não se resolve por inteiro. A dificuldade que remanesce está exatamente em determinar aquilo que é justificável ou não no campo da diferenciação. Para a Suprema Corte norte-americana o sexo era, no exercício da advocacia, em 1873, um elemento de diferenciação justificável, como se infere do exemplo já dado no presente texto. O passar do tempo deixou patente o erro da conclusão, que ninguém mais hoje subscreveria.

No direito, porém, as linhas nem sempre são nítidas, nem sempre cortam com precisão. O que atualmente se vê, com toda clareza e transparência, como um erro grave, inaceitável mesmo, ontem parecia normal e inevitável⁴⁶. E o que hoje se admite talvez amanhã venha a revelar-se intolerável. Há zonas cinzentas, em que as soluções se mostram mais difíceis⁴⁷. Basta pensar no caso, que não é hipotético, da discriminação, no trabalho, por motivo de crença religiosa. Se levantada a dúvida sobre a legitimidade de se condicionar o acesso ao emprego ou a permanência nele ao fato de o trabalhador professar determinada religião, o impulso inicial é claramente no sentido de repelir-se o critério, por inaceitável. Mas, caminhando na direção da zona cinzenta lembrada, a assertiva torna-se mais complexa. Caso o empregador seja, por exemplo, uma escola confessional, vinculando todo o seu ensino a determinada religião, mantém-se o caráter inaceitável do critério? Continuará a ser arbitrária a não admissão de todos aqueles trabalhadores que não professam essa mesma religião? A jurisprudência italiana deu à questão resposta negativa. Concluiu que o critério é legítimo. Considerou a religião, em escola confessional, aspecto validamente determinante para a admissão do trabalhador, conforme sentença n. 195, proferida em 1972, na qual se afirma: *“La libertà della scuola intesa come attuazione del principio del pluralismo scolastico ai sensi dell’art. 33 Cost., si estende indubbiamente alle università, per cui è ammissibile la creazione di università libere, che possono essere confessionali o comunque ideologicamente caratterizzate, e ne deriva necessariamente che la libertà di insegnamento da parte di singoli docenti che sono liberi di aderire all’indirizzo della scuola come di recedere dal relativo rapporto, incontra nel particolare ordinamento di siffatte università i limiti necessari a realizzarne le finalità. Ciò vale in particolare per l’Università cattolica la cui pretesa natura di persona*

46 O defloramento da mulher, ignorado pelo marido, como erro suficiente à anulação de casamento, nos termos do art. 219, inciso IV, do Código Civil de 1916, é exemplo bastante expressivo de algo considerado normal no passado e hoje visto como clara aberração. Torna-se ainda mais eloqüente o exemplo quando considerada a assertiva de João Luiz Alves, para quem a regra do inciso IV seria, em rigor, desnecessária, pois o defloramento estaria compreendido implicitamente na previsão do inciso III, ante a referência, neste último, a “defeito físico irremediável!” (Código Civil, São Paulo, Saraiva, 1935, 1º, vol., p. 249).

47 Em termos semelhantes, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, São Paulo, Malheiros, 2006, n. 34, p. 39.

giuridica pubblica non ne attenuerebbe comunque l'originaria destinazione finalistica e la caratterizzazione confessionale. Negando ad una libera università ideologicamente qualificata il potere di scegliere i suoi docenti in base ad una valutazione della loro personalità e negandosi alla stessa il potere di recedere dal rapporto ove gli indirizzi religiosi o ideologici del docente siano divenuti contrastanti con quelli che caratterizzano la scuola, si mortificherebbe e rinnegherebbe la libertà di questa, inconcepibile senza la titolarità di quei poteri, e pertanto l'art. 38 del Concordato non contrasta con l'art. 33 Cost., che subordina al nulla osta della S. Sede la nomina dei professori dell'Università cattolica del Sacro Cuore. La legittima esistenza di libere università caratterizzate dalla finalità di diffondere un credo religioso è uno strumento di libertà, e la libertà religiosa dei cattolici sarebbe gravemente compromessa ove l'Università cattolica non potesse recedere dal rapporto con un docente che più non ne condivida le fondamentali e caratterizzanti finalità. È pertanto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 del Concordato che subordina la nomina e la permanenza dei professori dell'Università cattolica al nulla osta della S. Sede, sollevata in relazione all'art. 19 Cost."

Em outros países, a diferença de tratamento, na situação mencionada, conta com a expressa permissão legislativa. É o que se dá, por exemplo, na Alemanha, em que a Lei geral sobre igualdade de tratamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*) admite distinção fundada em crença religiosa ou secularismo, no caso de emprego oferecido por comunidades religiosas, instituições associadas a elas ou, ainda, associações que tenham por finalidade cultivar determinada crença religiosa ou o secularismo⁴⁸.

Nem mesmo nessa situação extrema, contudo, a distinção pode ser aceita. O decisivo é o conhecimento que se tem para o exercício do trabalho, não importando necessariamente a adesão a uma ou a outra religião ou a rejeição de todas elas. A decisão da Corte Constitucional italiana, antes referida e transcrita em parte, não levou em conta que a liberdade individual do empregador não se pode sobrepor ao interesse público de que não haja discriminação por motivo religioso⁴⁹.

Outro exemplo das tantas dificuldades colocadas pelo exame da razoabilidade da distinção posta manifesta-se no plano político. É certo - como já exposto, aliás - não se admitir diferenciação de tratamento por motivo de convicção política. Mas - considere-se agora o problema - como

48 Cf. § 9, (1), do *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, na tradução para o inglês encontrada em *Employment & Labor Law in Germany*, C. H. Beck e Ant. N. Sakkoulas, München, 2008, p. 128.

49 Sobre o tema, com conclusão divergente, porém, cf. Teresa Alexandra Coelho Moreira, *Da esfera privada do trabalho e o controlo do empregador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 507 e segs. Note-se que, a despeito da data de publicação, o texto é anterior ao Código do Trabalho de Portugal.

julgar a escolha feita para ocupar cargo de confiança na administração pública, a partir de critérios políticos, com exclusão de pessoas vinculadas a outros partidos? Haveria, no caso, discriminação, ou, ao contrário, simples diferenciação, aceitável ante o contexto em que realizada? A Suprema Corte americana, em *Branti v. Finkel*, disse que não havia discriminação, diante do caráter eminentemente político do cargo, que, na hipótese examinada, era de assessor de defensor público. Assinalou: "*party affiliation is an appropriate requirement for the effective performance of the public office involved*"⁵⁰. Teve de admitir, porém: "*it is not always easy to determine whether a position is one in which political affiliation is a legitimate factor to be considered*"⁵¹.

7. Igualdade e ações afirmativas.

A discriminação, como visto até aqui, está claramente proibida e não é tolerada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A realidade, no entanto, nem sempre condiz com tal idéia. A distância entre o dever ser - a norma legal - e o ser - aquilo que se passa no mundo dos fatos - é enorme. Por isso mesmo é que fica evidente como não basta proscrever, por meio da lei, a discriminação. É preciso eliminá-la da realidade. Eis o grande problema dos dias de hoje. A ilegalidade da discriminação já não está mais em causa. Não é aceita pelo ordenamento jurídico. Não é tolerada. O problema é que ela continua a ocorrer na prática. Como eliminá-la? Como fazer com que a igualdade de tratamento, enunciada pela lei, transforme-se cada vez mais em realidade? Eis a questão hoje mais importante. Nesse campo há pelo menos dois aspectos fundamentais.

O primeiro envolve as chamadas ações afirmativas, caracterizadas, em linhas muito gerais, pelo tratamento desigual imposto pela lei, para compensar a desigualdade existente na realidade. O tema da ação afirmativa está atualmente em bastante evidência por conta de alteração legislativa ocorrida em alguns Estados da Federação, consistente na criação de cotas para ingresso, em universidades públicas, de estudantes vinculados a grupos minoritários ou desfavorecidos. Houve enorme polêmica sobre a legitimidade da previsão, com discussão em torno da própria constitucionalidade dessa reserva de cotas.

O que se alega, em oposição à ação afirmativa, é que a política no fundo viola a regra de tratamento igual de todos perante a lei. Afinal, se não pode haver discriminação, como privilegiar certa minoria ou certo grupo - nem sempre minoritário - com cotas reservadas, fazendo, por exemplo, com que aqueles que obtenham uma nota inferior possam ser admitidos na universidade em detrimento de outros, que não pertencem ao grupo e obtiveram notas superiores?

50 445 U.S. 507.

51 Idem.

Ao enfrentar a questão lançada, prontamente vem à tona o julgamento da Suprema Corte americana que envolveu, mais uma vez, o problema da discriminação racial. A Universidade da Califórnia estabeleceu cotas reservadas para negros, hispânicos e outros grupos desfavorecidos na sociedade norte-americana. Questionou-se a legitimidade da providência e a Suprema Corte, em 1978, afirmou que as cotas eram inconstitucionais⁵². Invoca-se esse precedente para justificar a mesma solução no direito brasileiro. A forma como se conduz o debate é, todavia, incorreta, até porque a mesma Suprema Corte, em junho de 2003, reviu, em parte, sua posição⁵³. Afirmou, agora em relação ao sistema de cotas instituído pela Universidade de Michigan, que ele era legítimo, desde que o critério racial não fosse o único e convivesse com outros critérios. O resultado, de todo modo, é que, com o critério adotado, ingressarão na universidade integrantes de grupos desfavorecidos, mesmo que tenham obtido nota inferior à exigida de outros alunos. Como se vê, a Suprema Corte validou, em grande medida, a ação afirmativa. E mesmo antes, em 1970, no julgamento do caso *Steelworkers v. Weber*, reformou decisão da *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*, ao reconhecer a validade de norma coletiva celebrada com sindicato, em que prevista a promoção preferencial de trabalhadores negros, anteriormente preteridos no setor⁵⁴.

Aliás, o resultado a que se chegou no direito norte-americano está em linha com um dos dispositivos mais elegantes da Constituição italiana de 1947. O artigo terceiro, que estabelece a regra geral de igualdade, dispõe, como já visto: "*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*". Esse é o enunciado geral que, tal como na Constituição italiana, aparece em muitas outras constituições. Mas o preceito verdadeiramente importante é o parágrafo único, que estabelece: "*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*". Em termos semelhantes, a Constituição da Índia, estatui, no art. 15, sob a rubrica "*prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth*": "(1) *The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them. (2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex,*

52 *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke* (438 U. S. 265).

53 *Grutter v. Bollinger* (000 U.S. 02-241).

54 443 U.S. 193. Igualmente admitindo ações afirmativas, agora no campo da contratação de prestadores de serviços, veja-se a decisão tomada em *Adarand Constructors, Inc. v. Peña, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit* n. 93-1841, de 1995.

place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to (a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or (b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public". Sem embargo, logo no n. 3, do mesmo artigo, preceitua-se: "*Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes.*"

A vigente Constituição brasileira, a despeito da consagração da igualdade formal, como se vê do *caput*, do art. 5º, segue a linha da Constituição italiana e da Constituição da Índia, ainda que não de maneira tão clara ou em termos tão expressos. Em seu art. 3º, inciso III, porém, inclui, entre os objetivos fundamentais da República, "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Compreende-se, em tal contexto, faça a Constituição referência à proteção do mercado de trabalho da mulher, considerando não apenas a proibição passiva de discriminações (art. 7º, inciso XXX), como, ainda, a adoção de "incentivos específicos" (art. 7º, inciso XX)⁵⁵. Não há, por conseguinte, contraste entre o princípio constitucional da igualdade e as ações afirmativas, como reconheceu, inclusive, o Tribunal Federal da 4ª Região, ao enunciar a validade do sistema de cotas, na Universidade Federal do Paraná⁵⁶.

Na verdade, as ações afirmativas estão plenamente amparadas pela idéia de igualdade substancial, até porque só se remove a desigualdade com uma desigualdade compensatória, com o tratamento favorecido, por meio do qual se possa reequilibrar a desigualdade de fato. Não há, no caso, ofensa ao princípio da igualdade. Como explicitou o Tribunal Constitucional espanhol, "*no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por*

55 Analogamente, a Constituição portuguesa de 1976 estabelece, no art. 81: "Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal...". A Constituição da Venezuela, por sua vez, dispõe, no art. 21: "*Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:... 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*".

56 TRF - 4ª Reg., 3ª T., Ap. Ms nº 2005.70.00.008336-7, Rel. Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, julg. em 25.03.2008.

*objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación*⁵⁷.

Aqui bem se pode invocar, outra vez, a jurisprudência norte-americana. Teve a Suprema Corte de defrontar-se, certa feita, com o problema da aposentadoria com prazos diferenciados para homens e mulheres, cuja legitimidade se questionou, em face do princípio constitucional da igualdade. Por que o tratamento discriminatório? A Suprema Corte, em julgamento que não teve tanta repercussão como outros, assentou: *"The challenged statute operated directly to compensate women for past economic discrimination. Retirement benefits under the Act are based on past earnings. But as we have recognized: "Whether from overt discrimination or from the socialization process of a male-dominated culture, the job market is inhospitable to the woman seeking any but the lowest paid jobs." Kahn v. Shevin, 416 U.S., at 353 ... Thus, allowing women, who as such have been unfairly hindered from earning as much as men, to eliminate additional low-earning years from the calculation of their retirement benefits works directly to remedy some part of the effect of past discrimination*⁵⁸. E a jurisprudência nacional usou argumento muito semelhante para rejeitar a tese da inconstitucionalidade da Lei n. 11.340, conforme julgado com a seguinte ementa: "Apelação - Lei Maria da Penha - Inconstitucionalidade - Inocorrência - Busca da igualdade substantiva - Coerência com o princípio da isonomia. A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis sócio-culturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional, já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo. As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero - deságüem ou não em Leis - buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica. O tratamento diferenciado que existe - e isto é fato - na Lei 11.340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto

57 Sentença n. 19/1989, julgamento em 31.01.1989, publicada em 28.02.1989. Para outros pronunciamentos, de tribunais de diferentes países europeus, cf. Louis Favoreu e outros, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2000, §§ 436 e segs., p. 343 e segs.

58 *Califano v. Webster* (430 U.S. 313). De idêntico modo, na *dissenting opinion* apresentada no já citado caso *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke* (438 U. S. 265), o juiz Harry Blackmun assentou: "...in order to treat some people equally we must first treat them differently".

de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso - a origem é múltipla. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada⁵⁹.

A afirmação adquire especial significado no campo das cotas nas universidades. É preciso ter em conta que a discriminação existente para o ingresso nas universidades decorre já da deficiência no ensino para certas pessoas. Os grupos desfavorecidos têm um ensino de menor qualidade. Com isso, não ingressam em universidades de melhor qualidade. Em conseqüência, exercerão atividades ou funções com menor remuneração, fazendo com que a desigualdade se multiplique e, na verdade, se perpetue.

Portanto, as ações afirmativas são mesmo indispensáveis quando se pretende eliminar de fato - e não apenas de direito - a discriminação. Como assinalou em famoso voto vencido o juiz Tanaka, da Corte Internacional de Justiça: *"to treat unequal matters differently according to their inequality is not only permitted but required"*⁶⁰. Daí ter razão E. W. Vierdag ao concluir: *"it is only after compensatory unequal treatment has been accorded in compliance with the non-discrimination rule that legal equality, i.e. formal equal treatment, will also constitute material equal treatment, will produce 'genuine equality'"*⁶¹. Não por outra razão a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, depois de estabelecer, na subsecção 1, de seu art. 15, a regra geral da igualdade⁶², na subsecção seguinte estatui: *"(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability"*⁶³. Disse muito bem, aliás, o Min. Carlos Ayres de Britto ao assinalar: "não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade"⁶⁴.

59 TJ-MG, 5a Câmara Criminal, Ap. Criminal n. 1.0672.07.245992-4/001(1), Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, jul. em 06.11.2007 in DJMG de 01.12.2007.

60 *South-West Africa-Case*, Reports 1966, p. 248.

61 *The concept of discrimination in international law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1973, p. 165.

62 O texto está assim redigido: *"(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability"*.

63 Para indicação da admissibilidade de medidas de ação afirmativa na legislação britânica (*positive discrimination*), em matéria trabalhista, em favor de idosos, cf. Robert Upex, Richard Benny e Stephen Hardy, *Labor Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, n. 4.140, p. 188.

64 Item 30, do voto proferido na ADin n. 3.330-1 DF.

É exatamente o que faz, embora de modo imperfeito, o art. 93, da Lei n. 8.213/91, ao impor aos empregadores a obrigação de contratação de certo número de trabalhadores deficientes⁶⁵. A disciplina legal, em tal hipótese - como em outras em que se criam medidas promocionais em favor de pessoas desfavorecidas - apenas procura “*riammettere al lavoro a condizione normali coloro che, per le minorazioni subite, difficilmente potrebbero affrontare la concorrenza con i lavoratori sani*”, como evidenciado por Valente Simi⁶⁶. Não é outro o fundamento da regra do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504, que, ao estabelecer as normas para as eleições, dispõe: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”.

No campo trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a validade de cláusula de convenção coletiva com previsão de admissão preferencial de trabalhadores locais, normalmente preteridos em relação a trabalhadores de outras regiões, como forma de distribuir, de modo mais equânime, os resultados do desenvolvimento econômico. A ementa do julgado tem a seguinte redação: “Recurso ordinário. Ação anulatória. Recrutamento. Preferência. Mão-de-obra local. Validade. É válida a cláusula

65 Imperfeição evidente da norma indicada resulta de nela não se levarem em conta dificuldades decorrentes de impossibilidades técnicas ou de situações em que a liberdade de escolha do empregador não pode se sujeitar a parâmetros mais rigorosos, como no caso dos cargos de confiança (art. 62, inciso II, da CLT). O direito italiano, com a experiência acumulada ao longo de mais tempo de aplicação de medidas promocionais, considerou as hipóteses, ainda que em termos também algo imperfeitos e suscetíveis de aprimoramento. Dispensou, de todo modo, certas empresas do cumprimento, em relação a determinadas funções, da obrigação de admissão de deficientes, por conta de obstáculos técnicos. Trata-se do art. 13, da Lei n. 482, de 1968, em que se estatui: “*Le imprese di navigazione marittima ed aerea, le ferrovie dello Stato e le imprese esercenti pubblici servizi di trasporto in concessione non sono tenute, per quanto concerne il solo personale navigante e viaggiante, all'osservanza dell'obbligo di cui al precedente articolo*”). Admitiu, em relação a outras empresa, a substituição, em situações excepcionais e mediante prévia autorização administrativa, da contratação de deficientes por outras medidas promocionais. A possibilidade está no art. 13, n. 5, da mesma Lei n. 482, nos seguintes termos: “*Con decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentita la commissione provinciale di cui all'art. 16, le aziende private che, per le speciali condizioni della loro attività non possono occupare l'intera percentuale di invalidi prescritta, potranno essere parzialmente esonerate dall'obbligo dell'assunzione, alla condizione che, in sostituzione degli invalidi, provvedano ad assumere orfani e vedove delle varie categorie. La mancata assunzione di orfani e vedove comporta la decadenza dell'esonero*”. Dessa forma, sem se comprometer a busca de mais igualdade substancial, deixa-se espaço para o estabelecimento de disciplina diferenciada em casos que mal se acomodam à disciplina legal de caráter geral.

