

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS

ALCIDES OTTO FLINKERBUSCH

**A DIMENSÃO SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS
ESTUDO PARA A RECONSTITUIÇÃO DOS FUNDAMENTOS ÉTICOS DOS
DIREITOS SOCIAIS**

São Leopoldo

2006

ALCIDES OTTO FLINKERBUSCH

**A DIMENSÃO SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS
ESTUDO PARA A RECONSTITUIÇÃO DOS FUNDAMENTOS ÉTICOS DOS
DIREITOS SOCIAIS**

Dissertação de Mestrado em Direito para obtenção do título de Mestre em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor Orientador Doutor Vicente de Paulo Barretto.

São Leopoldo

2006

F622d	<p data-bbox="391 694 1449 840">Flinkerbusch, Alcides Otto, 1969 – A dimensão social dos direitos humanos: estudo para a reconstituição dos fundamentos éticos dos direitos sociais. - São Leopoldo: 2006. 171p.</p> <p data-bbox="391 862 1449 940">Dissertação de Mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.</p> <p data-bbox="391 963 1449 1041">1. Direitos humanos 2. Direitos fundamentais 3. Flinkerbusch, Alcides Otto</p> <p data-bbox="1260 1064 1449 1104">342.72</p>
-------	---

Índices para catálogo sistemático

1. Direitos humanos 342.72
2. Direitos fundamentais 342.7

Dedico esta conquista:

A meus pais, Otto e Marilene,
que primeiro me ensinaram e continuam ensinando,
com seus atos, o significado da prática dos direitos humanos.

E a minha esposa e companheira, Taís,
que divide comigo, com doçura e delicadeza,
as alegrias e as tristezas próprias da condição humana.

RESUMO

Este trabalho trata dos fundamentos dos direitos sociais, considerando-os como uma das dimensões dos direitos humanos. O estudo se utiliza do método de pesquisa bibliográfica e se subdivide em três partes. Na primeira, é apresentada a evolução histórica da normatização dos direitos humanos no plano internacional, o que envolve a positivação dos direitos civis e políticos (direitos de liberdade) e dos direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de igualdade). Em seguida, são abordados os fundamentos teóricos dos direitos humanos. Nesta parte, faz-se a análise das limitações teóricas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico na sua tentativa de justificar a universalização dos direitos humanos; trata-se também da construção da idéia de dignidade humana como consequência da fundamentação ética, tendo como recurso a filosofia moral de Immanuel Kant; e, partindo destes pressupostos, são resgatadas as bases dos fundamentos éticos dos direitos sociais enquanto imperativos do Estado Democrático de Direito. Finalmente, tem-se uma abordagem sobre a prática dos direitos sociais. Trata-se do debate sobre os argumentos que se constituem como barreiras teóricas na concretização dos direitos sociais e sobre o papel do Poder Judiciário na tarefa de realização dos objetivos constitucionais.

Palavras-chave:

direitos humanos – direitos sociais – fundamentação

ABSTRACT

This paper is about the foundations of social rights, considering them as one of the dimensions of human rights. The study has used the literature review method and is divided into three parts. The first part presents the history of human rights standardization worldwide, involving the materialization of civil and political rights (freedom rights) and of economic, social and cultural rights (equality rights). Next, the theoretical foundations of human rights are discussed. Here, an analysis of the theoretical limitations of natural law and legal positivism in their attempt to justify the universalization of human rights is made; it is, additionally, about building the idea of human dignity as a consequence of ethical foundation, resorting to Immanuel Kant's moral philosophy; and, based on these assumptions, the bases of the ethical foundations of social rights as imperatives of the Democratic Rule of Law are recovered. It is about the debate on the arguments used as theoretical barriers in the materialization of social rights and on the role of the Judiciary in the task of accomplishing the constitutional objectives.