66 *Disposizioni di legislazione sociale particolari ad alcune categorie di lavoratori em Trattato di diritto del lavoro*, Padova, CEDAM, 1959, volume terzo, p 446.

que prevê preferência na contratação de mão-de-obra local, como critério de desempate, sem consubstanciar restrição absoluta, a fim de diminuir desigualdades sociais evidentes em uma situação específica, revelando-se como verdadeira discriminação positiva, garantidora da concretização do princípio constitucional da igualdade jurídica⁶⁷.

8. Discriminação e processo.

Outra providência relevante para a eliminação da discriminação está relacionada com o direito processual.

Na verdade, já existem as normas legais substanciais para combater a discriminação. Não são necessárias outras, especialmente quando bem e corretamente interpretadas as existentes. Mas é ainda muito difícil discutir judicialmente o problema da discriminação. Por quê? Ora, por um motivo muito simples: a discriminação normalmente não se dá de modo ostensivo, declarado, manifesto. Ela é quase sempre dissimulada, disfarçada. Mostra-se “*unusual to find direct evidence of racial discrimination*”, como registrou a *House of Lords*⁶⁸. Isso se torna ainda mais delicado no campo do Direito do Trabalho, em que muitos atos se praticam fundados no exercício de direitos potestativos. A dispensa, por exemplo, não precisa, como regra geral, ser motivada. Não está o empregador obrigado a declinar o motivo para a rescisão do contrato de trabalho. Se pretende dispensar por motivo discriminatório, simplesmente silencia. Não indica o motivo. O mesmo vale para a admissão do trabalhador. Ninguém dirá que não admite o trabalhador por conta de seu sexo, raça, idade ou outro fator discriminatório de qualquer natureza. Em consequência, consoante anota Jacques Le Goff, “*en matière de discrimination, l’effectivité du droit butte sur l’écueil de la preuve de pratiques illicites*”⁶⁹. Pois bem, como isso pode ser resolvido? Só há uma forma, que envolve o segundo aspecto do combate à discriminação.

Mais uma vez o legislador português foi muito feliz. No mesmo artigo 23, do Código do Trabalho, já mencionado, há uma terceira alínea, em que se lê o seguinte: “cabe a quem alegar discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se consideram discriminados.” Em consequência de tal preceito, aquele que

67 TST - SDC, Proc ROAA n. 78/2004-000-08-00, rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, julg. em 10.04.2008 in DJU de 25.04.2008.

68 *House of Lords* [1991] IRLR 513, *King v. Great Britain-China Centre* apud Simon Deakin e Gillian S. Morris, *Labor Law*, Butterworths, London, 2003, p. 562. A Divisão Civil de Corte de Apelação da Inglaterra assinalou, a seu turno, que a produção da prova em “*discrimination claims may pose great difficulties for claimants*” (*Igen Ltd. and Kay Wong* [2005] EWCA Civ. 142).

69 *Droit du travail et société*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2001, 1 - *Les relations individuelles de travail*, p. 444.

se considera discriminado por conta de sua raça, religião ou convicção ou outra circunstância, deve apenas apontar outros trabalhadores que tiveram tratamento diferenciado. Aí termina o seu encargo, que consiste em estabelecer o que os tribunais norte-americanos chamam de *prima facie case*⁷⁰. Prossegue o mesmo dispositivo estabelecendo que incumbe “ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos fatores indicados no n.1”.

A regra mencionada, que encontra paralelo em outros sistemas jurídicos⁷¹, mostra que, quando se busca realmente tratar judicialmente de casos de discriminação, é impostergável permitir, em certos casos e preenchidas determinadas condições, a inversão do ônus da prova⁷² ou, como preferem outros, é preciso aliviar o ônus da prova atribuído normalmente ao autor⁷³. Quem estabelece a diferenciação é que fica obrigado a demonstrar a razoabilidade do critério de distinção. Deve evidenciar que a prática justificase por conta da natureza da atividade ou de qualquer outro fator legítimo de diferenciação. Tome-se um exemplo. Não admite a empresa - imagine-se - pessoas com mais de 60 anos de idade, para utilizar exatamente o

70 A propósito, no campo da discriminação em matéria trabalhista, cf. *McDonnell Douglas Corp. v. Green* (411 U.S. 802). Os elementos do *prima facie case*, indicados no citado julgamento da Suprema Corte, são os seguintes: “(i) that he (o autor do pedido) belongs to a racial minority; (ii) that he applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (iii) that, despite his qualifications, he was rejected; and (iv) that, after his rejection, the position remained open and the employer continued to seek applicants from persons of complainant’s qualifications”.

71 O art. 96, da *Ley de Procedimiento Laboral* espanhola, por exemplo, prevê: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. E a Lei belga de 10 de maio de 2007 dispõe, em seu art. 28, § 1º: “Lorsqu’une personne qui s’estime victime d’une discrimination, le Centre ou l’un des groupements d’intérêts invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l’existence d’une discrimination fondée sur l’un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu’il n’y a pas eu de discrimination”. Para exame do assunto no direito holandês, cf. Antoine T. J. M. Jacobs, *Labor law in the Netherlands*, The Hague, Kluwer Law Internacional, 2004, n. 68, p. 60.

72 Foi o que assinalou o Tribunal Constitucional espanhol, ao examinar caso envolvendo alegação de discriminação por motivo sindical: “Cuando ante un despido se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio por vulneración del art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores y de derechos fundamentales comprendidos en artículos como el 14, el 16 o el 28.1 de la Constitución, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario «la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido»...” (Sentença 114/1989, de 22.06.1989).

73 Júlio Manuel Vieira Gomes, Direito do trabalho cit.

caso julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, a que se fez menção anteriormente. Ora, se se trata de contratação para atividade que exija alta capacidade física, o critério distintivo não será arbitrário. É, pelo contrário, legítimo. Mas - e esse é o ponto importante - deve ser ainda assim sempre ônus de quem diferencia demonstrar a razoabilidade da diferenciação.

A inversão do ônus da prova, que não se há de verificar gratuitamente, mediante mera alegação do autor⁷⁴, é um elemento essencial para o combate à discriminação. Precisa, portanto, ser tomada em conta pelo legislador, a fim de modificar o quadro hoje vigente, mediante norma clara, conhecida antecipadamente pelas partes envolvidas na relação material⁷⁵. A aplicação da regra do art. 818, da CLT, aos pleitos relacionados com impugnação de práticas discriminatórias, dominante na jurisprudência⁷⁶, cria problemas práticos evidentes, frustrando a tutela efetiva do direito à igualdade.

9. Conclusão.

A consolidação da democracia, sem dúvida nenhuma, é um passo que se dá no campo da eliminação da discriminação, porque todos passam a ser iguais no plano da participação política. Mas, há o reverso da medalha, que nem sempre é considerado. As sociedades divididas em castas, em

74 A propósito, Juan Montero Aroca e outros, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, Civitas, 1993, I, p. 658.

75 A modificação do ônus da prova há de ser feita pelo legislador, não podendo ficar a cargo do arbítrio judicial, sob pena de, como mostra Antonio Vallebona, comprometer a certeza do direito (*L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, CEDAM, 1988, n. 1, p. 8) e, até mesmo, a garantia do contraditório, por conta da incerteza sobre o interesse no desenvolvimento da atividade instrutória.

76 "No processo originário, o ônus da prova da existência de discriminação no trabalho era da Reclamante, uma vez que referente ao fato constitutivo do seu direito à indenização por dano moral." (TST - SBDI II, ROAR n. 677.277, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, julg. em 05.02.02 in DJU de 15.03.02); "...dispensa discriminatória...Ônus da prova que incumbe ao empregado (art. 818 da CLT e art. 333, I, do CPC)." (TRT - 4ª Reg., 6ª T., Processo n. 01520.202/97-0 (RO), Rel. Juiz João Ghisleni Filho, julg. em 04.06.98 in DJ de 29.06.98) e, ainda: "Dano moral. Ato discriminatório. Gravidez. Ônus da prova dos fatos constitutivos do direito. Regularidade de dispensa em sede de contrato de experiência. As alegações de dano moral e de atitude discriminatória em razão de gravidez, causadores da rescisão contratual, devem ser robustamente comprovadas, não deixando margem para dúvidas, sob pena de ofensa à reputação da empresa, que também merece proteção legal. Deve ser comprovada a conduta do empregador, o dano sofrido e o nexo causal entre a conduta e o dano, como fatos constitutivos do direito à reparação, na forma dos artigos 818, da CLT e 333, inciso I, do CPC. Não sendo realizada essa prova e verificando-se que a dispensa ocorreu em sede de contrato de experiência, não há nenhuma irregularidade que invalide o ato do empregador." (TRT - 2ª Reg., 4ª T., RO n. 01656200631602002, Rel. Juiz Paulo Augusto Camara, Ac. n. 20080337710 in DOE de 02.05.2008).

grupos, em que há discriminação, são menos inclinadas a aceitar soluções democráticas e tendem a seguir caminhos autoritários. Daí porque, se a democracia contribui para uma maior igualdade, a maior igualdade também fortalece enormemente a democracia. Como lembra Carmen Lúcia Antunes Rocha, “Democracia não combina com discriminação”⁷⁷. Por isso, no fundo, o combate à discriminação não é uma questão limitada. É questão muito mais ampla, que permite recuperar e atualizar os ideais que, no já distante ano de 1789, levaram à Revolução Francesa.

É preciso pensar na liberdade não mais como aquela mera faculdade de exercer determinada atividade ou como mera liberdade econômica. A liberdade é muito mais do que isso. É a efetiva possibilidade de exercício de direitos. Já a igualdade - segundo postulado da Revolução Francesa - é a igualdade de oportunidades e de chances. Diferenças sempre haverá na sociedade. O que não pode haver é uma desigualdade de oportunidades. As diferenças devem resultar da diversidade de aptidão de cada um e não da dessemelhança de fortuna, de nascimento ou de outros aspectos acidentais. Com tudo isso, talvez se consiga atingir o terceiro mote da Revolução Francesa, o mais ambicioso de todos e o que está mais ausente da sociedade nos dias de hoje: a fraternidade.

⁷⁷ Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, Revista de Informação Legislativa, Brasília, 1999, 33, n. 131, p. 33 *apud* Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, Discriminação por sobrequalificação, São Paulo, s. e. p. (dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 7.

TRABALHADORES DO BRASIL: 20 anos de proteção constitucional ou a subordinação revisitada

Aldacy Rachid Coutinho¹

1. Com o advento da Constituição da República de 1988 não faltaram vozes a bradar que os níveis de proteção assegurados por meio dos direitos fundamentais sociais no artigo 7º e seus incisos tinham como destinatários todos os trabalhadores e não somente aqueles subordinados. Agregue-se o fato de que desde algum tempo se pensa no alargamento dos horizontes do próprio Direito do Trabalho, para albergar outras formas de prestação de trabalho que não somente a do emprego. Por outro lado, nota-se um esvaziamento na figura do empregado como paradigma a pautar a adoção de medidas legislativas protetivas, identificando-se uma fragmentação das relações jurídicas ao mesmo tempo em que cresce a informalidade, tomada no sentido próprio de mercado informal (não produtivo economicamente) quanto na sua identificação com a ilegalidade (descumprimento das regras e princípios trabalhistas). Para selar o “*imbróglio*” tem-se como insuficiente o conceito de subordinação jurídica diante do que seriam as emergências de um capitalismo em transformação, das novas formas organizativas do capital produtivo e do paradigma “trabalhador” que se alterna para assunção do desejo de ser empreendedor.

Exsurge, portanto, a necessidade de se enfrentar a questão da subordinação jurídica, para perquirir a sua atualidade e os limites e possibilidades de permanecer como parâmetro para identificação dos destinatários da proteção constitucional inserta do art. 7º.

A subordinação jurídica resta consagrada no Direito do Trabalho² brasileiro como o critério distintivo por excelência da relação de emprego, se assim se quer, do contrato de trabalho em relação aos demais negócios jurídicos cuja obrigação consiste em uma atividade humana, e vem aceita sem oposição.³

1 Professora de Direito do Trabalho na Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Procuradora do Estado do Paraná. Advogada.

2 Por todos, v. CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 197-206.

3 Segundo Deveali, o critério de subordinação jurídica é aceito unicamente pelos países latinos como Itália, França, Espanha e América Latina, sendo que na Alemanha a admissão se dá com alcance distinto e efeitos mais reduzidos. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 179.

A relação de emprego caracteriza-se quando há prestação de serviços de forma pessoal, não eventual, subordinada e remunerada (art. 3º da CLT). Dentre estes requisitos, o mais importante é a subordinação, que não se verifica na relação de natureza autônoma e constitui-se, portanto, em elemento indispensável na identificação do vínculo empregatício.⁴

É necessário esclarecer, desde logo, que a subordinação é um conceito teoricamente construído, nascido pelas mãos de Paul Cuche,⁵ não sendo, portanto, inerente ao modo de produção capitalista,⁶ nem aos vínculos de emprego.⁷

Não é despidendo lembrar que, em França, a Corte de Cassação preferiu definir o trabalhador assalariado pelo estado de subordinação, afastando o critério da dependência econômica, em julgado datado de 6 de julho de 1931.⁸

Note-se, portanto, que Evaristo de Moraes, em sua obra *Apontamentos de direito operário*, publicada originalmente em 1905, pela Imprensa Nacional, já se empenhava em favor de um contrato de trabalho que regulasse o vínculo entre empregador e empregado, mesmo quando sequer havia emergido no ordenamento jurídico o Código Civil de 1916, que optou por um contrato de locação de serviços e não traçava uma linha

-
- 4 TRT-PR-00025-2005-322-09-00-9. Acórdão n° 19049/2007. 1ª Turma Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 17-07-2007; TRT-PR-01453-2005-670-09-00-7. Acórdão n° 27631/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 28-09-2007; TRT-PR-02042-2006-664-09-00-8. Acórdão n° 25902/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 18-09-2007; TRT-PR-02718-2006-673-09-00-4. Acórdão n° 23428/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 28-08-2007; TRT-PR-00025-2005-322-09-00-9. Acórdão n° 19049/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 17-07-2007.
- 5 CUCHE, Paul. Du rapport de dépendence élément constitutif du contrat du travail, publicação de 1913. Apud NASCIMENTO, Amauri. Curso de direito do trabalho. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 599.
- 6 “De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão).” DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo : LTr, 2007, p. 301.
- 7 A subordinação está presente, ainda, nas relações estatutárias, regidas pelo direito administrativo, bem como igualmente, dentre tantas, no trabalho avulso, no trabalho temporário e na relação de estágio.
- 8 SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. Revue du Droit Social. fev.2000, n. 2, p. 131.

para enfrentar a discussão em torno de uma subordinação jurídica; não há menção de tal categoria e nem por isso inviabilizara o enfrentamento das questões de um "direito operário".⁹

Posiciona-se nos marcos regulatórios de um Direito do Trabalho filho do Estado Social, que tinha como missão afirmar e concretizar algumas promessas da modernidade. Acompanhado do Direito Penal (veja-se a evolução das penas), serve ao (é expressão do) capitalismo - não por outro motivo pode-se afirmar ser um Direito Capitalista do Trabalho - para que se estabeleça uma normalização social, o que faz nos marcos da Revolução Industrial, para assegurar ordem e disciplina no sistema fabril. Tendo por meta viabilizar as condições para o desenvolvimento industrial, instala uma sociedade salarial tendo o trabalho produtivo como centralidade nas relações interpessoais.

Com o advento de uma sociedade pós-industrial, nos contornos da pós-modernidade, se instala uma "crise" à qual se segue uma mudança de paradigmas. O Direito do Trabalho, que não incorporou direitos e liberdades do Estado Liberal, tais como os princípios da legalidade e presunção de inocência em relação ao poder punitivo, que não cumpriu as promessas da modernidade, se deve adequar ao ambiente de um Estado Democrático de Direito. Tem, então, que dar conta dos reflexos do desenvolvimento da ciência moderna¹⁰ por seu discurso, que abalou o lugar da autoridade do enunciador como legitimidade, em proveito de outra legitimidade fundada, na autoridade dos enunciados, por sua coerência interna¹¹, produtora de novos laços sociais.¹² Para compreendê-la, afinal, é mister ter em mente que o discurso da ciência (tecnocientífico) tem uma pretensão universalizante, totalizante, isto é, pretende "*ter uma boa resposta para todos*", onde tudo é

9 MORAES, Evaristo. Apontamentos de direito operário. 4. ed. São Paulo : LTr, 1998.

10 Einstein afirmara que o tempo, dimensão fundamental da nossa existência, é uma ilusão; não há passado e nem futuro: "Assistimos ao surgimento de uma ciência que não mais se limita a situações simplificadas, idealizadas, mas nos põe diante da complexidade do mundo real, uma ciência que permite que se viva a criatividade humana como a expressão singular de um traço fundamental comum a todos os níveis da natureza." PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo : UNESP, 1996, p. 14.

11 "Foi a promoção da exclusão da enunciação em proveito de puros e simples enunciados que permitiu aos nazistas servirem-se - como fizeram - da ciência racial". LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2004, p. 69.

12 LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2004, p. 53. "Assim, o desenvolvimento da ciência moderna abala o lugar da autoridade religiosa e produz novo laço social, cujo motor, doravante, que comanda, não é mais a enunciação do mestre, seu dizer, mas um saber de enunciados, um conjunto acéfalo de ditos." (p. 53)

possível (não existe o impossível!¹³) e, portanto, instala um mundo sem limites nas reivindicações dos cidadãos (salvo pela falta de recursos financeiros) pautadas pela racionalidade econômica eficientista (maximizar os resultados, reduzindo os custos), a ruína da faculdade de julgar, uma desinscrição da diferença e a possibilidade de um saber que não está mais “estorvado” pela dimensão da verdade, pois a verdade é o que é demonstrável - seria um “saber sem verdade”, ou o fim das certezas.¹⁴

O discurso tecnocientífico, segundo o qual não há mais certezas, senão possibilidades, abala significativamente o conceito nevrálgico do Direito do Trabalho. Afinal, ainda é possível manter o conceito de subordinação jurídica como suporte e alavanca de um direito do trabalho?

2. Não obstante a artificialidade de sua essencialidade, decorrente de processos de naturalização, não se tem ainda critérios precisos e uníssonos para sua identificação. Trata-se, como quer Lyon-Caen, Pélissier e Supiot, de uma “*définition incertaine*”¹⁵ ou, segundo Carinci, Tamajo, Tosi e Treu, de uma noção “*fragile*”.¹⁶ Para Deveali, é um conceito que está, assim, “*destinado a desaparecer*”,¹⁷ em posição compartilhada por Plá Rodriguez.¹⁸ Ponderam Hueck e Nipperdey, todavia, que embora seja um critério não de todo claro e relativo, até o momento não se encontrou outro melhor para substituí-lo.¹⁹

3. A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3.º, define empregado como sendo “toda pessoa física que prestar serviços de natureza

13 “Estando dado, entretanto, que, no simbólico da ciência, esse real original é esquecido, a consequência é que querer o impossível é confundido com tornar tudo possível. É a partir desse implícito do discurso da ciência que o deslocamento do limite do possível é espontaneamente confundido com a expulsão do lugar do impossível. [...] É o voto de onipotência.” LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2004, p. 106-7.

14 LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2004, p. 58-9, 106, 110 e 126.

15 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 114.

16 CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro : Il rapporto di lavoro subordinato, p. 19.

17 O conceito de hipossuficiência seria a verdadeira *ratio* da legislação laboral e o Estado um promotor do bem-estar geral. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 183.

18 “La tendencia que parece descubrirse em la actualidad es la de ir prescindiendo de esta última nota [subordinación] para abarcar em nuestra disciplina toda la actividad profesional aunque no se preste em situación de dependencia.” PLA RODRIGUEZ, Américo. Curso de derecho laboral, p. 96.

19 HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 59.

não eventual a empregador, sob **dependência** deste e mediante salário” e empregador, no artigo 2.º, como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e **dirige** a prestação pessoal de serviços”. (g.n.) Enquadra-se a dependência como uma situação ou uma relação, denotando por metonímia a construção da subordinação, enquanto revelação da outra face do poder do empregador. Por tal motivo chega-se a indicar que a situação de dependência retrata um dever de obediência.²⁰

“Dependente” diz-se na linguagem natural da pessoa que não dispõe de recursos para promover a sua subsistência; a pessoa que vive a expensas de outra.²¹ Porém, sendo tomada como submissão aos poderes empresariais, de direção e disciplinar, é exatamente sua natureza jurídica e não a econômica a acolhida para sua caracterização:

O trabalhador é proprietário da sua força de trabalho quando a mercadeja, e só pode vender o que possui, sua força de trabalho individual. [...] Temos de confessar que nosso trabalhador sai do processo de produção de maneira diferente daquela em que entrou. No mercado, encontramos-lo como possuidor da mercadoria chamada força de trabalho, em face de outros possuidores de mercadorias; vendedor, em face de outros vendedores. O contrato pelo qual vendeu sua força de trabalho ao capitalista demonstra, por assim dizer, preto no branco, que ele dispõe livremente de si mesmo. Concluído o negócio, descobre-se que ele não é nenhum agente livre, que o tempo em que está livre para vender sua força de trabalho é o tempo em que é forçado a vendê-la e que seu vampiro não o solta “enquanto houver um músculo, um nervo, uma gota de sangue a explorar”.²²

4. Por todos, aduz Cabanellas que a subordinação tem caráter jurídico²³ porquanto emana do próprio contrato e é reconhecido e garantido pela lei, tendo seus fundamentos na ordem técnica e a manifestação nas condições de exercício do trabalho que deve ser prestado; reflete uma faceta

20 Por todos, v. HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 58.

21 Verbete: dependência. HOLANDA, Aurélio Buarque de. Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa. São Paulo : Editora Nova Fronteira, 1995, p. 201.

22 MARX, Karl. O capital : o processo de produção do capital. 20.ed. Rio de Janeiro : Civilização brasileira, 2002, p. 386 e 345-6, v. 1.

23 Em verdade é imposta como elemento próprio e indispensável, inerente à natureza do contrato de trabalho. CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 219. Também, FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 123.

da obrigação contratual e implica uma limitação da liberdade, outorgada e consentida pelo fato contratual.²⁴

Apesar da assunção pela subordinação de uma natureza jurídica, isto é, “estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens”,²⁵ instrumentalizada pelo contrato de trabalho, as decisões judiciais²⁶ que reconhecem vínculo de emprego ainda se dão, primordialmente, pela presença de uma subordinação hierárquica, por meio de ordens de um superior e/ou técnica.

O contrato de emprego e o trabalho autônomo (liberal) possuem elementos comuns, tais como a natureza continuada e o caráter oneroso da prestação de serviços. Todavia, divergem num pequeno aspecto: a existência da subordinação hierárquica e jurídica que caracteriza o contrato de trabalho, mas está mitigada no trabalho autônomo.²⁷

Ausente subordinação hierárquica e técnica [...] reforçando a autonomia no desempenho da atividade laboral.²⁸

Presente comprovação de prestação laboral braçal na descarga de caminhões, sem vinculação do trabalhador a qualquer chefe na ré [...] Vínculo de emprego que não se reconhece, por ausentes a subordinação jurídica e a habitualidade.²⁹

A configuração de um contrato de trabalho e da existência de trabalho subordinado, independe de qualquer manifestação volitiva das partes nesse sentido, nem da denominação ou da formalização de um específico pacto, mas tão-só das condições reais, materiais, de prestação de trabalho, segundo certo comportamento do trabalhador e do capitalista/

24 CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 218-9.

25 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 600.

26 Foram analisados todos os acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região disponíveis no site que tinham em suas ementas a indicação de análise de relação de emprego ou trabalho, contrato de trabalho e subordinação, que servem como indicativo tão-somente, dada a falibilidade da tomada das decisões como totalidade, dos argumentos de justificação.

27 TRT-PR-00800-2004-325-09-00-4. Acórdão n° 24378/2007. 4ª Turma. Relator Desembargador Luiz Celso Napp. Publicado no DJPR em 04-09-2007.

28 TRT-PR-04004-2006-892-09-00-5. Acórdão n° 11739/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 11-05-2007.

29 TRT-PR-00246-2006-089-09-00-1. Acórdão n° 11124/2007 4ª Turma. Relatora Desembargadora Sueli Gil El-Rafih. Publicado no DJPR em 04-05-2007.

empregador, máxime diante da informalidade que gravita em torno dos vínculos estabelecidos.³⁰

5. O discurso acadêmico unívoco que vislumbra facilmente um contrato de trabalho onde há um trabalhador subordinado, de qualquer sorte, encontra embates vivos na multifacetária realidade.

5.1. De início a batalha deve ser travada com o próprio trabalhador, na conscientização da sua inserção na classe trabalhadora, dentro de um processo de identificação da situação jurídica que se pretende tutelar juridicamente.³¹

No campo econômico capitalista de mercado que constrói suas bases na propriedade privada e na livre iniciativa, dá-se a assunção de uma visão deturpada e negativa da condição de ser empregado e, não raras vezes, para aqueles que imaginam pertencer a estamentos profissionais - tais quais os advogados ou médicos, v.g. -, não estar formalmente como empregados, ainda que em realidade o sejam e, ainda que signifique não estarem protegidos pela ordem normativa aplicável, seria o reconhecimento de sua pertinência a uma classe tida como “superior”, isto é, àquela dos profissionais liberais, categoria dos trabalhadores autônomos, mais próxima, portanto, dos capitalistas que neste aspecto servem como um referencial simbólico.

5.2. Acrescente-se que as empresas, em todos os lugares, “*pour alléger leurs charges, <extériorisent> les emplois, par exemple sous-traitent à des indépendants des activités qu’elles remplissaient elles-mêmes en employants leurs propres salariés; ces indépendants au sens juridique étant souvent restes économiquement très dépendants d’un ex-employeurs devenu leur unique client*”³²

30 “...il n’appartient pas aux parties de décider si le travail en cause est un travail salarié ou non; leur manière de présenter le contrat est décisive; c’est cette nature qui dépend des conditions concrètes dans lesquelles est exercée l’activité”. COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 99. No mesmo sentido, CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro : Il rapporto di lavoro subordinato, p. 20. para Deveali, a prevalência da realidade sobre as cláusulas contratuais somente sucede quanto visam anular ou reduzir direitos assegurados em lei, sendo que na análise das situações de fato prevalece o critério subjetivo do juiz. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 183-4.

31 Sobre a questão da hipossuficiência a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, v. BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Renúncia e transação no direito do trabalho. In: Manual de direito do trabalho : estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros, p. 598-9.

32 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 117.

5.3. Mais recentemente ainda, com os novos modelos de gestão, mediante alterações na organização empresarial através de processos de *downsizing* e/ou *reengenharia* e, na opção por uma estrutura de *acumulação flexível*, bem como diante da absorção de novas tecnologias, apresenta-se cada vez mais tênue, fluído, opaco, o limite entre a subordinação e a autonomia.³³ A superação do modelo taylorista, para quem o empregado é um sujeito que “tende a fazer cera” em proveito de um trabalhador comprometido com os destinos da empresa, pró-ativo, criativo, colaborador, acarreta efeitos na identificação do subordinado.

É preciso esclarecer, desde logo, que não é o poder que declina, mas o seu exercício, antes sob ameaça de um mal ou para conquista de uma benesse, que se torna na condicionalidade (poder condicionado) mais complexo, mais difuso, menos facilmente identificado.

6. O repensar das soluções encontradas para definir critérios para qualificação e o enquadramento do vínculo em um determinado regime jurídico refletem um momento de certa esquizofrenia do Direito do Trabalho. É a crise dos últimos anos de que fala Pera.³⁴ Trata Alain Supiot³⁵ da autonomia na subordinação, bem como ressalta os debates em torno do assalariamento. Afinal, trata-se de afecção mental caracterizada pelo relaxamento das formas usuais de associação de idéias manifestada pela dificuldade na identificação dos critérios tradicionais de subordinação, baixa de afetividade ou certa repulsa por alguns em relação à construção de um direito tutelar ou protecionista, certo autismo ou perda de contato vital com a realidade diante dos “falsos cooperados” e dos “falsos autônomos”; talvez até uma demência precoce que precisa ser combatida.

6.1. Antes de tudo convém livrar-se de certas idéias preconcebidas, verdadeiros pré-juízos, ao aceitar que a) qualquer atividade profissional - inclusive a dos profissionais liberais como advogados, psicólogos, dentistas ou médicos - é compatível e passível de ser enquadrada como um trabalho subordinado; b) que o contrato de trabalho tem um conteúdo patrimonial e não pessoal e o *status* de subordinação não é submissão da pessoa do trabalhador ao domínio do empregador, mas à direção na execução do trabalho; c) que a subordinação oferece diferentes intensidades, conforme

33 “...o dogma da subordinação, tende a diminuir dramaticamente seu campo de abrangência e, por fim, a desaparecer ... por isto, o direito do trabalho deve evoluir para uma forma de graduação da tutela, conforme os níveis diversos de subordinação e dependência, que legitimam um tratamento diferenciado”. ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Sujeitos da relação de emprego - empregado - espécies. In : Manual de direito do trabalho : estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros, p. 181.

34 PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro, p. 110.

35 SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. Revue de Droit Social. Fev.00, n. 2, p.133.

as tarefas a serem desempenhadas, embora não se faça distinção entre trabalho manual e intelectual e esteja presente ainda em cargos de confiança;³⁶ e d) que a subordinação não é dessumida somente pela atuação intensiva de controle pessoal e percepção clara e precisa de ordens emitidas (subordinação subjetiva; relação pessoal), mas tem também um sentido técnico-econômico.³⁷

6.2. Não raras são as situações em que a subordinação não transparece facilmente na relação de trabalho, eis que o trabalhador não recebe ordens diretas e sistemáticas, como, v.g., em se tratando de um artista, trabalhador intelectual ou quem detenha autonomia técnica. Há um recuo, lembrado por Alain Supiot, da centralização do poder empresarial em proveito de uma distribuição de poderes no espaço empresarial.³⁸ Leite indica que o conteúdo e a intensidade do poder do empregador variam segundo distintos fatores, em especial: a) em função da natureza da atividade, sendo menor quanto mais complexa a atividade; b) das condições em que é exercida, sendo mais tênue quando fora do espaço físico organizacional do empregador; c) por razões deontológicas e de responsabilização pessoal pela prática da atividade desenvolvida com autonomia técnica (v.g. médicos).³⁹

Em tais situações, assevera-se que seria suficiente “*um estado de dependência potencial (conexo à disponibilidade que o patrão obteve pelo contrato)*” e que é factível a caracterização da subordinação jurídica sem dependência técnica.⁴⁰ Desta forma, para além da subordinação dita subjetiva, consolidada na situação de “não-poder diretivo”, é possível acolher critérios objetivos de sua comprovação, inclusive de ordem técnica ou econômica, como a integração em um serviço organizado ou a participação em uma empresa de outrem que se apropria da mais-valia. Tanto é subordinado o trabalho prestado sob direção e controle de outrem (aspecto subjetivo), quanto o que se desenvolve na organização empresarial de quem se apropria da utilidade econômica do trabalho prestado (aspecto objetivo); a

36 CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 211.

37 Ver posição de Deveali e De Litala. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 185. Para Cabanellas a dependência do trabalhador em relação ao empregador é pessoal: “... *la subordinación aparece como consecuencia de la sujeción em que se encuentra um sujeto del derecho respecto a outro*”. CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 202. No mesmo sentido, HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 59.

38 SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. Revue de Droit Social. Fev.00, n. 2, p. 133.

39 LEITE, Jorge. Direito do Trabalho, p. 46-7.

40 FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 123-4.

primeira decorrente do poder diretivo em sentido estrito e a segunda do poder de organização dos fatores de produção.

7. Subordinação subjetiva: sujeição e poder diretivo

Com efeito, resulta irrefutável a existência de subordinação nas hipóteses em que se comprova o exercício de poder diretivo do empregador em relação ao seu empregado, revelada pela direção no modo [como], tempo [quando] e local [onde] da entrega da disponibilidade da força de trabalho, na fiscalização procedida para controle da execução e no acolhimento das ordens emitidas que devem ser obedecidas e/ou pelo poder disciplinar manifestado em punições aplicadas em face do desatendimento aos comandos emanados.

Trata-se de um critério tradicional de identificação da situação de dependência jurídica, aceito como fator decisivo, segundo Lyon-Caen,⁴¹ próprio de uma visão de relação pessoal, refletida pelo *“estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato”*.⁴²

Haverá um trabalhador subordinado e, assim, contrato de trabalho, desde que o trabalho seja executado sob autoridade de um empregador que controla o exercício e os resultados e, por tal motivo, assume os riscos da atividade empresarial.

A finalidade da direção da atividade residiria na busca de maior rendimento da produção e maior benefício da empresa e a legitimidade estaria assentada no contrato.

Note-se que o controle não se revela necessariamente de forma presencial, podendo se apresentar por meio de diretrizes enviadas por e-mail ou ainda por telefone celular, controle no uso de computadores em rede, assim como através de correspondência ou qualquer outra forma de comunicação. Estará presente, igualmente, no estabelecimento ou necessidade de atingimento de objetivos, metas ou resultados ou pela obrigatoriedade do empregado prestar conta das funções desempenhadas em relatórios ou preenchimento de documentos.

De qualquer sorte o critério não é suficiente para precisar a presença do elemento discriminador da relação de trabalho, como já advertiu Mazzoni.⁴³

7.1. Presente está um sentimento de insatisfação decorrente da insuficiência conceitual da subordinação com conotação subjetiva enquanto fator de inclusão no sistema tutelar das relações de trabalho, diante da crise

41 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 129.

42 CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 201.

43 MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro, p. 236.

por que passa o direito do trabalho como marco regulatório, dimensionado pelos processos de fragmentação das relações jurídicas, externalização da produção e assunção da racionalidade economicista da lógica dos custos. Tem sido recorrente nas decisões dos Tribunais trabalhistas a manifestação de certo incômodo diante de novas situações que surgem:

Com as profundas alterações verificadas contemporaneamente no mundo do trabalho, a exploração da mão-de-obra alheia vem assumindo formas novas, que, embora dificultem o preciso enquadramento no “modelo-tipo” concebido a priori pelo legislador.⁴⁴

Em determinados casos, a natureza da atividade executada pelo trabalhador (ou a distância entre o local de trabalho e o estabelecimento patronal) impedem que a subordinação transpareça com intensidade.⁴⁵

A passagem de uma organização empresarial taylorista-fordista para acumulação flexível ou toyotista altera substancialmente a forma das relações pessoais entre o trabalhador subordinado e empregador, bem como a forma de direção e controle das atividades. Como ressalta Lyon-Caen, não é que desapareça a subordinação, mas a nova forma de organização produtiva lhe dá “*un nouveau visage*”,⁴⁶ máxime quando do controle por objetivos.

8. Capitalismo e trabalho assalariado: em busca de um critério alternativo

O critério tradicional, construído com referência a um “tipo” paradigmático de trabalhador subordinado, em um modelo industrial fabril fundado na ordem e disciplina, vem perdendo eficácia.⁴⁷ Dois seriam os motivos principais: a) com o desenvolvimento tecnológico ocorre uma “intelectualização” das atividades laborais, tornando mais rarefeitos - porquanto desnecessários - os comandos ou ordens emanadas; b) uma nova estrutura da organização produtiva passa a redefinir o papel do trabalhador no seio da moderna empresa, apresentando-se com postura mais responsável, criativa e atuante e, por conseguinte, prescindindo de uma posição meramente passiva de “trabalhador obediente” e assim afastando-se da imagem estereotipada de um sujeito que “tende a fazer cera”.

44 TRT-PR-00136-2001-015-09-00-9. Acórdão n° 02200/2004. Relator Desembargador Arion Mazurkevic. Publicado no DJPR em 06-02-2004.

45 TRT-PR-01280-2003-322-09-00-7. Acórdão n° 20946/2006. 1ª Turma. Relatora Desembargadora Odete Grasselli. Publicado no DJPR em 18-07-2006.

46 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 131.

47 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 119.

Mais do que nunca é mister levar em consideração a realidade objetiva, múltipla e tormentosa, presumindo-se a subordinação “heterodeterminada” a partir de **indícios** verificados na situação confrontada, em sua “globalidade”, por juízos de **possibilidade**,⁴⁸ **prevalência** ou **aproximação**,⁴⁹ e não a partir de referenciais únicos de identidade absoluta, com um “conceito-tipo” ou “modelo-tipo”.

Tem-se verificado que a concretude do “modelo-tipo”, do paradigma do trabalhador subordinado, se distancia cada vez mais da realidade diante da pós-modernidade e da globalização. Aduz Pera que “*nessuna di queste circostanze ha valore decisivo ma, al massimo, valore indiziario [...] il ricorso di più d’una di queste circostanze non è in sé un fatto decisivo*”.⁵⁰

Haverá vínculo empregatício desde que exista trabalho por conta e em proveito de outrem, que se apropria da **mais-valia**, realizado na estrutura organizada de uma empresa. Considera-se, então, na doutrina francesa, uma verdadeira “evolução”⁵¹ o fato de a jurisprudência estar assegurando maior importância exatamente aos dados de ordem econômica, através da noção de “*intégration de l’intéressé dans la structure d’un service*”⁵² ou “*à ce qu’il participe à l’entreprise d’autrui*”.⁵³ Comungando com a idéia de que critérios jurídicos objetivos devem ser seguidos, Mazzoni⁵⁴ aponta que a “*inserzione del lavoratore in una impresa possa essere un índice abbastanza preciso che implica di per sé la subordinazione*”, ainda que não seja suficiente para caracterização do trabalho subordinado.

9. Atitude das partes contratantes: comportamento como empregador

Em França, a Corte de Cassação examina para apreciação da existência de uma relação de emprego, segundo Lyon-Caen,⁵⁵ também a **atitude das partes**, dessumindo a existência de um vínculo de emprego pelo comportamento ou conduta como empregador, ao satisfazer obrigações previstas em lei para contratos de trabalho, como conceder férias, pagar a gratificação natalina, mesmo que *a latere*. Iguamente, aponta-se que a admissão de alguém para

48 FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 135.

49 Sobre os critérios de prevalência ou aproximação e identidade, v. CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro : Il rapporto di lavoro subordinato, p. 26-9.