Key words:

human rights – social rights - foundation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. CONSOLIDAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	14
1.1 Evolução normativa dos direitos civis e políticos no plano internacional	14
1.1.1 Sistemas jurídicos antigos – a gênese do processo de internacionalização e de reconhecimento dos Direitos Humanos.....	14
1.1.2 Documentos de maior destaque no estudo dos Direitos Humanos na Idade Média.....	23
1.1.2.1 <i>Magna Carta Libertatum</i>	23
1.1.2.2 <i>Bill of Rights</i>	26
1.1.3 As Declarações de Direitos Humanos Americana e Francesa.....	29
1.1.3.1 A Declaração de Independência dos Estados Unidos.....	29
1.1.3.2 A Declaração de Direitos Humanos Francesa.....	33
1.1.4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da ONU.....	37
1.2 Consolidação dos direitos sociais no plano normativo internacional	43
1.2.1 A Constituição Mexicana de 1917.....	46
1.2.2 A Constituição de Weimar de 1919.....	49
1.2.3 O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	52
2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS	57
2.1. Possibilidades e limites da tradicional fundamentação universal dos direitos humanos	59
2.1.1 O jusnaturalismo.....	61
2.1.2 O positivismo jurídico.....	64
2.2 A fundamentação ética e a idéia de dignidade humana	67
2.2.1 A fundamentação ética.....	71
2.2.2 Os valores da sociedade contemporânea e a construção da idéia de dignidade humana.....	77
2.3. Direitos humanos substancializados – uma concepção dos direitos sociais a partir da fundamentação ética	91
2.3.1 Antecedentes e conseqüências do Estado Liberal.....	92

2.3.2 Estado de Direito e Estado Democrático de Direito.....	94
2.3.3 Direitos de liberdade e direitos de igualdade – sobre as dimensões dos direitos humanos	96
2.3.4 Fundamentos éticos dos direitos sociais.....	99
3. A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	107
3.1 O Debate Sobre os Limites para a Efetividade dos Direitos Sociais.....	108
3.1.1 Constitucionalismo Social e Socialismo Formal – Insuficiências estruturais e epistemológicas na implementação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.....	108
3.1.1.1 Os dilemas da modernidade e as possíveis insuficiências do Estado Social.....	110
3.1.1.2 Direitos Sociais e mentalidades arcaicas.....	120
3.1.2 A defesa do mínimo existencial e sua vinculação ao pensamento racionalista liberal.....	127
3.1.3 A defesa da reserva do possível e o problema orçamentário – uma interpretação limitadora da Constituição.....	131
3.1.4 A graduação dos direitos humanos em gerações e a influência desse pensamento na formação do sentido (pré-conceito) dos direitos sociais.....	136
3.2. Direitos Sociais, Constituição e Jurisprudência – a inefetividade dos Direitos Sociais e o papel do Judiciário	139
3.2.1 A judicialização da política e o problema da separação dos Poderes.....	141
3.2.2 A hermenêutica e a vinculação do Judiciário aos fundamentos éticos dos direitos sociais.....	145
3.2.2.1 Dois casos de baixa constitucionalidade na interpretação do Tribunal Superior do Trabalho.....	151
3.2.2.2 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de concretização dos direitos sociais.....	161
CONCLUSÃO.....	172
BIBLIOGRAFIA.....	177
ANEXO 1	183
ANEXO 2	188

INTRODUÇÃO

Independentemente de acreditarmos ou não em palavras místicas, mágicas, encantatórias ou tabus, o importante é que existam, pois sua existência revela o poder que atribuímos à linguagem. Esse poder decorre do fato de que as palavras são núcleos, feixes de significações, símbolos e valores que determinam o modo como interpretamos as forças divinas, naturais, sociais e políticas e suas relações conosco.¹

Como qualquer outra, a expressão *direitos humanos* tem também uma carga de significações que é determinante na forma de compreender e lidar com as relações em que seus significantes estão envolvidos. Em outras palavras, o que vem ao pensamento quando se fala em direitos humanos repercute em ações ou omissões em relação aos acontecimentos que envolvem a incidência do que se denomina *direitos humanos*.