50 PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro, p. 108.

51 COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 103.

52 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPLOT, Alain. Droit du travail, p. 130.

53 COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 103.

54 MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro, p. 236.

55 LYON-CAEN, Gérard. Manuel de droit social, p. 30-1.

trabalhar na seqüência de um anúncio de oferta de emprego publicada em jornal ou, ainda, a inscrição na Seguridade Social, bem como a entrega de holerites de pagamento pelo empregador seriam fortes indícios de um liame jurídico empregatício,⁵⁶ sobretudo se viessem acrescidos da verificação de um “estado de dependência” do trabalhador em relação ao empregador.

A transparência das ações merece a atenção do direito, gerando efeitos obrigacionais. Ademais, acrescente-se o fato de que o elemento volitivo cede espaço para a verificação da conduta dos agentes em adequação à previsão em hipótese normativa, pela imperatividade das regras de ordem pública.

10. Condições de execução do trabalho

A investigação das condições de execução do trabalho não deve resultar, em relação a cada um dos critérios, diante da sua hipotética ausência, na excludente da subordinação. Ao contrário, coberto de razão, aduz Monteiro Fernandes que “*não existe nenhuma fórmula que pré-determine o doseamento necessário dos índices de subordinação, desde logo porque cada um desses índices pode assumir um valor significativo muito diverso de caso para caso*”.⁵⁷

O **local** de realização da prestação de serviço, a definição do **horário** de trabalho, a **entrega dos instrumentos de trabalho** e/ou **matéria prima** fornecidos pelo empregador, bem como a pessoalidade, revelada na **ausência de auxiliares** remunerados pelo próprio trabalhador, denotam diversos modos de se manifestar a subordinação. Não há necessidade de que todos os indícios estejam presentes e, destarte, a ausência de um ou alguns, ou todos, não afasta *de per si* a existência da subordinação, razão pela qual a declaração de um vínculo de emprego quase sempre é preendida por meio da análise de dois ou mais elementos.

O trabalho em domicílio, previsto no art. 6.º da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o teletrabalho ou o trabalho em serviços externos, demonstram à saciedade que muito embora seja característica geral a determinação da prestação de trabalho nos estabelecimentos do empregador, não é o local um elemento essencial. No entanto, dependendo da natureza das atividades exercidas ou do modo de organização da empresa, o local da prestação de trabalho, qualquer que seja, vem determinado (e não eleito) por quem se beneficia do trabalho e não pelo trabalhador, demonstrando o exercício do poder de organização dos fatores de produção em proveito de uma atividade econômica produtiva voltada ao mercado.

Se, por um lado, a submissão ao controle de tempo à disposição do empregador é um critério definitivo de indicação da existência de um

56 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 121.

57 FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 137.

trabalho subordinado, por denotar exercício efetivo do poder de direção e fiscalização,⁵⁸ por outro lado, a extensão da jornada de trabalho é irrelevante como dado para identificação de um trabalho subordinado, segundo o direito do trabalho brasileiro. Sua relevância limita-se ao controle do atendimento dos limites fixados pela legislação e ou instrumentos normativos da categoria, quer para acréscimos (acordos de prorrogação ou compensação), quer para reduções de jornada. Pouco importa, ainda, a existência de um horário de trabalho fixo e previamente pactuado pelas partes. Aliás, o critério temporal tem sido constantemente alvo, por um lado, de um processo de flexibilização e precarização do trabalho e, por outro, de uma restrição de sua importância como base de cálculo da fixação da remuneração.⁵⁹

Tanto será subordinado o trabalhador que tem um horário delimitado para iniciar, suspender ou interromper o trabalho nos intervalos e findar a prestação, quanto o que tem um horário flexível, elástico⁶⁰ e, assim também, o que está livre de qualquer controle, por vezes em decorrência da própria natureza das atividades, assim como em face do exercício de cargos de direção ou serviços externos incompatíveis com qualquer controle. Interessante perceber que uma das vantagens apontadas para a adoção do horário elástico, v.g., é evitar o desgastante controle sancionador pelo empregador, mantendo uma melhor relação do empregador com os seus trabalhadores subordinados.⁶¹ Estes se mantêm subordinados por outros critérios, como pela obrigação de atender às reuniões designadas ou responder a todas as convocações do empregador.

Na estrutura capitalista, distinguem-se os detentores do capital, proprietários dos meios de produção, daqueles que somente possuem a força de trabalho, os trabalhadores. Exatamente dita separação se constitui como a base da economia capitalista, resultando da estrutura da organização do mercado de trabalho o sustentáculo para identificação e adoção do vínculo de emprego como o protótipo ideal da absorção de mão-de-obra -; daí a presunção da existência de um contrato de trabalho. O direito do trabalho aparece como uma referência explícita deste modo de produção capitalista, adotado como sistema econômico.⁶²

58 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 126.

59 PADILHA, Valquíria. Tempo livre e capitalismo : um par imperfeito, p. 19-45.

60 Sobre a flexibilidade no horário de trabalho, v. LUPI, Dario; RAVAIOLI, Giorgio. Il lavoro flessibile, p. 217-239.

61 LUPI, Dario; RAVAIOLI, Giorgio. Il lavoro flessibile, p. 239.

62 Negando que o direito do trabalho seja a expressão de um específico sistema econômico, postura adotada por Gerard LYON-CAEN em seu *Manuel de Droit du Travail*, eis que não diferem em natureza quer se trate de um país capitalista ou socialista, na medida em que é a produção industrial de massa ou a constituição de grandes organizações que expõem os trabalhadores à exploração e ao arbítrio, v. COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 16-17.

A entrega dos instrumentos de trabalho e da matéria-prima para a consecução das tarefas contratadas reflete a divisão entre “proprietários” e “não-proprietários”, de modo que, a partir do reconhecimento da propriedade privada dos meios e modo de produção dá-se a legitimação do poder assegurado ao empregador. No entanto, é necessário estar atento para o fato de que a utilização pelo trabalhador dos seus próprios instrumentos de trabalho não descaracterizaria a existência de uma relação de emprego.

11. Remuneração

A remuneração, igualmente, não é um elemento constitutivo da definição ou caracterização do trabalho subordinado; em verdade, é a onerosidade elemento essencial do contrato de trabalho, exteriorizada na obrigação de remunerar e não na presença de pactuação ou pagamento de salário. O trabalho voluntário realizado, por caridade, benevolência, amizade, solidariedade, de feição altruísta, é incompatível com a constituição jurídica de um vínculo empregatício, mesmo que a execução das tarefas seja dirigida por outrem e quem receba o trabalho dele se beneficie.

A remuneração é a consequência imediata, o efeito inafastável da constituição de um contrato de trabalho. Assim, a ausência de salário ou outra forma de remuneração não descarta a constituição de um vínculo jurídico, senão atesta o inadimplemento da obrigação surgida pela absorção de trabalho subordinado em prol de um empregador, sem o correspondente e devido pagamento.

O modo de fixação da remuneração do trabalho subordinado tradicionalmente era o tempo,⁶³ eis que a jornada de trabalho reflete “tempo à disposição” do empregador. Ocorre que cada vez mais a remuneração passa a ser variável, tomando-se como referência o cumprimento de determinadas tarefas, a produção de determinados bens ou o atingimento de determinados objetivos. A inovação afeta, inclusive, uma das características do empregador que é a assunção dos riscos da atividade, projetando os níveis de remuneração aos trabalhadores subordinados, por meio de critérios variáveis.

12. Parassubordinação ou autônomo dependente

Em uma tentativa de solução, ainda que restrita ao âmbito processual, de casos fronteiriços, em que as circunstâncias de fato denotam uma “quase-subordinação”, em alguns países medidas legislativas inovaram acolhendo para estabelecer mais amplos níveis de proteção (inclusão excludente ou exclusão includente?) a partir da noção de parassubordinação (Itália) ou

63 COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 101-2.

autônomo dependente (Espanha). Indica Nascimento⁶⁴ que a construção teórica é destituída de utilidade para o Direito do Trabalho, eis que não existe uma regulamentação legal específica para a nova figura. No entanto, revela desde logo a insuficiência da dicotomia subordinado/autônomo para enquadramento das situações de trabalho humano produtivo.

O artigo 409, n.3, do Código de Processo Civil italiano, determinava fosse aplicado ao *“lavoro parasubordinato”* o rito processual previsto para as relações de trabalho subordinado, consubstanciado nas hipóteses de agência, representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizam em uma prestação de obra com continuidade e coordenação, prevalentemente pessoal, ainda que não tenha como característica a subordinação.

Considerava-se como parassubordinado, segundo Pera,⁶⁵ toda relação que, se caracteriza pela continuidade da prestação pessoal de serviços integrada na estrutura empresarial e por esta coordenada.

No governo Berlusconi, a Reforma (Marco) Biagi se propõe a renunciar a todo intento definitório e classificatório de uma realidade em contínua e rápida mudança; pura retórica. Com vistas a superar as fraudes, a *“legge delega”* 30/2003 e o decreto legislativo 276, de 10 de setembro de 2003 (Lei Biagi) modifica o Decreto Legislativo n.º 251, de 6 de outubro de 2004, introduzindo um novo tipo contratual com forma escrita, o *lavoro a progetto* (não aplicável no âmbito da administração pública), em uma tipicidade restrita, como reação à atipicidade e abertura do art. 409, do Código de Processo Civil. Dá-se a substituição dos contratos de colaboração coordenada e continuada, chamados co.co.co que tiveram nos últimos anos um grande difusão. A colaboração coordenada e continuada foi prevista com o escopo de inserir no mercado de trabalho, com redução de custos, trabalhadores; ocorre que a situação excepcional, prevista para atender uma situação particular, tornou-se prática corriqueira, verdadeiros substitutos dos contratos de trabalho de duração indeterminada.

Implementa-se um verdadeiro *“regime protetivo debole”*. O fechamento da tipicidade contratual se manifesta pela necessidade de que no contrato escrito esteja inserido e descrito um específico projeto, programa ou fase de programa de trabalho, assim como as formas de coordenação do trabalhador *“a progetto”*. Por coordenação, da sua parte, se entende a sincronia entre a atividade do trabalhador e o ciclo produtivo do tomador de serviços, pois se insere na estrutura organizativa da empresa. O trabalhador deve administrar autonomamente suas atividades em função do resultado, tanto na forma, tempo e local de prestação de serviços, porém sempre de forma coordenada com a organização empresarial,

64 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho, p. 329.

65 PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro, p. 108-10.

independentemente do tempo empregado para a execução da atividade laboral. Isto porquanto, em regulamentação pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social,⁶⁶ tem-se por projeto toda “attività produttiva ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione”; sendo que “il progetto può essere connesso all’attività principale o accessoria dell’impresa”. Em suma, projeto é a atividade desempenhada de forma conexas à atividade da empresa, sendo elemento integrativo da organização.

No art. 61, 1, da Lei Biagi, resta previsto que “i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all’articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e independentemente dal tempo impiegato per l’esecuzione della attività lavorativa”.

Tal tentativa de solução para casos difíceis, não somente é insuficiente para dar conta da complexidade da realidade, como ainda acrescenta um fator a mais no problema da identificação dos incluídos na rede de proteção do Direito do Trabalho. Demonstra, ademais, o esfacelamento da perspectiva de tutelar o hipossuficiente, mediante a construção de figuras paralelas que rompem com o paradigma do emprego como central na sociedade salarial constituída nos marcos do capitalismo produtivo de mercado não monopolista atual.

Em Espanha (art. 11, Estatuto de los Trabajadores), mediante uma política de reconhecimento de alternativas ao modelo de emprego como regulação do mercado de trabalho, criando o trabalho autônomo economicamente dependente - TRADE. São eles aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional visando o lucro e com habitualidade, com pessoalidade, direta e predominantemente para pessoas físicas ou jurídicas (cliente) do qual dependem economicamente porquanto representa o valor recebido pelo menos 75% dos ingressos de rendimentos do trabalho. Para tanto não poderá contratar auxiliares, subcontratar ou nem terceirizar as atividades e deverá dispor de infraestrutura produtiva e material própria. Os contratos, sempre por escrito, inovam no ordenamento jurídico não somente por incorporar na tutela estatal trabalhadores da “zona cinzenta”, senão por disciplinar novos níveis de proteção na regulação do mercado de trabalho, tais como necessidade de conciliar o trabalho com a vida pessoal, familiar e profissional, pelo que prevê regime de descanso semanal (não remunerado) e em dias feriados, limitação da jornada excedente.

66 Ver Circulares 1/2004 e 4/2008, do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

13. Alteridade ou alienidade

Em busca de um critério identificador do trabalho regulamentado pelo Direito do Trabalho, especialmente em Espanha, erige-se com fulcro na noção de que se trata de uma atividade “por conta alheia”, o critério da “alienidade” (*ajenidad*), consoante disposição inserta no artigo 1.º, do Estatuto de los Trabajadores.

Montoya Melgar⁶⁷ indica que, para além da dependência (submissão ao poder de organização e disciplina), o Direito do Trabalho regulamenta o trabalho “por conta alheia”. A ‘alienidade’ reside na apropriação patrimonial da utilidade econômica do trabalho que se atribui à pessoa distinta do próprio trabalhador, própria das modernas empresas de produção.

Os bens ou serviços realizados pelo trabalhador são apropriados imediatamente pelo empregador e não primeiramente pelo trabalhador para que em seguida comercializa-los. Com o trabalho não resta assegurado ao trabalhador nenhum benefício econômico direto, que recebe em troca uma parte dessa utilidade na forma de salário. Os trabalhadores não poderiam atuar com autonomia, por conta própria, nem sob o ponto de vista tecnológico, nem sob a ótica econômica, pois participam de complexos processos produtivos aportando uma utilidade de difícil individualidade, bem como os bens de produção são de elevado custo, restando assegurados por pessoas distintas dos trabalhadores às quais se atribui a direção da exploração.

Já para Alonso Olea⁶⁸ a ‘alienidade’ retrata a atribuição original, *ab initio*, dos frutos do trabalho que resultam da atividade desempenhada diretamente à pessoa distinta da que executou o trabalho, em virtude de uma singular relação estruturada juridicamente entre trabalhador e adquirente dos frutos. Por fruto deve ser entendido, agrega Alonso Olea, na sua aceção mais ampla, como todo resultado do trabalho produtivo do homem, consistindo em um bem ou serviço, valioso por si mesmo ou associado ao de outros. A subordinação ou dependência, limitadas, seriam características adicionais normalmente expendidas. Posteriormente Alonso Olea, diante de críticas, incorpora a posição de Montoya Melgar, no sentido de que conta alheia não se refere ao controle da atividade, nem dos frutos, mas da apropriação da utilidade patrimonial.

Bayon Chacón e Pérez Botija⁶⁹ vislumbram a ‘alienidade’ nos riscos do trabalho assumidos pelo empregador, inclusive em relação à perda dos salários quando o trabalho resultar impossível de ser executado.

67 MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho del trabajo, p. 33-4; MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho y trabajo, p. 22-28.

68 ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Maria Emília. Derecho del trabajo, p. 38-9.

69 MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho y trabajo, p. 25.

As concepções colocam em evidência a atribuição e o controle dos resultados da atividade nas mãos de quem contrata e recebe a força de trabalho, daí o porquê da assunção dos riscos.

Hueck e Nipperdey, ao definir o “sentido do moderno direito do trabalho”, também definem trabalhador como “*personas que están obligadas a trabajar al servicio de otro en base a un contrato privado o a una relación jurídica equiparada a este*”.⁷⁰ (g.n.) No entanto, a expressão “a servicio de otro” tem o sentido diverso da “alienidade” acatada pelos espanhóis, sendo tomada como a dependência pessoal traduzida em uma situação de sujeição ao poder diretivo do empregador.

Monteiro Fernandes repudia a aceitação da alteridade ou ‘alienidade’ como fator discriminador em benefício da subordinação ou dependência, sob o argumento de que “*sem que possa negar-se sua pertinência no desenho das situações laborais típicas, revela certa insuficiência instrumental perante fenômenos de fronteira, como o trabalho domiciliário...*”.⁷¹ Ao contrário, seria exatamente nas zonas cinzentas e fronteiriças, onde é mais obscuro e intrincada a percepção da submissão a um poder diretivo, que o critério da alteridade ou alienidade podem servir; é a que subordinação foi concebida teoricamente para situações padrão (operário-padrão e não operário-padrão) como o trabalhador “taylorista”, inserido em um sistema de ordem e disciplina apresentado em atos de disposição (regulamentos, instruções, regras).

14. Subordinação revista

Na constituição de uma economia capitalista não monopolista de mercado, a mais-valia é considerada como o conjunto do excedente da produção,⁷² isto é, do que sobra depois que foram pagos os assalariados, os produtores diretos, e vem apropriada pelo dono da empresa; não se confunde, entretanto, com o lucro. Os trabalhadores subordinados são os detentores da força de trabalho, enquanto valor de troca, que vendem a sua disponibilidade, como mercadoria (fenômeno social), em troca de um salário e sobre o produto do trabalho não têm qualquer direito ou disposição.

A alteridade tem o mérito de externar a apropriação do trabalho e, ainda que não possa isoladamente dar conta da inclusão nos contornos criados pelo Direito do Trabalho, é elemento indicativo da existência de uma relação de emprego. Se diante das mudanças do mundo do trabalho, o poder empregatício vai tomando contornos indefinidos, mascarados em objetivos e dimensionados na assunção de responsabilidade pelo empregado e, ainda, se na busca incessante pela diminuição dos custos da produção o empenho é voltado para a precarização e informalidade, ejetando para além dos

70 HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 57.

71 FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 15-6.

72 SINGER, Paul. Aprender economia, p. 9-41.

confins de um direito tutelar o trabalhador desprotegido, mister reconhecer a impossibilidade da identificação da subordinação com os aspectos subjetivos, pela adoção de um conceito-tipo preciso e construído em bases da organização produtiva não mais presentes. Critérios outros, objetivos, inclusive a alteridade, acolhidos como indícios, em juízos de aproximação, na busca da preservação das condições mínimas do sujeito trabalhador é a tentativa da concretização de uma cidadania efetiva.

Ademais, se é certo que a força de trabalho “*é um atributo da personalidade de seu detentor*”, a pessoalidade no Direito do Trabalho deverá transitar por outras categorias, como o reconhecimento de direitos fundamentais, não mais restrita a subordinação na sua faceta subjetiva, enquanto sujeição da pessoa ao poder do empregador, ou o reconhecimento da patrimonialidade da relação, revelada pelo valor econômico da força de trabalho e a apropriação da mais-valia, mas diante dos processos de externalização das atividades e, ainda, por conta do fenômeno da fragmentação das relações jurídicas de trabalho (gênero), a lei dirige a realidade assegurando como critério alternativo (e não substitutivo para aferir a subordinação a questão estrutural (como quer Maurício Godinho Delgado) ou objetiva, levando-se em consideração o grau de precarização do mercado de trabalho e a necessidade de proteção da pessoa humana.

Afinal de contas trata-se de opção política e não um contingente da natureza; a lei deve dirigir a realidade e evitar o processo de “deslaboralização” como aduz Antônio Baylos, mantendo-se o emprego na centralidade da sociedade, como projeto do capitalismo industrial produtivo. As transformações do mundo do trabalho não estão a serviço dos interesses particulares, senão coletivo da classe trabalhadora. Uma retomada da subordinação pode ser uma contra-estratégia que alargando o âmbito juslaboral não mais estimula o encobrimento fraudulento, sem abandonar o projeto de sociedade salarial.

Trata-se de reinventar-se cotidianamente, para continuar a viver.

Referências bibliográficas

ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Maria Emília. Derecho del trabajo. 14.ed. Madrid : Universidad complutense de Madrid, 1995.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Renúncia e transação no direito do trabalho. In: Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo : LTr, 1998.

CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo. Buenos Aires : Ediciones El Grafico, 1949.

CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro : Il rapporto di lavoro subordinato. 3. ed. Torino : Utet, 1992.

COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail. 3. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1996.

DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias. Buenos Aires : Astrea, 1983. t.1.

FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho. 9.ed. Coimbra : Almedina, 1994.

GATUMEL, Denis. Le droit du travail en France. Paris : Éditions Francis Lefebvre, 1998.

HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo. Madrid : Editorial revista de derecho privado, 1963.

LEITE, Jorge. Direito do Trabalho. Coimbra : Coimbra editora, 1999. v.2.

LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2004.

LUPI, Dario; RAVAIOLI, Giorgio. Il lavoro flessibile. Milano : Giuffrè, 1997.

LYON-CAEN, Gerard. Manuel de droit social. 5.ed. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail. 19. ed. Paris : Dalloz, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 8.ed. São Paulo : Atlas, 1999.

MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro. 6.ed. Milano : Giuffrè, 1988. v.1.

MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho del trabajo. 17. ed. Madrid : Tecnos, 1996.

MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho y trabajo. Madrid : Civitas, 1997.

MORAES, Evaristo de. Apontamentos de direito operário. 4.ed. São Paulo : LTr, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 16.ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

PADILHA, Valquíria. Tempo livre e capitalismo: um par imperfeito. Campinas : Alínea, 2000.

PEDRAZZOLI, Marcello. Democrazia industriale e subordinazione : poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro. Milano : Giuffrè, 1985.

PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro. 3.ed. Milano : Giuffrè, 1996.

PLA RODRIGUEZ, Américo. Curso de derecho laboral. Montevideo : Idea, 1990. t.1.v.1.

PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo : UNESP, 1996.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Sujeitos da relação de emprego - empregado - espécies. In : Manual de direito do trabalho : estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo : LTr, 1998.

SINGER, Paul. Aprender economia. São Paulo : Contexto, 1998.

SUPIOT, Alain. Les nouveaux visagens de la subordination. Revue de Droit Social. Fev.00, n.2, p. 131-145.

SÜSSEKIND, Arnaldo et alii. Instituições de direito do trabalho. 19. ed. São Paulo : LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência : possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo : LTr, 1996.

A CRISE PARADIGMÁTICA DO DIREITO NO CONTEXTO DA RESISTÊNCIA POSITIVISTA AO (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Lenio Luiz Streck¹

1. O estado d'arte: ainda a crise de paradigmas do direito

Embora o avanço que as diversas posturas críticas têm representado no campo da teoria do direito e do direito constitucional, torna-se ainda necessário reafirmar uma velha questão sobre a qual venho me debruçando, mormente a partir da Constituição de 1988: a crise de paradigmas que atravessa o imaginário dos juristas. Com efeito, passados vinte anos, a crise está longe de ser debelada. Como tenho referido em vários textos² - principalmente em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*³ e mais recentemente em *Verdade e Consenso*⁴ -, a crise possui uma dupla face: de um lado, uma crise de modelo de direito (preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, o direito não tem condições de enfrentar/atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais), problemática de há muito levantada por autores como José Eduardo Faria; de outro, a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema (representacional) sujeito-objeto.

Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo exegético-positivista de fazer e interpretar o direito. Explicando melhor:

- 1 Pós-doutorado em Direito Constitucional e Hermenêutica (Lisboa). Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFSC). Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS/RS e da UNESA-RJ. Professor Visitante da Universidade de Coimbra (Portugal). Coordenador do ACORDO INTERNACIONAL CAPES-GRICES entre a UNISINOS e a FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Professor Visitante da Universidade de Lisboa. Membro Conselheiro do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Procurador de Justiça (RS).
- 2 O presente texto faz parte de um conjunto de pesquisas financiadas pela Unisinos, especialmente o DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Uma análise mais aprofundada pode ser encontrada em *Verdade e Consenso*, Lumen Juris, 2007 e em outros textos do autor.
- 3 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- 4 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

se, de um lado, parte considerável dos juristas ainda sustentam posturas objetivistas (em que a objetividade do texto sobrepõe-se ao intérprete, ou seja, a lei “vale tudo”, espécie de consolidação do “paraíso dos conceitos do formalismo” de que falava Hart), de outro, há um conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais assentadas no subjetivismo (de vertentes axiologistas, realistas, etc.), segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto, ou seja, “a lei é só a ponta do *iceberg*, isto é, o que vale são os valores ‘escondidos’ debaixo do *iceberg*”⁵ (sic). A tarefa “crítica” desse intérprete “privilegiado” seria a de “descobrir” esses valores “submersos”... O aspecto “crítico” estaria no fato de que o barco do positivismo bateria contra esses “valores submersos”!

Isto tem sido assim porque, com sustentação em Kelsen e Hart (para falar apenas destes - e a lista poderia ser longa!), passando pelos realistas norte-americanos e escandinavos, construiu-se, com o passar dos anos, uma resistência ao novo paradigma de direito e de Estado que exurgiu com o segundo pós-guerra. O novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo) - que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma⁶ e um novo modo de compreender o direito - ainda não aconteceu, com a necessária suficiência, em *terrae brasiliis*.

Ainda não compreendemos o cerne da crise, isto é, que o novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes⁷, com a plenipotenciariade dos discursos de fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo pelos discursos de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição (veja-se aqui o problema da dicotomia vigência-validade); a velha teoria da norma cederá lugar à superação da regra pelo princípio (veja-se a indevida separação entre regra e princípio, ignorando que atrás de cada regra sempre há um princípio); e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo - fundado na relação epistemológica sujeito-objeto - que vem dar lugar ao giro lingüístico-

5 Aliás, há que se tomar cuidado toda vez que alguém iniciar uma exposição desse modo. Com certeza, ali está um positivista.

6 Ver, nesse sentido, PRIETO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). Neconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta, 2003.

7 Talvez o exemplo mais contundente acerca desse problema ocasionado pela (ainda) não superada teoria das fontes é a interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu ao texto que estabelece a garantia fundamental ao mandado de injunção. Para a Suprema Corte brasileira, o dispositivo constitucional não é auto-aplicável, carecendo, pois, de *interpositio legislatoris*.

ontológico, fundado na intersubjetividade. Isso, no fundo, responde à tríade que caracteriza o positivismo: as fontes sociais (característica superada pelo constitucionalismo compromissório e dirigente), a separação entre direito e moral (superada pela co-originariedade entre direito e moral, assumindo especial relevância, neste aspecto, os princípios como introdução do mundo prático no direito) e a discricionariedade (superada por uma hermenêutica não relativista, para além das posturas analítico-metódicas que sustentam as diversas posturas ainda arraigadas ao esquema sujeito-objeto, cerne de qualquer positivismo que ainda resiste ao novo constitucionalismo).

Trata-se, pois, de três barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito. Essas barreiras fincam raízes na concepção positivista de direito⁸, que identifica *texto e norma, vigência e validade*, ignorando a parametricidade formal e material da Constituição, fonte de um novo constituir da sociedade. Se o

8 Nesse sentido, em face da complexidade/dificuldade para definir as diversas posturas positivistas, não parece desarrazoado a opção por uma classificação - que poderia ser denominada "a contrario sensu", a partir das características das posturas consideradas e autodenominadas pós-positivistas, entendidas como as teorias contemporâneas que privilegiam o enfoque dos problemas da indeterminabilidade do direito e as relações entre o direito, a moral e a política (teorias da argumentação, a hermenêutica, as teorias discursivas, etc.). Ou seja, é mais fácil compreender o positivismo a partir das posturas que o superam. Autores como Albert Casalmiglia (Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 22, Alicante, 1998, p. 209-220) consideram que a preocupação das teorias pós-positivistas é com a indeterminação do direito nos casos difíceis, ou seja, para os pós-positivistas, o centro de atuação deslocou-se em direção da solução dos casos indeterminados (mais ainda, os casos difíceis não mais são vistos como excepcionais). Afinal, os casos simples eram resolvidos pelo positivismo com recurso às decisões passadas e às regras vigentes. Já nos casos difíceis estava-se em face de uma "terra inóspita". "No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece". Daí a debilidade do positivismo (*lato sensu*), que sempre dependeu de uma teoria de adjudicação, que indicasse como devem se comportar os juízes (e os intérpretes em geral). Veja-se a pouca importância dada pelo positivismo à teoria da interpretação, sempre deixando aos juízes a "escolha" dos critérios a serem utilizados nos casos complexos. Para o pós-positivismo, uma teoria da interpretação não prescinde de valoração moral, o que está vedado pela separação entre direito e moral que sustenta o positivismo. O pós-positivismo aceita que as fontes do direito não oferecem resposta a muitos problemas e que se necessita de conhecimento para resolver estes casos. Alguns são céticos sobre a possibilidade do conhecimento prático, porém, em linhas gerais, é possível afirmar que existe um esforço pela busca de instrumentos adequados para resolver estes problemas (Dworkin e Soper são bons exemplos disso). Em acréscimo às questões levantadas por Casalmiglia, vale referir o acirramento da crise das posturas positivistas diante do paradigma neoconstitucionalista, em face da sensível alteração no plano da teoria das fontes, da norma e das condições para a compreensão do fenômeno no interior do Estado Democrático de Direito, em que o direito e a jurisdição constitucional assumem um papel que vai muito além dos "planos" do positivismo jurídico e do modelo de direito com ele condizente.

positivismo está fundado em um mundo de regras que, metafisicamente, pretendem abarcar a realidade - circunstância que afasta toda perspectiva principiológica -, torna-se necessário compreender a origem da diferença entre *regra* e *princípio*, porque nela - na diferença (e não na cisão) - está novamente a questão que é (ou deve ser) recorrente em qualquer teoria que se pretenda crítica e que objetive transformar o direito em um saber prático: pela regra fazemos uma justificação de subsunção (portanto, um problema hermenêutico-filosófico), que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação, e, portanto, *uma relação de objetivação* (portanto, um problema exurgente da predominância do esquema sujeito-objeto); já por intermédio do princípio não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, isto porque, ao trabalhar com os princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas, sim, o que está em jogo é *o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo*.

Este é o estado da arte do *modus interpretativo* que ainda domina o imaginário jurídico prevalente em parcela considerável da doutrina e da jurisprudência praticada no Brasil. Trata-se, fundamentalmente, de um problema paradigmático, bem representado por aquilo que venho denominando “baixa constitucionalidade” e “crise de dupla face”, ambos fenômenos caudatários de uma espécie de acoplamento do *Trilema de Münchhausen*⁹ ao mundo jurídico brasileiro¹⁰.

Em face exatamente desse estado d’arte, não causou estranheza à comunidade jurídica a recentíssima decisão de um juiz federal que, em resposta aos embargos de declaração em que o advogado questionava o fato de a sentença não ter se manifestado sobre a “obrigação de controle difuso da constitucionalidade” levantada como questão prejudicial, rejeitou o provimento, sob o argumento de que “ao cumprir seu dever constitucional de

9 Ver, para tanto, ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

10 É difícil mensurar a dimensão da crise. No ano de 2006 - e essa discussão ainda não terminou -, o país assistiu perplexo à tentativa de se convocar uma Assembléia Constituinte, que colocaria o direito constitucional brasileiro abaixo do que provavelmente se estuda na Suazilândia. E no parlamento chegou a ser lavrado parecer na requeitada PEC 157, na qual se decretava que “o poder constituinte é uma ficção” (sic). Transcendendo as fronteiras do direito *stricto sensu*, o país assistiu em rede nacional ao humorista e apresentador de TV, Jô Soares, ironizar a Constituição do Brasil, comparando-a em tamanho com a dos Estados Unidos. Para piorar o quadro, uma jornalista presente - eram quatro na mesa para comentar as várias CPIs instaladas em 2005 - explicou a discrepância nas dimensões das respectivas Cartas: a dos Estados Unidos era sintética, porque fora fruto do sistema germânico (sic); a do Brasil era “grande”, porque inspirada no sistema romano... (sic)! E os estudantes de direito presentes aplaudiram a “explicação”. Sintomas da crise, pois!

fundamentar as decisões, *o juiz não é obrigado a analisar ponto por ponto todas as alegações deduzidas*” (grifei). O problema é que o ponto principal questionado pelo advogado era, exatamente, *a inconstitucionalidade de um ato normativo!*

Do mesmo modo, veja-se a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, deixando assentado que “*a inconstitucionalidade de uma lei, ou ato normativo, sabidamente, não se presume, nem seria possível declará-la no âmbito restrito do habeas corpus*” (grifei)¹¹.

No exato contexto da presente crítica à crise paradigmática do direito, confira-se a decisão na qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul faz uma auto-restrição acerca do seu poder/dever de controlar a constitucionalidade das leis, ao dizer que “o Órgão Especial não tem competência para decidir matéria de lei estadual que fira a Constituição Federal”¹².

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de Agravo de Instrumento (nº 313.238-5/1-00), deu por inconstitucional a Lei Federal n.º 10.628/02 - que tratava do foro especial para prefeitos -, sem qualquer menção à necessidade do cumprimento do disposto no art. 97 da Constituição. Ou seja, aquilo que constitui o núcleo central do controle difuso é deixado de lado, fenômeno que pode ser conferido pelo ínfimo número de incidentes de inconstitucionalidade suscitados nos tribunais da federação.

Como é possível perceber, os problemas decorrentes de uma “baixa constitucionalidade” podem ser constatados nos mais diversos âmbitos do direito e sob os mais diversos matizes. O déficit de constitucionalização da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre *vigência* e *validade* (o que equivale hermeneuticamente a equiparar *texto* e *norma*, *vigência* e *validade*). Com isto, *a Constituição fica relegada a um segundo plano, porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade de um texto*.

Nesse sentido, vale lembrar como a ausência de uma nova teoria das fontes fez - e continua fazendo - vítimas nos diversos campos do direito. Para se ter uma idéia - e o exemplo a seguir assume relevância incomensurável face ao seu simbolismo -, o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição do Brasil) ficou quinze anos sem ser aplicado nos interrogatórios judiciais, sem que a doutrina e a jurisprudência - com raríssimas exceções - reivindicassem a aplicação direta da Constituição. Com efeito, até o advento da Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003, os acusados de *terrae brasilis* vinham sendo interrogados sem a presença de defensor. Os raríssimos acórdãos (*v.g.*, da 5ª Câmara Criminal do

11 HC nº 752396 e HC nº 753097, Rel. Des. Lécio Resende, 1ª Turma Criminal, TJDF, j. em 20/03/97, DJU 14/05/97 p. 9.378).

12 Apelação Cível nº 70000205609, Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, 4ª Câmara Cível, TJRS, j. em 23/08/00).

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) que anulavam interrogatórios realizados sem a presença de advogado, sistematicamente eram atacados via recursos especial e extraordinário. E, registre-se, o Superior Tribunal de Justiça anulava os acórdãos que aplicavam a Constituição sem *interpositio legislatoris*, reforçando, assim, a problemática relacionada a um dos três obstáculos que o positivismo opõe ao neoconstitucionalismo: a teoria das fontes. De qualquer sorte, não há notícias de que os manuais de direito processual penal, neste espaço de vigência da Constituição, tenham apontado na direção de que seria nulo qualquer interrogatório sem a presença do defensor. Note-se que, nesse período de três lustros, foram escritos centenas de obras (comentários) ao Código de Processo Penal. Mas - e aqui vai a confissão da crise paradigmática - bastou que a nova Lei viesse ao encontro da (tênue) jurisprudência forjada inicialmente na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para que a polêmica se dissolvesse instantaneamente. Sendo mais claro: *os juristas preferiam não obedecer a Constituição, da qual era possível extrair, com relativa facilidade, o império do princípio do devido processo legal e da ampla defesa*; entretanto, com o advento da Lei n.º 10.792/03, estabelecendo exatamente o que dizia a Constituição, cessaram-se os problemas. Obedece-se à lei, mas não se obedece à lei das leis...! É como se a vigência de um texto contivesse, em si mesma, a sua validade.

Há, assim, uma resistência positivista ao mundo prático introduzido pelo neoconstitucionalismo (entendido como o constitucionalismo compromissório, dirigente e principiológico surgido no segundo pós-guerra). No interior do senso comum teórico, ainda vivemos em um mundo de regras e de "suficiências ônticas". O imaginário jurídico ainda aposta na (sub)divisão dos casos concretos em "simples" e "complexos" (*easy e hard cases*). É como se para casos simples a *onticidade* do mundo fosse suficiente e para os casos difíceis tivéssemos que "lançar mão" do *ontológico*. Assim, por exemplo, o uso subsuntivo da regra "resolve" casos "simples" como na hipótese em que um campesino foi condenado, em pleno ano de 2005, à pena de dois anos de reclusão, mais multa, por ter disparado um tiro de espingarda para o alto, a fim de espantar animais que invadiram sua propriedade rural. No plano da "suficiência ôntica" (positivista), a regra (art. 15 da Lei n.º 10.826/03) estabelece "exatamente" que o disparo de arma de fogo é crime. Prestemos, pois, atenção: num "mundo jurídico" sem princípios, sem mundo prático, o referido caso concreto (qual o caso que não seria "concreto"?) foi interpretado como um *easy case*, quando, na verdade, era um *hard case* (embora, insisto, a inadequação da distinção entre *easy e hard cases*). Ora, distinguir "casos fáceis" de "casos difíceis" significa cindir o que não pode ser cindido, isto é, *o compreender*, com o qual sempre operamos e que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber se estamos em face de um caso fácil ou de um caso difícil? Como bem diz Stein, é preciso ter presente que em todo

processo compreensivo o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação. Isso naturalmente tem um caráter ôntico, uma vez que é a diversidade dos fenômenos e dos entes que procuramos expressar, referindo-nos a esse ou àquele fenômeno ou ente. Quando chegamos ao final de tais processos de objetivação, realizamos provavelmente aquilo que é o modo máximo de agir do ser humano. *Entretanto, esse resultado da objetivação pressupõe um modo de compreender a si mesmo e seu ser-no-mundo que não é explicitado na objetivação, mas que podemos descrever como uma experiência fundamental que se dá no nível da existência e que propriamente sustenta a compreensão como um todo.*¹³

A resistência positivista - e, portanto, a “baixa constitucionalidade” - acontece em vários níveis. Levantemos, nessa linha, por exemplo, o véu que obnubila a “realidade” representada pelas idiosincrasias constantes na legislação penal brasileira, na qual “adulterar chassi de automóvel” tem pena maior que a do crime de “sonegação de tributos”, e “furto de botijão de gás” realizado por duas pessoas tem pena (bem) maior do que “fazer caixa dois”, para citar o “crime da moda”. Mas a questão não para por aí: se alguém sonega tributos, tem a seu favor um longo e generoso REFIS¹⁴;

13 Confira-se parecer (www.leniostreck.com.br) que exarei para solucionar o referido caso (bem complexo, por sinal), aplicando a técnica da *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*.