Costumeiramente a expressão denota um certo predomínio de significações ligadas à violência positiva, a ações de desrespeito à pessoa enquanto entidade física, como tortura, mutilação e morte. Este fato não é espantoso, porque a afirmação histórica dos direitos humanos é um fenômeno geralmente ligado à superação de sistemas de organização mantidos à base da violência física.²

¹ CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1997, p. 139.

² Para um maior esclarecimento, ver o item 1.1.

Contudo, o significado dos *direitos humanos* se desdobra para além das pretensões de óbice às violações que em geral desencadeiam a referência à expressão. Não obstante sejam importantes e mesmo imprescindíveis as ações humanitárias pela preservação da vida humana diante da violência materializada em múltiplas dimensões, o respeito aos direitos humanos tem implicações muito mais amplas, envolvendo toda a sociedade, os indivíduos e também o próprio Estado. Quer dizer, não é somente com o combate ao crime, com a proteção da propriedade, com a garantia da livre iniciativa e com a segurança do devido processo legal que se resguardam os direitos humanos. Considerando a historicidade desses direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta para uma pluralidade de significados.³

Neste trabalho desenvolve-se um estudo sobre uma dimensão dos direitos humanos que usualmente não é vista de forma conectada a esta idéia, que é a dos direitos sociais. A violação dos direitos humanos acontece primordialmente e talvez de forma mais aguda quando o necessário complemento social dos direitos humanos é relegado. Milhões de pessoas em todo o mundo não dispõem dos meios mínimos de sobrevivência e têm, com isso, comprometidas as suas possibilidades de interação social e mesmo as suas potencialidades humanas. Por isso, recuperar os fundamentos que vinculam indissociavelmente as dimensões individual e social dos direitos humanos é uma tarefa improrrogável.

O plano do trabalho é abordar vários aspectos que contribuem para o

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1, n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 80.

significado da idéia dos direitos sociais como importante dimensão dos direitos humanos. Neste sentido, investigam-se os aspectos históricos, filosóficos e políticos. O desdobramento dos diversos elementos constituintes da idéia é essencial para a compreensão. Pretende-se deixar assente que os direitos sociais podem ser percebidos como desdobramento necessário da concepção inicial de direitos humanos e que esta percepção não deixa de ser simples na medida em que se mostra como imperiosa, inadiável e evidente diante da realidade cotidiana.

Postas estas questões preliminares, explicita-se o plano do trabalho.

A dissertação está dividida em três capítulos. Nos dois primeiros capítulos faz-se um resgate dos fundamentos teóricos dos direitos humanos sob dois ângulos. Um histórico, no primeiro capítulo, referenciado às conquistas em nível legislativo internacional, ou seja, tratando da consolidação da idéia de direitos humanos na comunidade global. Outro filosófico, no segundo capítulo, onde a idéia é resgatar os pressupostos da tradição que contribuem com os fundamentos filosóficos, com predominância para os fundamentos éticos dos direitos humanos.

O último capítulo é pragmático e tem por base a hermenêutica vista sob o enfoque filosófico. Este último capítulo trata especificamente da concretização dos direitos humanos de caráter social e se detém no debate sobre os limites para a efetividade dos direitos sociais e na ligação entre os direitos sociais, a Constituição e jurisprudência, ou seja, no papel do Estado e particularmente do Poder Judiciário diante da baixa efetividade dos direitos sociais.