14 A Lei n.º 10.684/03, seguindo a tradição inaugurada pela Lei n.º 9.249/95 (que, no seu art. 34, estabelecia a extinção de punibilidade dos crimes fiscais pelo ressarcimento do montante sonegado antes do recebimento da denúncia), estabeleceu a *suspensão da pretensão punitiva do Estado referentemente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137/90 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento (art. 9º)*. Mais ainda, estabeleceu a nova lei a extinção da punibilidade dos crimes antes referidos quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. De pronto, cabe referir que inexistente semelhante favor legal aos agentes acusados da prática dos delitos dos arts. 155, 168, *caput*, e 171, do Código Penal, igualmente crimes de feição patrimonial não diretamente violentos. *Fica claro, assim, que, para o establishment, é mais grave furto e praticar estelionato do que sonegar tributos e contribuições sociais*. Daí a pergunta: tinha o legislador discricionariedade (liberdade de conformação) para, de forma indireta, descriminalizar os crimes fiscais (*lato sensu*, na medida em que estão incluídos todos os crimes de sonegação de contribuições sociais da previdência social)? Poderia o legislador retirar da órbita da proteção penal as condutas dessa espécie? Creio que a resposta a tais perguntas deve ser negativa. No caso presente, não há qualquer justificativa de cunho empírico *que aponte para a desnecessidade da utilização do direito penal para a proteção dos bens jurídicos que estão abarcados pelo recolhimento de tributos*, mormente quando examinamos o grau de sonegação no Brasil. No fundo, a previsão do art. 9º da Lei n.º 10.684/03 nada mais faz do que estabelecer a possibilidade de converter a conduta criminosa - prehe de danosidade social - em pecúnia, favor que é negado a outras condutas. Também aqui - com

já na hipótese do ladrão de botijões, mesmo que ele devolva o material subtraído, não terá a seu favor os benefícios concedidos aos sonegadores. Do mesmo modo, a crise paradigmática conseguiu esconder muito bem (não esqueçamos que o discurso ideológico tem eficácia na medida em que não é percebido) o fato de que, com o advento da Lei n.º 10.259/01, os crimes de abuso de autoridade, maus tratos em crianças, sonegação de tributos, fraude em licitações, dentre muitos outros, foram transformados em *soft crimes*, isto é, em crimes de “menor potencial ofensivo” (sic), *tudo sob o silêncio eloquente da comunidade jurídica*.

Construiu-se, pois, um imaginário jurídico assentado em uma cultura *prêt-à-porter*, estandardizada e reprodutiva. Com efeito, a produção jurídica (ensino jurídico, doutrina e jurisprudência) que domina o imaginário dos juristas representa com perfeição, simbolicamente, o estado d’arte da crise aqui abordada. Essa cultura estandardizada - e aqui está o problema da prevalência dos paradigmas metafísicos clássico e moderno - procura explicar o direito a partir de verbetes jurisprudenciais ahistóricos e atemporais, ocorrendo, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social.

É nesse contexto que a dogmática jurídica busca “reduzir” a complexidade do “mundo jurídico”. Isso é facilmente perceptível a partir de muita literatura jurídica (de duvidosa qualidade). Com efeito, enquanto setores importantes da dogmática jurídica tradicional se ocupam com exemplos fantasiosos¹⁵ e idealistas/idealizados, o déficit de realidade aumenta dia-a-dia. É claro que as idiosincrasias não se restringem ao campo penal ou processual penal. Trata-se, pois, de um problema que atravessa a funcionalidade do sistema jurídico em toda a sua dimensão. Isso fica bem evidenciado, por exemplo, na histórica busca por efetividade quantitativa

raríssimas exceções - não tem havido qualquer resistência constitucional no plano da operacionalidade do Direito. A respeito do tema, ver STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, (Neo)constitucionalismo*, n. 2, Porto Alegre, 2004, p. 243-284.

- 15 Alguns exemplos beiram ao folclórico, como o de uma pergunta feita em concurso público de âmbito nacional, pela qual o examinador queria saber a solução a ser dada no caso de um gêmeo xifópago ferir o outro...! Com certeza, gêmeos xifópagos (na verdade, o enunciado da questão referia “xipófagos” -sic), encontrados em qualquer esquina, andam armados e são perigosos (*a propósito, o que os gêmeos xifópagos acharam do referendun sobre o desarmamento? Votaram sim ou não?*) Pois não é que a pergunta voltou a ser feita, desta vez em concurso público de importante carreira no Estado do Rio Grande do Sul? A questão de direito penal que levou o número 46 dizia: “André e Carlos, gêmeos xipófagos (sic), nasceram em 20.01.79. Amadeu é inimigo capital de André. Pretendendo por (sic) fim a (sic) vida de André, desfere-lhe um tido mortal, que também acerta Carlos, que graças a uma intervenção cirúrgica eficaz, sobrevive”. E seguiam várias alternativas. Sintomas da crise, pois.

no campo do processo civil, através de várias mini-reformas corridas nas últimas décadas, culminando com a aprovação da emenda constitucional 45/04 institucionalizando as súmulas vinculantes.

Explicando melhor: a Constituição, que deveria ser o *locus privilegiado* para a obtenção de respostas concretizadoras, foi, ela mesma, transformada em um texto aberto, por vezes, pan-principiologista. O dever fundamental de justificar as decisões foi derrotado por uma sistemática processual que apostou em uma cadeia recursal no qual os embargos declaratórios e embargos de pré-questionamento passaram a constituir a *holding* do sistema. Mas o problema vem de longe. Explico: originalmente, o art. 541 do CPC não estabelecia requisitos substanciais para a admissibilidade de recursos. Após a Constituição de 1988, a *Lei n.º 8.038/90*, especialmente no seu art. 38, condicionou materialmente a admissibilidade dos recursos às instâncias superiores, atribuindo poder ao Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, de decidir o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como de negar *seguimento* a pedido ou *recurso* manifestamente intempestivo, incabível, *improcedente ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito*, súmula do respectivo Tribunal. A *Lei n.º 9.139/95* (art. 557 do CPC) promoveu novas alterações para a admissibilidade de recurso nos tribunais, possibilitando ao relator a negativa de provimento, monocraticamente, quando a irresignação se mostrar manifestamente improcedente ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores. Ainda não satisfeito, o *establishment* jurídico editou nova Lei (*n.º 9.756/98*), alterando mais uma vez o art. 557 do CPC, desta vez acrescentando a *jurisprudência dominante* do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior *como argumento suficiente para impedir a admissibilidade do recurso*, além de permitir o julgamento de plano pelo relator. A legislação processual passou a prever, portanto, a possibilidade de *julgamento sumário pelo relator* quando se pudesse observar que a decisão atacada fosse em confronto contra a jurisprudência dominante (sic) do respectivo tribunal ou do STF e STJ. Na medida em que o conjunto de mini-reformas não deu os resultados esperados, veio a *Lei n.º 11.277*, de 07.02.2006, alterando o art. 285 do CPC, pelo qual “quando a matéria controvertida for *unicamente de direito* e no juízo já houver sido proferida *sentença de total improcedência em outros casos idênticos*, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. Isto é, agora a problemática fora transportada para o primeiro grau.

Na seqüência, em face da EC n.º 45, foi editada a *Lei n.º 11.417*, em 19.12.2006, regulamentando a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante por parte do STF. A Lei seguinte (*11.418*) regulamentou a “repercussão geral” dos recursos extraordinários, passando a ser requisito de admissibilidade. Assim, a nova Lei (alterando o art. 543 do CPC), ao determinar que serão *escolhidos um ou mais processos representativos da controvérsia* para o julgamento dá ao tribunal superior uma limitação

cognitiva quanto aos elementos concretos que permeiam cada um dos processos que foram representados. E quem escolherá a “amostragem” é o Tribunal de origem. Por outro lado, repetindo o que já constava como elementos impeditivos da subida de recursos nas antigas Leis 8.038 e 9.756, a Lei 11.418 deixou assentado que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula¹⁶ ou jurisprudência dominante do Tribunal.

A última medida de “fechamento do sistema” se dá pela *Lei n° 11.672, em 08.05.2008* com vacância de 90 dias, esta endereçada aos recursos especiais (STJ), pela qual (art. 543-C), quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo, sendo que caberá ao presidente do tribunal de origem *admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia. Mais ainda, acaso não* adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe *jurisprudência dominante* ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. O ponto fulcral da nova Lei reside no seu caráter avocatório. Com efeito, diz a Lei que, publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se, pois, que as assim denominadas mini-reformas processuais, mais e mais, passaram a apostar, no decorrer destes 20 anos, no protagonismo judicial.

16 Nesse sentido, vale trazer à lume crítica feita pelo grande jurista gaúcho Alfredo Augusto Becker, em carta dirigida ao Ministro do STF Luiz Gallotti, em 2 de dezembro de 1964, menos de um ano após a institucionalização das súmulas no Brasil: “Se, no nosso tempo, a imagem suplanta o texto - observa René Huyghe - é porque a vida sensorial tende a ocupar o lugar que a vida intelectual preenchia. E assim como o texto escrito veio substituir o método milenar da transmissão oral, fenômeno análogo ocorre atualmente na substituição gradual do texto pela imagem”. E, tantos anos atrás, Becker já antevia a standardização em que se transformaria o direito: “Outro fenômeno contemporâneo é o da contração dos textos e a substituição do Verbo por um Sinal. Um exemplo: a Súmula do Supremo Tribunal Federal substituiu as longas exposições doutrinárias. Substituiu até mesmo a citação dos textos legais aplicáveis ao caso. Por sua vez, o próprio texto da Súmula é substituído por um Signo: a cifra aritmética (do enunciado, pois ela admite que ele seja “enunciado” pela simples indicação de seu respectivo número). A embriogenia da Súmula do nosso Supremo tribunal Federal é descrita e analisada por um Professor de Psicologia das Artes Plásticas do Colégio de França (René Huyghe, *Dialogue avec Le Visible*, Paris, 1955, p.6). A civilização da imagem suprimiu o amadurecimento da idéia no espaço de um raciocínio e estabeleceu a ligação direta sensação-ação”. In: Carta inédita de Alfredo Augusto Becker ao Ministro Luiz Gallotti, 2 de dezembro de 1964.

Como é possível perceber nessa reconstrução histórica, o processo civil transformou, aos poucos, os juízos colegiados em juízos monocráticos; súmulas e jurisprudência dominantes passaram a servir de obstáculo até mesmo para a admissão dos recursos (inclusive de agravos), até chegarmos à recente *Lei 11.672*, de 08.05.2008, que, a par de representar uma espécie de “possibilidade avocatória” por parte do STJ, *fez com que o exame dos recursos por “amostragem” passasse também para o processo penal*. Isso, definitivamente, representa o solapamento da análise de identidade do caso sob julgamento. A pergunta que se põe é: a alteração legislativa, sob pretexto de proporcionar “efetividade quantitativa” e “eficaciedade” ao sistema jurídico, é coerente com os princípios do acesso à justiça e ao devido processo legal? Não será direito do cidadão que o seu caso seja analisado nas suas especificidades? Não se pode olvidar que a Constituição estabelece que os recursos especiais e extraordinários representam “causas” e não apenas “teses” jurídicas¹⁷ abstratas.

O princípio do *due process of law*, sob o seu viés substantivo, garante ao cidadão a procura do poder judiciário para que lhe proporcione uma proteção jurídica individual. Esse âmbito de proteção individual necessita a apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, aquilo alegado e provado em juízo, não se podendo tomar como base um esquema de representação fraca do fenômeno individual, muito menos do contexto histórico-factual que tal processo envolve. A grande evolução do neo-constitucionalismo em garantir a recuperação do ideal de justiça ao dotar normativamente os princípios (e a inclusão da faticidade do mundo no direito) sofre, assim, um retrocesso pelo qual se procura estabelecer uma regra, geral e universalizante, que permita um julgamento massivo de todos os processos pressupostos como iguais. É a plenitude do princípio universalizante, ignorando a (im)própria dicotomia dos discursos de fundamentação e aplicação, transformando os segundos em primeiros. Dizendo de uma maneira mais clara: a súmula (STF) ou a “decisão vinculante” (STJ) tornam os discursos que deveriam ser de *aplicação* (em razão da injustiça criada no caso concreto) em discursos de *fundamentação* (admitindo-se, *ad argumentandum tantum* a cisão entre eles), desvirtuando a própria matriz procedimental argumentativa.

Por isso, não se pode olvidar que tais questões estão umbilicalmente ligadas à crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, bases para a prevalência, ainda em nossos dias, do esquema sujeito-objeto. Essa crise é facilmente detectável nos diversos ramos do direito, mormente na problemática relacionada à jurisdição e o papel destinado ao juiz. Mas isso vem de longe. Efetivamente, desde *Oskar von*

17 Ver, para tanto, BAHIA, Alexandre. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no Interior do Processo: reformas, crises e desafios à Jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. Trabalho apresentado no Congresso Nacional Constituição e Processo, promovido pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica, BH, 2008.

Bülow - questão que também pode ser vista em *Anton Menger* e *Franz Klein* -, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, “porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo”, com poderes para criar direito mesmo *contra legem*, tese que viabilizou, na seqüência, a Escola do Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma representacional, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida em *Chiovenda*, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em *Carnellutti*, que sustenta que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em *Couture*, que, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que “o problema da *escolha do juiz* é, em definitivo, o problema da justiça”; em *Liebman*, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei.

Já no Brasil, afora a doutrina que atravessou o século XX (v.g., de *Carlos Maximiliano* a *Paulo Dourado de Gusmão*), tais questões estão presentes nas teses relacionadas ao enfoque instrumentalista do processo, que admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, *mesmo que não contidas no direito legislado*, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da “boa escolha dos juízes” e, conseqüentemente, de seu (“sadio”) protagonismo. Sob outra perspectiva, esse fenômeno se repete no direito civil, pela defesa, por parte de setores da doutrina, do poder interpretativo dos juízes nas cláusulas gerais, que devem ser preenchidas com amplo “subjetivismo” e “ideologicamente”; no processo penal, em que não passa despercebida a continuidade da força do “princípio” da verdade real e do livre convencimento; e também no direito constitucional, no qual está presente essa perspectiva, pela utilização descriteriosa dos princípios, como se estes fossem “álibis persuasivos”, mormente em face da cisão entre o emprego da subsunção para a aplicação das regras (casos simples) e da ponderação nas hipóteses de conflito ou colisão de princípios (casos difíceis).

2. O (neo)constitucionalismo e o mundo prático: a superação do modelo positivista de regras. A hermenêutica e o antidualismo metafísico.

Do mesmo modo que o direito não é aquilo que os tribunais dizem, também não é aquilo que o intérprete quer que ele seja, como se o ato interpretativo fosse um “ato solipsista” (filosofia da consciência). Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é (lembremos, aqui, a assertiva de Herbert Hart¹⁸ acerca das regras do jogo de críquete, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista que claramente exurge do acórdão em questão). A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu

18 Cf. HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as quase mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? Se os juízes podem “dizer o que querem” sobre o sentido das leis, ou se os juízes podem decidir de forma discricionária os *hard cases*, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei? É preciso ter presente, pois, que a afirmação do caráter hermenêutico do direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, *não significam uma queda na irracionalidade* e, tampouco, uma delegação em favor de decisionismos.

Retorna-se, sempre, ao contraponto “regra-princípio”, “lei-Constituição”, “subsunção-atribuição de sentido”, teoremas nos quais estão assentados os problemas decorrentes dessa “afirmação decorrente do caráter hermenêutico do direito” e daquilo que está ínsito a essa “guinada-do-papel-do-direito-no-neoconstitucionalismo”: a necessidade do controle dos atos de jurisdição, enfim, dos atos dos juízes.

A grande maioria dos juristas brasileiros não se deu conta de que a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito. Ou seja, não se deram conta os juristas que é através dos princípios que ocorre a canalização para o âmbito das Constituições do elemento do mundo prático (a razão prática obnubilada pelo positivismo). Igualmente não perceberam que o ponto de ligação com a filosofia (o processo de compreensão ainda sustentado no esquema sujeito-objeto, que mutilava a interpretação do direito) se dá exatamente no fato de que o direito, entendido como conjunto de regras, pretende, a partir de uma metodologia fulcrada no método, *abarcara realidade onticamente*, possibilitando que o intérprete, de forma causalista-objetivista, dê conta de suas complexidades a partir da adjudicação de teorias acerca de como devem proceder os intérpretes quando se deparam com os assim denominados *casos difíceis*.

Ora, a inserção - ou o resgate - da faticidade se dá através dos princípios, que, para além do causalismo-explicativo de caráter ôntico, vai se situar no campo do acontecer de caráter ontológico (não clássico). Regra e princípio não são coisas separadas, que existam em si e por si. Nem tampouco os princípios são “mandados de otimização” ou “meros” “postulados”. É preciso entender que entre regra e princípio há apenas uma diferença de caráter compreensivo, isto é, uma diferença que no plano da hermenêutica filosófica é chamada de “diferença ontológica”. Daí o equívoco de se dizer que no conflito de regras está-se diante de um “tudo ou nada” (equívoco que é repetido na doutrina há muito tempo sem maiores questionamentos) ou que uma regra afasta a outra, e que no conflito entre princípios ocorre uma ponderação (afinal, quando é que não se pondera?). Isso (somente) seria possível se uma regra fosse aferível sem o princípio, isto é, isso (somente) seria possível se uma regra pudesse ser interpretada sem o recurso aos princípios, que representam a razão prática do direito.

Pensar que uma regra pode ser interpretada independente dos princípios ou que uma regra pode “valer” mais do que um princípio é *uma concessão ao positivismo ou uma espécie de retorno ao positivismo*, como se regra e princípio contivessem uma ambigüidade, e que pudessem ser, ao mesmo tempo, um “critério” de conhecimento (regra) e um “critério” de explicação (princípio), aferíveis a partir do esquema representacional sujeito-objeto. Daí a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima *regra e princípio* em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor.

Ou seja, a regra está “subsumida” no princípio. Nos “casos simples” (utilizando, aqui, argumentativamente, a distinção que a teoria da argumentação faz), ela apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, “insuficiência” (sic) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a “necessidade” do uso dos princípios. A percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Por isto é necessário, neste ponto, discordar de Dworkin¹⁹, quando diz que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada* e que os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessitam de uma decisão particular.

Hermeneuticamente, pela impossibilidade de cindir *interpretação e aplicação* e pela antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível “isolar” a *regra do princípio*, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor. Isto porque *a regra não está despojada do princípio*. Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo.