No desenrolar do tema, o vínculo entre os dois primeiros capítulos e o último é fonte de certa perplexidade, que se explica. Os problemas de inefetividade dos direitos sociais são identificados, na última parte do trabalho, como resultado, entre outras coisas, do predomínio do racionalismo liberal no senso comum jurídico. O formalismo positivista que daí decorre implica prejuízos na concretização dos direitos sociais, porque desvincula o aspecto dinâmico-existencial da norma jurídica e cristaliza os sentidos pretensamente estáticos do texto jurídico. Conseqüentemente, não se poderia recorrer a um fundamento que pretende revelar a essência e a unicidade de sentidos para a interpretação dos direitos sociais, porque, afinal, se interpretar é viver, não é possível objetificar os fundamentos da compreensão: eles são mutáveis segundo as possibilidades que se estabelecem para o sujeito na comunidade viva da linguagem. Como recorrer então ao criticismo kantiano e a seus imperativos categóricos como fundamento ético dos direitos humanos, se ele está inserido no contexto da filosofia da consciência? A resposta é dada pelo existencialismo Heideggeriano que marca a hermenêutica de Gadamer: para interpretar é preciso que se tenha uma compreensão preliminar acerca do que se interpreta, e esses elementos são encontrados na tradição. Então, o resgate dos sentidos da moralidade, formados na tradição filosófica, aparecem como componentes necessários e antecedentes à compreensão do sentido ético dos direitos sociais. Bem lembra Lafer, o valor atribuído à pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, é parte integrante da tradição.⁴

Revela-se no subtítulo do trabalho a intenção da pesquisa: desenvolver um

⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 118.

estudo para a *reconstituição* dos fundamentos éticos dos direitos sociais. Reconstituir tem o sentido de reunir (unir de novo) os elementos que já estiveram unidos na formação de uma idéia, no caso, a de direitos humanos. Mas, além disso, quando se diz que no trabalho de pesquisa se pretende a *reconstituição* dos fundamentos dos direitos sociais, há uma referência a uma extensão do sentido literal pela derivação do termo constituição. Desse modo, com destaque para o último capítulo, discute-se a necessária vinculação dos intérpretes dos direitos sociais aos fundamentos éticos postos na Constituição, de modo que a reconstituição – ou reConstituição – nada mais é do que uma remessa aos fundamentos da lei maior.

Portanto, estes são, em resumo, os objetivos do trabalho: lançar um olhar sobre os elementos que a tradição fornece para a compreensão da dimensão dos direitos humanos e reuni-los numa perspectiva pragmática em que os fundamentos da Constituição sejam observados para a implementação dos direitos sociais.

1. CONSOLIDAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 Evolução normativa dos direitos civis e políticos no plano internacional

1.1.1 Sistemas jurídicos antigos – a gênese do processo de internacionalização e de reconhecimento dos direitos humanos

Ainda que se questione a impositividade de um sistema normativo nascido de uma fonte normativa limitada no plano internacional, isto é, derivado de uma certa nação, um certo povo ou uma certa comunidade, não se pode ignorar que historicamente alguns destes sistemas geraram efeitos para além de suas fronteiras. Certamente, a dúvida a respeito da validade e da eficácia de tais sistemas não está apartada de uma visão impregnada dos dogmas positivistas que passaram a imperar com o racionalismo científico, iniciado nas ciências exatas e expandido para o domínio das ciências sociais. Mais do que isso, o surgimento do Estado moderno, também fruto do racionalismo, acabou por determinar uma concepção de soberania e autodeterminação que aparentemente é incompatível com a aceitação de uma normatividade internacional, ainda que escrita, quanto mais emanada de fonte unilateral.

Explorar estes sistemas significa reforçar a idéia de que uma concepção de direitos humanos mais ou menos universal não só é possível como efetivamente subjaz em diversas culturas. É claro que não se pode desconhecer que as fontes de poder que sustentavam os sistemas internacionais eram diferentes e tinham pressupostos de validade inquestionáveis na sua época, tanto é que prevaleceram, seja pela força ou não. Mas, à par dessa discussão sobre os pressupostos de sustentação, está a gênese do processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos e também a própria formulação do seu conteúdo.