Em síntese: há uma essencial diferença - e não separação - entre *regra e princípio*. Podemos até fazer a distinção pela via da relação sujeito-objeto, pela teoria do conhecimento. Entretanto, essa distinção será apenas de grau, de intensidade; não será, entretanto, uma distinção de base entre *regra e princípio*. No fundo, o equívoco da(s) teoria(s) da argumentação está em trabalhar com os princípios apenas com uma diferença de grau (regrando os princípios), utilizando-os como se fossem regras de segundo

19 Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

nível (equivoco que se repete ao se pensar que, além dos princípios, existem meta-princípios, meta-crterios ou postulados hermenêuticos). Enfim, como se fosse possível transformar a regra em um princípio. Ocorre que ela jamais será um princípio, porque no princípio está em jogo algo mais que a explicação causalista.

Para essa compreensão, torna-se necessário superar os dualismos próprios da metafísica. Trata-se, assim, não de fundamentar - metódica ou epistemologicamente -, mas de compreender (fenomenologicamente). E compreender é aplicar. Isto significa dizer que estamos diante de um problema hermenêutico, no sentido de uma teoria da experiência real, que é o pensar. Já o compreender não é um dos modos do comportamento do sujeito, mas, sim, o modo de ser da própria existência, como ensina Gadamer.

3. A superação de subsunções e deduções: o salto hermenêutico para além do positivismo.

A crise que atravessa o direito e a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que *as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade*, ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, *não resistiram às teses da viragem lingüístico-ontológica*, superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico próprio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica.

Não se pode olvidar que - em pleno paradigma da intersubjetividade - ainda domina, na doutrina e na jurisprudência do direito, a idéia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a "vontade da norma" (sic), o "espírito de legislador" (sic), o "unívoco sentido do texto" (sic), etc. Acredita-se, ademais, que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que "interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém" (sic), circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento.

A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). A impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete "retirar" do texto "algo que o texto possui-em-si-mesmo", numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão

de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos. Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido - que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*) - que já une todas as partes do “sistema”, como bem ressaltou Gadamer.

Uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, fundamentada nessa revolução copernicana, deve, hoje, procurar corrigir o equívoco freqüentemente cometido por diversas teorias críticas (teorias da argumentação, teorias analíticas, tópica jurídica, para citar apenas estas) que, embora reconheçam que o direito caracteriza-se por um processo de aplicação a casos particulares (concretude), incorrem no paradigma metafísico, ao elaborarem um processo de subsunção a partir de conceitualizações (veja-se o paradigmático caso das súmulas vinculantes no Brasil), que se transformam em “significantes-primordiais-fundantes” ou “universais jurídicos”, “acopláveis” a um determinado “caso jurídico”. Isto ocorre nas mais variadas formas no *modus interpretativo* vigorante na doutrina e na jurisprudência, como o estabelecimento de *topoi* ou de meta-crterios para a resolução de conflitos entre princípios, além das fórmulas para “regrar” a interpretação, propostas pelas diversas teorias da argumentação jurídica.

Anote-se, neste ponto, que “apesar de também combater a perspectiva do positivismo normativista tradicional, a teoria da argumentação tem em comum com essa corrente a tentativa de deduzir subsuntivamente a decisão a partir de regras prévias”²⁰, problemática presente, aliás, em autores como Manuel Atienza para quem “para ser considerada plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem de dispor [...] de um método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação - pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos - assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção - ou a maior ou menor correção - dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas”²¹.

20 Cf. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 176.

21 Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003. Isso permite concluir que Atienza *permanece nos quadros do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ao sustentar uma função instrumental para a interpretação, para ele otimizada a partir da teoria da argumentação jurídica*, mesmo problema - diga-se de passagem -, encontrável na maioria das teses caudatárias das teorias da argumentação no Brasil. Para Atienza, uma das funções da argumentação é oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito (já neste ponto, é possível perceber a subdivisão do processo interpretativo em partes/etapas, questão tão bem denunciada por Gadamer!). Para

De certo modo, tais questões também estão presentes na teoria do discurso proposta por Habermas, que, embora não fale em “regras prévias”, propõe a antecipação de um discurso ideal, contrafático²². Essa formação discursiva (também) é prévia; sua função é a de servir como princípio regulativo, isto é, conforme Habermas, todo discurso racional é um necessário princípio regulativo de todo discurso real. A compreensão assim denominada de “racional” não é pensada em contraposição com a tradição, cuja linguagem é insuficiente e/inadequada para abarcar o “real”; a compreensão é pensada como a realização de um ideal por consumir, contrafaticamente. Novamente, vê-se a cisão do incindível; vê-se, mais uma vez, o problema da dispensabilidade do mundo prático (porque este está “traduzido” em uma linguagem inadequada, insuficiente, distorcida).

De mais a mais, não basta dizer que o direito é concretude e que “cada caso é um caso”, como é comum na linguagem dos juristas. Afinal, é mais do que evidente que o direito é concretude e que é feito para resolver casos particulares. O que não está evidente é que o processo interpretativo é *applicatio*, que o direito é parte integrante do próprio caso, que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. Hermenêutica não é filologia. Lembremos a todo o momento a advertência de Friedrich Müller: da interpretação de textos temos que saltar para a concretização de direitos.

Assim, embora os juristas - nas suas diferentes filiações teóricas - insistam em dizer que a interpretação deve ocorrer sempre em “cada caso”, tais afirmações não encontram comprovação, nem de longe, na cotidianidade das práticas jurídicas. Na verdade, ao construírem “pautas gerais”, “conceitos lexicográficos”, “verbetes doutrinários e jurisprudenciais”, ou súmulas aptas a “resolver” casos futuros, os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de “pautas gerais”, fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico. Daí a indagação de Gadamer: *existirá uma realidade que permita buscar com segurança o conhecimento do universal, da lei, da regra, e que encontre aí a sua realização? Não é a própria realidade o resultado de sua interpretação?*

corroborar a tese, o mesmo Atienza afirma que “um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica é precisamente o fato de ela não ter elaborado um procedimento capaz de representar adequadamente como os juristas fundamentam, de fato, as suas decisões”. É evidente que não se pode olvidar - e o registro insuspeito é feito por Kaufmann (*op. cit.*, p. 194) - que especialmente Alexy desenvolveu de forma notável regras prescritivas de argumentação e de preferência. A única desvantagem, assinala, “reside no fato de estas regras se ajustarem ao discurso racional, mas já não ao procedimento judicial”.

- 22 Nas palavras do próprio Habermas, somente a antecipação formal do diálogo idealizado como uma forma de vida a realizar garante a intenção condutora última, contraposta à existente de fato, que nos une previamente e sobre cuja base toda intenção de fato, se é falsa, pode ser criticada como falsa consciência (APEL, Karl-Otto et.al. *Hermeneutik und Ideologiekritik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1971, p. 164 e segs.).

A rejeição de qualquer possibilidade de subsunções ou deduções aponta para o próprio cerne de uma hermenêutica jurídica inserida nos quadros do pensamento pós-metafísico. Trata-se de superar a problemática dos métodos, considerados pelo pensamento exegético-positivista como portos seguros para a atribuição dos sentidos. Compreender não é produto de um procedimento (método), nem um modo de conhecer. Compreender é, sim, um modo de ser, *porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão*. Isto significa romper com as diversas concepções que se formaram à sombra da hermenêutica tradicional, de cunho objetivista-reprodutivo, cuja preocupação é de caráter epistemológico-metodológico-procedimental, cindindo *conhecimento* e *ação*, buscando garantir uma “objetividade” dos resultados da interpretação. A mesma crítica pode ser feita à tópica retórica, cuja dinâmica não escapa das armadilhas da subsunção metafísica. Aliás, *o fato de ligar-se “ao problema” não retira da tópica sua dependência da dedução e da metodologia tradicional*, o que decorre fundamentalmente de seu caráter não-filosófico.

Uma filosofia *no* direito - avançando para além de uma filosofia *do* direito - deve estar apta a explicar esse caráter hermenêutico assumido pelo direito nesta quadra da história. Superando o modelo de regras, a preocupação das teorias jurídicas passa para a busca das respostas acerca da indeterminabilidade do direito. É possível construir uma racionalidade capaz de resolver o problema decorrente da impossibilidade da legislação prever todas as hipóteses de aplicação? Como superar as práticas subsuntivas? Como superar o dedutivismo? A tarefa de “preencher” os espaços da indeterminabilidade deve ser deixada aos juizes, como queria o positivismo? Tais questões inexoravelmente desembocam nas diversas construções discursivas que pretendem superar os dilemas que surgem com esse novo perfil assumido pelo direito, pelo Estado e pela jurisdição constitucional.

4. A possibilidade/necessidade de respostas corretas em direito.

Levando em conta as promessas incumpridas da modernidade em *terrae brasilis*, a superação dos paradigmas metafísicos clássico e moderno - condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno do neoconstitucionalismo e da conseqüente derrota do positivismo - *não pode representar o abandono das possibilidades de se alcançar verdades conteudísticas*²³. As teorias consensuais da verdade mostram-

23 Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou “realismo”. Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo é admitir verdades absolutas, problemática, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade. No fundo, trata-se de admitir que, à luz da hermenêutica (filosófica), é possível dizer que existem verdades hermenêuticas. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, mas, sim, do positivismo.

se insuficientes para as demandas paradigmáticas no campo jurídico. Ao contrário da hermenêutica filosófica, não há ser-no-mundo nas teorias consensuais-procedurais, pelas quais só é possível atribuir um sentido a alguma coisa quando qualquer outra pessoa que pudesse dialogar comigo também o pudesse aplicar. Nelas, a condição de verdade das sentenças (enunciados) é o acordo potencial de todos os outros. Ou seja, nelas não há espaço para a substancialidade (conteudística). Portanto, não há ontologia (no sentido de que fala a hermenêutica filosófica). Isto demonstra que a linguagem - que na hermenêutica é condição de possibilidade -, nas teorias consensuais-procedurais, é manipulável pelos partícipes. Continua sendo, pois, uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, embora os esforços feitos por sofisticadas construções no plano das teorias discursivas-argumentativas.

Ou seja, é possível dizer, sim, que *uma interpretação é correta, e a outra é incorreta*. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer *na e pela* interpretação²⁴. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio subsuntivo” ou “raciocínio dedutivo” nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto por que compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Uma interpretação será correta quando é suscetível dessa desapareição (*Paradoxerweise ist eine Auslegung dann richtig, wenn sie derart zum Verschwinden fähig ext*). É o que denomino de “existenciais positivos”. Dizendo de outro modo, aquilo que algumas teorias (argumentativas) chamam de casos fáceis - portanto, solucionáveis por intermédio de “simples subsunções” ou “raciocínios dedutivos” - são exatamente a comprovação

24 Como bem diz Gadamer (*Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register. Hermeneutik II*. Tübingen: Mohr, 1990, p. 402): “das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird. Denn auch in solchen Fällen von Verstehen gilt, dass die Auslegung möglich sein muss. Sie bringt das Verstehen nur zur ausdrücklichen Ausweisung. Die Auslegung ist also nicht ein Mittel, durch das da verstehen herbeigeführt wird, sondern ist in den Gehalt dessen, was da verstanden wird, eingegangen. Wir erinnern daran, dass das nicht nur heisst, dass die Sinnmeinung des Textes einheitlich vollziehbar wird, sondern dass damit auch die Sache, von der Text spricht, sich zu Worte bringt. Die Auslegung legt die Sache gleichsam auf die Waage der Worte”.

disto.²⁵ Com efeito, para a hermenêutica, essa distinção *easy-hard cases* desaparece em face do círculo hermenêutico e da diferença ontológica. Essa distinção (que, na verdade, acaba sendo uma cisão) não leva em conta a existência de um acontecer no pré-compreender, no qual o caso simples e o caso difícil se enraizam. Existe, assim, uma unidade que os institui, detectável na “dobra da linguagem”.

Ou seja, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de o “como apofântico”). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Mutatis, mutandis, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo - e sempre aplicamos - é uma de-cisão). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht*), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam “mundos” estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (registre-se, texto é evento, texto é fato). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurgirá de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

25 Vejamos como essa dualização metafísica apresenta problemas sem respostas: casos fáceis, segundo Atienza (que vale também para as demais versões da teoria da argumentação jurídica), são os casos que demandam respostas corretas *que não são discutidas*; já os casos difíceis são aqueles nos quais *é possível propor mais de uma resposta correta* “que se situe dentro das margens permitidas pelo direito positivo” (Atienza, op. Cit). Mas, pergunto: como definir “as margens permitidas pelo direito positivo”? Como isso é feito? A resposta que a teoria da argumentação jurídica parece dar é: a partir de raciocínios em abstrato, *a priori*, como se fosse primeiro interpretar e depois aplicar... Neste ponto, as diversas teorias do discurso se aproximam: as “diversas” possibilidades de aplicação se constituem em discursos de validade prévia, contrafáticos, que servirão para juízos de “adequação”. No meu sentir, entretanto, isso implica um dualismo, que, por sua vez, implica separação entre *discursos de validade* e *discursos de aplicação*, cuja resposta se dará, quer queiram, quer não, mediante raciocínios dedutivos, e isso é filosofia da consciência, por mais que queira negar. Em face disso, retomo a acusação feita por Arthur Kaufmann, acerca da prevalência do esquema sujeito-objeto nas diversas teorias discursivas.

Se é verdade que as explicações decorrentes de nosso modo prático de ser-no-mundo (o-desde-já-sempre-compreendido) resolvem-se no plano ôntico (na linguagem da filosofia da consciência, em um raciocínio causal-explicativo), também é verdadeiro afirmar que esse “modo ôntico” permanecerá e será aceito como tal se - e somente se - a sua objetivação não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição autêntica. Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação “desaparece”. Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo.

Mas, se essa fusão de horizontes se mostrar mal sucedida, ocorrerá a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos. Trata-se do acontecer da compreensão, pelo qual o intérprete necessita ir além da objetivação. Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica do direito, em que os juristas introduzem o mundo prático seqüestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes.

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental.²⁶ Daí a necessidade

26 Uma decisão adequada a Constituição (resposta hermeneuticamente correta) será fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e a integridade (exame da integridade legislativa e respeito a integridade das decisões anteriores). Não haverá grau zero de sentido. A resposta adequada a Constituição deverá estar fundada em argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos), como bem ensina Dworkin. Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta quadra da história, evitando-se os “predadores” externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim como os “predadores” internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda a espécie.

Um exemplo de resposta correta é o recente julgamento da ADPF n. 144, pelo STF, que tratava da (i)legibilidade de candidatos às eleições com processos penais e por improbidade administrativa em andamento. Com efeito, a pretensão da ADPF proposta pela AMB (Associação dos Magistrados do Brasil) era de que fossem levados em conta os antecedentes para a aferição dos critérios de (in)elegibilidade dos candidatos às próximas eleições municipais. Isto é, candidatos com condenações, mesmo que não transitadas em julgado ou com processos por improbidade em curso, por terem “ficha suja”, não poderiam receber o sinal verde da justiça eleitoral. Por maioria de votos, o STF decidiu que o princípio da presunção da inocência não dava azo a outra interpretação, que não a de que o critério final era, efetivamente, o trânsito em julgado de sentença condenatória. Vê-se, assim, que, não obstante os argumentos de política (e de moral) utilizados pela AMB, com apoio na expressiva maioria da imprensa, o STF esgrimiu decisão contrária, exatamente com fundamento em argumentos de princípio (presunção da inocência). Vingasse a tese da AMB, cada juiz eleitoral ou TRE criaria seu próprio regramento acerca dos limites de cada

de ultrapassar o “modo-positivista-de-fundamentar” as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar - e isto ocorre no plano da aplicação - detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo “Defiro, com base na lei x ou na súmula y”.

A justificativa (a fundamentação da fundamentação, se assim se quiser dizer) é condição de possibilidade da legitimidade da decisão. Isto é assim porque o sentido da obrigação de fundamentar as decisões previsto no art. 93, inc. IX, da Constituição do Brasil implica, necessariamente, a justificação dessas decisões. Veja-se que um dos indicadores da prevalência das posturas positivistas - e, portanto, da discricionariedade (arbitrariedade) judicial que lhe é inerente - *está no escandaloso número de embargos de declaração propostos diariamente no Brasil*. Ora, uma decisão bem fundamentada/justificada (nos termos de uma resposta correta-adequada-à-Constituição, a partir da exigência da máxima justificação) não poderia demandar “esclarecimentos” acerca da *holding* ou do *dictum* da decisão. Os embargos de declaração - e acrescente-se, aqui, o absurdo representado pelos “embargos de pré-questionamento” (sic) - demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico. Como é possível que se considere “normal” a não fundamentação de uma decisão, a ponto de se admitir, cotidianamente, milhares de “embargos”?

Nessa linha, a *applicatio* - porque interpretar é sempre um aplicar - evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica filosófica. *Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um “simples resultado” manipulável pelo intérprete*. Afinal, não podemos esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas foi a forma pela qual a hermenêutica clássica encontrou para buscar o controle do “processo” de interpretação. Daí a importância conferida ao método, “supremo momento da subjetividade assujeitadora”. Ora, a pré-compreensão antecipadora de sentido de algo ocorre à revelia de qualquer “regra epistemológica” ou método que fundamente esse sentido. Não há métodos e tampouco meta-métodos ou meta-critérios (ou um

“ficha” do candidato. Afinal, quantos processos criminais o candidato deveria estar respondendo para ser inelegível? Bastaria uma condenação em primeiro grau para barrar a candidatura? Que tipos de condutas criminosas (tipos penais) levariam ao impedimento? Na verdade, a tese da OAB faria com que a sociedade ficasse a reboque de argumentações de caráter teleológico do Poder Judiciário, que, assim, propiciariam uma multiplicidade de respostas, gerando a inexorável quebra, não só do princípio da presunção da inocência, como também do princípio da igualdade. Veja-se, também aqui, o problema da discricionariedade judicial. Por tais razões, argumentos de princípio, como bem diz Dworkin, mostram-se superiores aos argumentos fundados na moral individual ou coletiva ou de outros argumentos de política *lato sensu*.

*Grundmethode*²⁷, para imitar Kelsen e “escapar” do problema - insolúvel - do *fundamentum inconcussum*). A compreensão de algo *como* algo (*etwas als etwas*) simplesmente ocorre (acontece), porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico, e não epistemológico. Qualquer sentido atribuído arbitrariamente será produto de um processo decorrente de um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, meramente argumentativo/procedimental²⁸, isto porque filosofia não é lógica e, tampouco, um discurso ornamental.

5. Aportes finais.

1. A crise dos modelos interpretativos, aqui inserida naquilo que venho denominando no decorrer dos anos de *crise de paradigmas de dupla face*, não autoriza que as teorias da argumentação ou outras teorias procedurais (teorias do discurso *lato sensu*) venham a se constituir em uma espécie de “reserva hermenêutica”, que somente seria chamada à colação nos casos de “insuficiência” da regra, isto é, quando se estiver em face de casos difíceis (*hard cases*).

2. Casos fáceis e casos difíceis partem de um mesmo ponto e possuem em comum algo que lhes é condição de possibilidade: a pré-compreensão. Esse equívoco de distinguir *easy* e *hard cases* é cometido tanto pelo positivismo de Hart como pelas teorias argumentativas (por todos, Alexy e Atienza). O que tais teorias têm em comum é o fato de que, nos *hard cases*, considerarem que os critérios (princípios) para solvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser retirados de uma “história jurídica”, somente possível de existir no plano de discursos *a priori* (no fundo, discursos de fundamentação prévios).

3. Reconheça-se que também Dworkin faz indevidamente essa distinção entre casos fáceis e casos difíceis (*easy* e *hard cases*). Mas o faz por razões distintas. A diferença é que Dworkin, ao contrário de autores como Habermas e Günther, não “desonera” os discursos de aplicação dos discursos de fundamentação, que, para estes, dão-se *prima facie*. Na verdade, como Gadamer, ele não distingue *discursos de aplicação* de *discursos de fundamentação*, assim como não cinde a *interpretação da aplicação*.

4. Partir de uma pré-elaboração do que seja um caso *simples* ou *complexo* é incorrer no esquema representacional “sujeito-objeto”, como se fosse possível

27 Sobre a problemática do “método”, ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, especialmente o cap. 5.

28 *Ibid.*, p. 246 e segs., onde trabalho a noção dos vetores de racionalidade de Hilary Putnam e Ernildo Stein.

ter (ou alcançar) um “grau zero de sentido”, insulando a pré-compreensão e tudo o que ela representa enquanto condição para a compreensão de um problema. Não esqueçamos que a discricionariedade (ou, se se quiser, a arbitrariedade) interpretativa é fruto do paradigma representacional e que ela se fortalece na cisão entre *interpretar* e *aplicar*, o que inegavelmente implica a prevalência do dualismo sujeito-objeto.

5. Essa discricionariedade/arbitrariedade positivista - sob as mais variadas vestes - ainda domina o modo-de-agir dos juristas (veja-se, por todos, a ode às cláusulas abertas do novo Código Civil, considerado por muitos como “o código do juiz” - sic). No fundo, em linguagem mais simples, significa aquilo que Kelsen “incentivou” no oitavo capítulo de sua *Teoria Pura do Direito*²⁹: o decisionismo que poderia ser praticado nos “limites” da moldura da norma jurídica (que, na verdade, já de há muito são desrespeitados, em nome dos diversos “realismos” e “axiologismos”, pelos quais o texto jurídico é apenas a “ponta do iceberg”), ou a delegação em favor dos juizes da tarefa de decidir sobre os *hard cases*, que pode ser vista em *Concept of Law*³⁰, de Hart.

6. Observe-se como esse problema da discricionariedade³¹ (arbitrariedade), que exsurge, com o positivismo, a partir da “delegação” em favor do juiz do poder de “resolver os casos difíceis”, acaba sofrendo um deslocamento em direção a uma “objetividade textual”, não propriamente da regra (texto jurídico), mas das conceitualizações prévias elaboradas pela dogmática jurídica. Ou seja, em face do caos decisionista que foi se formando

29 KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

30 HART, *op. cit.*

31 Embora não seja especificamente objeto destas reflexões, é necessário lembrar que a teoria da argumentação defendida por Robert Alexy está indissociavelmente entrelaçada com a discricionariedade. Alias, nesse exato sentido busco reforço às minhas críticas com García Figueroa, para quem uma das fragilidades da teoria da argumentação alexyana é a “consagração da discricionariedade dos operadores jurídicos ante a crescente amplitude do âmbito das possibilidades discursivas”: “en cierto modo la version de Alexy vendría a retrasar el inevitable momento de la discreción judicial que propugna el positivismo. Segundo el positivismo, la discreción comenzaría donde se agotaram los materiales normativos positivos, y em el modelo de Alexy la discreción se desarrollaría donde los materiales normativos y morales no fueran suficientes para discriminar entre lãs distintas respuestas correctas” (Cf. García Figueroa, Alonso. La tesis Del caso especial y El positivismo jurídico. Doxa n. 22, 1999, pp. 207-220). Também por isso, coerentemente, García Figueroa, na mesma linha de David Richards, *aponta um positivismo latente no interior da teoria da argumentação alexyana* (Cf. Seoane, José Antonio. Um código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. In: De la argumentación jurídica a la hermenêutica. Granada, Comares, 2005, pp. 165 e segs; Tb. D. A. Richards, “Robert Alexy, A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory os legal justification. Oxford, Clarendon, 1989).

no decorrer da história, mormente em países como o Brasil, o próprio positivismo vem procurando controlar a discricionariedade judicial (veja-se a radicalidade da implantação das súmulas vinculantes e o “ferrolho” para evitar a admissibilidade dos recursos aos tribunais superiores), mediante a elaboração de um discurso *prêt-à-porter*, principalmente - e paradoxalmente - advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. *Provavelmente por isto, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de “discursos de fundamentação prévia”*. Isto é feito através de uma standardização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas, etc.), que pode facilmente ser verificada a partir de um exame do conteúdo da produção jurídica que serve como suporte para o ensino jurídico, para os cursos de preparação para concursos e para as próprias decisões forenses e tribunalícias.

7. Essa construção dogmática é fruto de uma espécie de “adaptação darwiniana do positivismo jurídico”, que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais. Sendo mais específico: os princípios constitucionais que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, com o decorrer do tempo passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los em regras. Isto é, a conceitualização promovida pela dogmática jurídica seqüestrou o mundo prático instituidor do princípio. E, assim, tudo volta à origem, com o sacrifício da singularidade do caso concreto, ou seja, aquilo que caracteriza o direito como saber prático é obnubilado pelo modelo conceitualista que domina a operacionalidade do direito.

8. De todo modo e para evitar mal-entendidos, deveria ser despiciendo acentuar ou lembrar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E direito é um sistema de regras e princípios, “comandado” por uma Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vagezas e ambiguidades e que os princípios podem ser - e na maior parte das vezes são - mais “abertos” em termos de possibilidades de significado, *não constitui nenhuma novidade* (até os setores que primam pela standardização do direito³² e que praticam uma espécie de

32 A “indústria” que mais cresce é a dos “manuais”, recheados de “conceitos sem coisas”. O problema alcançou níveis alarmantes no “mercado jurídico” com o surgimento dos “estudos esquemáticos” e “quadros sinópticos” dos Códigos e (até) da Constituição. A pergunta que deve ser feita é: qual é a importância acadêmico-científica de publicações que meramente reproduzem expressões do senso comum teórico (ou que expressam “contundentes obviedades”), como, por exemplo, que a interpretação doutrinária é aquela realizada por estudiosos do direito, “os quais emitem *suas opiniões pessoais* (sic) sobre a lei” e que interpretação judicial é

“neopentecostalismo jurídico”, já perceberam essa característica “lingüística” dos textos jurídicos). O que deve ser entendido é que a aplicação destes textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, como que a dar razão a Kelsen, para quem *a interpretação a ser feita pelos juízos é um ato de vontade* (sic). O “drama” da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do direito conquistada principalmente no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam o direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente). Mas não é esse tipo de criação judicial que está em causa no debate Dworkin-Hart e, tampouco, nas críticas que faço ao positivismo à luz da hermenêutica filosófica.

aquela realizada pelos aplicadores do direito, ou seja, pelos juízes (sic)? Pergunta-se: hermenêutica jurídica seria algo tão singelo (ou simplista) quanto proferir uma “opinião pessoal”? Alguém duvida que a interpretação judicial é feita pelos juízes e tribunais? Mais: qual é a importância reflexiva contida na assertiva, constante em um importante manual de direito penal, de que o desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se concluiu e o desenvolvimento retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica? E o que o autor queria dizer com o enunciado “o motivo torpe é aquele que, por sua manifesta repugnância, ofende os princípios da moralidade social”? Ou com a seguinte “proposição”: a torpeza é uma “qualidade” (sic) que ofende a nobreza do espírito humano? Veja-se a definitividade do “conceito” de grave ameaça, caracterizada em um importante manual como “o prenúncio de um acontecimento desagradável...” Por que alguém compra um livro jurídico para lhe dizer, por exemplo, que “coisa alheia” no crime de furto “é aquela que não pertence à pessoa” e que “coisa móvel” é aquela que se desloca de um lugar para outro? E o que dizer do enunciado “paralisação de atividade econômica é a cessação, temporária ou definitiva, de uma atividade lucrativa”? Por que alguém adquire um livro para dizer que “adquirir” significa “obter ou comprar”? Ou que a “agressão atual”, na caracterização da legítima defesa, é “aquela que está acontecendo” e a iminente é a “que está por acontecer”? Ou que “noite é a ausência de luz”? Ou, ademais, que “quadrilha necessita de quatro pessoas”? Ou, ainda, que “aquele que escreveu a carta não pode ser sujeito ativo do crime de violação de correspondência”? A lista é interminável... Talvez a mais “genial” das citações seja a de que “prova para condenar tem de ser robusta, como bem diz o festejado Malatesta” (sic), encontrada em petições, sentenças e acórdãos em todo o território nacional... (veja-se o alto teor de convencimento do “enunciado”). Por tais razões é que parcela expressiva desses manuais (refiro-me aos compêndios e similares que apenas reproduzem *standards* jurídicos à serviço dos cursinhos de preparação para concursos e outros que, com pretensões críticas, acabam reproduzindo aquilo que pretendem combater) deveria trazer, na quarta capa, uma advertência ao “consumidor”, dando conta dos propósitos do autor...! Ou, se se preferir uma solução mais radical, colocar uma advertência como a que se vê nos maços de cigarro: “o uso constante deste material acarretará sérios prejuízos ao usuário”.

9. Enquanto Dworkin considera o discricionarismo antidemocrático, Hart vai dizer que o poder discricionário é o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentações desses litígios (casos difíceis), por exemplo, o reenvio ao Legislativo. Embora isto possa ser negado pelas correntes positivistas, Hart representa uma espécie de pensamento médio: *aliás, há uma coisa em comum entre o positivismo e as diversas teorias da argumentação*: a distinção/divisão “casos simples - casos complexos” (fáceis e difíceis), o que demonstra a presença (e permanência) do paradigma representacional, emergente do dualismo metafísico e do esquema sujeito-objeto.

10. Como o direito é um saber prático e que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe a construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do *modus* operacional do direito, levando em conta um texto constitucional de nítida feição compromissória e dirigente, e que, passadas quase duas décadas, longe está de ser concretizado em nosso país. Na base dessa inefetividade, para além do problema relacionado à configuração política e econômica da sociedade brasileira (democracia em consolidação, alternando longos espaços de ausência de estado de direito, a histórica desigualdade social, a cultura patrimonialista, o regime presidencialista que se mantém com governabilidade *ad hoc*, etc.), encontra-se solidificada uma cultura jurídica positivista que coloniza a operacionalidade (doutrina e jurisprudência) e o processo de elaboração das leis, a partir de um processo de retroalimentação sistêmica.

11. O problema da inefetividade da Constituição - e tudo o que ela representa enquanto implementação das promessas incumpridas da modernidade (por isto o Brasil é um país de modernidade tardia) - não se resume a um confronto entre modelos de direito. O confronto é, pois, paradigmático. E nesse confronto paradigmático, as velhas teses acerca da interpretação - subsunção, silogismo, individualização do direito na “norma geral”, a partir de “critérios puramente cognitivos e lógicos”, liberdade de conformação do legislador, discricionariedade do poder Executivo, o papel da Constituição como estatuto de regulamentação do exercício do poder - dão lugar - ou deveriam dar - a uma hermenêutica que não trata mais a interpretação jurídica como um problema (meramente) “lingüístico de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos”³³.

33 Veja-se, a propósito, a contundente crítica de CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica - I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 287 e segs.

Trata-se, efetivamente, de aplicar o grande giro hermenêutico ao direito e, portanto, à Constituição.

12. O novo constitucionalismo, nascido da revolução copernicana do direito público, traz para dentro do direito temáticas que antes se colocavam à margem da discussão pública: a política, representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonogados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas *no* e *a partir do* direito. Afinal, direito constitucional é direito político (H. P. Schneider).

13. Tais perspectivas ficam nítidas a partir de um constitucionalismo compromissório e (ainda) dirigente,³⁴ mormente em países em que as promessas da modernidade nunca foram cumpridas (razão pela qual venho propondo a necessidade de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia). E a materialidade das Constituições institucionaliza-se a partir da superação dos três pilares nos quais se assenta(va) o positivismo jurídico (nas suas variadas formas e facetas): o problema das *fontes* (a lei), a teoria da *norma* (o direito é um sistema de regras em que não há espaço para os princípios) e as condições de possibilidade para a compreensão do fenômeno, isto é, a questão fulcral representada pela *interpretação*, ainda fortemente calcada no esquema sujeito-objeto, d'onde permanece o modelo subsuntivo, como se a realidade fosse acessível a partir de raciocínios causais-explicativos.

14. Não se pode menosprezar o papel do positivismo ainda nos dias atuais. Com efeito, se, de um lado, o positivismo acredita que o mundo pode ser

34 Interessante notar que a tese da Constituição dirigente é boa ou má dependendo dos interesses em jogo. Como bem lembram Bercovici e Massonetto, os mesmos setores que consideram a tese da Constituição dirigente retrógrada ou "jurássica" naquilo que esta tem de compromissória no plano dos direitos fundamentais-sociais, aplaudem o "dirigismo constitucional" no que tange às políticas de estabilização e a supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais (políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de isolamento da Constituição financeira relativamente à Constituição econômica) Segundo os autores, há uma inversão ideológica do discurso acerca da Constituição dirigente. Com efeito, os críticos da Constituição dirigente dizem que esta conduz à ingovernabilidade e que o "dirigismo das políticas públicas e dos direitos sociais" é prejudicial aos interesses do país. No fundo, dizem os autores, trata-se da tese da "Constituição dirigente invertida", isto é, a Constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional: "esta, a Constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada". Cfe. BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica. In: Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra n. XLIX (2006), pp. 19 e segs.

abarcado pela linguagem e que a regra - no plano do direito - abarca essa "suficiência do mundo" (portanto, uma "plenipotenciariade ôntica), isto é, a parte do mundo que deposita na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade, de outro, faz uma profissão de fé no protagonismo judicial, revitalizando o sujeito solipsista (Selbstsüchtiger) da modernidade (que sustenta o esquema sujeito-objeto). Dito de outro modo, para as diversas posturas positivistas, na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas, chama-se à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista, tem o poder (arbitrário e discricionário) de levantar o véu que "encobre" a resposta que a regra não pôde dar.

15. É nisso que está o diferencial em favor da hermenêutica, ao denunciar - e anunciar - que a diferença entre a regra (positivista) e o princípio (constitucional) é que este está contido na regra, atravessando-a e resgatando o mundo prático.³⁵ E, na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo - porque sempre sobra algo - *o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro* (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno).

16. Em reduzida síntese: parece não haver dúvida de que o positivismo - compreendido *lato sensu* - não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela linguagem) e suas conseqüências no plano da doutrina e da jurisprudência. "Todo jurista sabe que as decisões jurídicas dependem de uma multiplicidade de fatores que não estão dados nas regras do sistema", assinala Campbell³⁶. Se isto é verdadeiro - e penso que é - então como é possível continuar a sustentar o positivismo nesta quadra da história? Como resistir ou obstaculizar o constitucionalismo que revolucionou o direito no século XX? Entre tantas perplexidades, parece não restar dúvida de que uma resposta mínima pode e deve ser dada a essas indagações: o constitucionalismo - nesta sua versão social, compromissória e dirigente - não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariades interpretativas.

35 Afinal - e o alerta é de Pablo NAVARRO (Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, 2001, p. 133-163) -, o positivismo jamais se comprometeu a reconhecer relevância *prática* às normas jurídicas, o que significa dizer que podemos descrever o fato de que uma norma seja válida e informar acerca do *status* jurídico de certas ações ou estados de coisas sem aderir ao conteúdo de suas prescrições.

36 Cf. CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, Alicante, 2002, p. 304.

17. Isto é, contra o objetivismo do texto (posturas normativistas-semânticas) e o subjetivismo (posturas axiológicas que desconsideram o texto) do intérprete, cresce o papel da hermenêutica de cariz filosófico, que venho trabalhando sob a denominação de *Nova Crítica do Direito*.³⁷ Embora o avanço e a importância das teorias do discurso para o enfrentamento das demandas de um universo de direito pós-positivista, em que a jurisdição assume especial relevância, pela necessidade de controlar a indeterminabilidade das normas que não conseguem - por impossibilidade filosófica - abarcar as diversas hipóteses de aplicação, a hermenêutica de cariz filosófico pretende ir além dos discursos prévios de fundamentação trazidos pelas teorias discursivas como solução para o problema da subjetividade (e, portanto, da discricionariedade/arbitrariedade) do juiz.

18. Daí a tarefa fundamental de qualquer teoria jurídica nesta quadra da história: concretizar direitos, resolvendo problemas concretos. Nitidamente, ainda há uma resistência à viragem hermenêutico-ontológica, instrumentalizada em uma dogmática jurídica (que continua) refratária a uma reflexão mais aprofundada acerca do papel do direito no século XX. De qualquer modo, é possível afirmar, com base na tradição (autêntica) da teoria do direito, que a viragem lingüístico-hermenêutica tem apontado para a superação da metafísica clássica e da metafísica moderna. E o direito, *locus* privilegiado do processo hermenêutico - porque os textos necessitam sempre de interpretação, questão que a própria dogmática jurídica reconhece -, *não pode caminhar na contramão desse rompimento paradigmático*. Tais conclusões, exatamente porque sustentadas no paradigma da hermenêutica filosófica, não são, por isso, definitivas. Como já referido acima, a hermenêutica, por ser crítica, está inexoravelmente condenada à abertura e ao diálogo. E, como alerta Gadamer, não quer ter a última palavra!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

APEL, Karl-Otto et.al. *Hermeneutik und Ideologiekritik*. Frankfurt am Maim: Suhrkamp, 1971.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

BECKER, Alfredo Augusto. Carta ao Ministro Luiz Gallotti, 2 de dezembro de 1964. Inédito.

³⁷ Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica Jurídica, op. cit.*; e, também, STRECK, *Jurisdição Constitucional, op. cit.*

BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica. In: Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra n. XLIX (2006).

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21, Alicante, 1998, p. 209-220.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, Alicante, 2002, p. 303-331.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica - I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Crítica à dogmática*, n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 37-44.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register. Hermeneutik II*. Tübingen: Mohr, 1990.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

NAVARRO, Pablo Eugenio. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, 2001, p. 133-163.

PRIETO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.

PUTNAM, Hillary. *Razão, verdade e história*. Lisboa: Dom Quixote, 1992.

_____. *Representation and Reality*. Massachusetts: Institute of Technology, 1988.

_____. *O realismo de rosto humano*. Lisboa: Piaget, s/d.

SEOANE, José Antonio. Um código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. In: *De la argumentación jurídica a la hermenêutica*. Granada, Comares, 2005.

RICHARDS, D. A. "Robert Alexy, A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory os legal justification. Oxford, Clarendon, 1989. "Robert Alexy, A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory os legal justification. Oxford, Clarendon, 1989.

STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003.

_____. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. *Anamnese. A filosofia e retorno do reprimido*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *Seminários sobre a verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2004.

_____. *Verdade e Consenso: Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas*. 2ª. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.