Há dizer ainda que os ideais humanitários foram durante longo tempo invocados somente em relação ao tratamento dos estrangeiros, e mais esporadicamente em relação ao tratamento de indivíduos que faziam parte de minorias étnicas ou de grupos religiosos.⁵ Uma ação internacional específica com vista à promoção de tutelas de proteção ao homem como tal só se verificou após a segunda guerra mundial, com a ruptura representada pelo nazismo.⁶ No entanto, o modo e os limites em que essas proteções vigoraram nas diversas comunidades estão estreitamente ligados à força e ao conteúdo dos ideais humanitários que as fundamentaram, seja na qualidade de princípios de ação política, seja no grau em que encontraram apoio na sociedade.⁷

O primeiro sistema jurídico em que se costuma enxergar um lampejo do processo de gestação dos direitos humanos está ligado à religião. É o monoteísmo hebreu que irrompe uma profunda alteração nas crenças e convicções do mundo antigo.⁸ Embora não tenham sido sempre monoteístas – porque no início de sua história, lavé, ou Jeová, era um entre muitos deuses, e só o desenvolvimento histórico o sobrepôs às outras deidades –, os hebreus foram um dos primeiros povos a sistematizar essa doutrina religiosa. A primeira codificação escrita da religião hebraica é a lei dos dez mandamentos, feita por Moisés.⁹ Considerando sua condição de povo perseguido e discriminado, esta lei constitui, a despeito dos

⁵ BOBBIO, Norberto, et all. *Dicionário de Política*. Brasília: Edumb, 1993, p. 355.

⁶ Ver, neste sentido: ARENDT, Hanah. *Da revolução*; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*.

⁷ BOBBIO, op. cit., p. 355.

⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil*. Desafios à Democracia. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997, p. 20

⁹ Segundo o relato bíblico, Moisés teria recebido as Tábuas da Lei das mãos de Deus ao subir o Monte Sinai, que está situado no sul da península do Sinai, no Egito.

aspectos religiosos, um autêntico código de ética e comportamento social,¹⁰ cujo cumprimento identifica um conteúdo e uma prática voltada aos direitos humanos.¹¹ Provavelmente a maior razão para o surgimento desse embrião foi o sofrimento do povo hebreu. Conforme bem assinala Comparato, "a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, fruto da dor física e do sofrimento moral".¹² Com a proclamação de Davi (996 a.C.) como rei dos hebreus, surgiu o modelo que seria o precursor do Estado de Direito. Foi nesta época que Jerusalém foi escolhida como capital do Estado como forma de unificar as tribos (doze) em que se dividiam os hebreus, localizadas ao norte e ao sul da palestina. Iniciou-se a fase marcada pelo expansionismo militar e pela prosperidade, como fruto de uma política singular. Em contraste com os regimes monárquicos de todos os outros povos do passado e de sua época, o reino de Davi estabeleceu, pela primeira vez na história da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina.¹³ Neste sentido, um direito eminentemente religioso.

Esta postura política nova implica conseqüências necessárias em relação aos direitos humanos. Se a existência de uma ordem natural superior à ordem dos

¹⁰ A versão hebraica da bíblia, um pouco diferente da versão católica, traz os seguintes mandamentos: 1 - Amar a Deus sobre todas as coisas. 2 - Não fazer imagem de escultura, nem semelhança alguma do que há em cima nos céus, nem embaixo na terra, nem nas águas debaixo da terra. Não adorá-las, nem cultuá-las. 3 - Não tomar o nome de Deus em vão. 4 - Guardar o dia de sábado. 5 - Honrar pai e mãe. 6 - Não matar. 7 - Não adulterar. 8 - Não furtar. 9 - Não levantar falso testemunho. 10 - Não cobiçar a casa do teu próximo, nem a mulher do teu próximo.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37

¹² Idem, ibidem.

¹³ Idem, ibidem.

homens é admitida, inclusive pelos governantes, é preciso reconhecer que tal ordem superior não se restringe, ou beneficia, ou se impõe a um só povo ou uma só religião. Ao imaginar um deus único, ele o é para toda a humanidade e sua lei também deve servir a todos os povos, inimigos ou não. Bem observa Travieso, que

Los hebreos respetaron en gran parte los derechos de los extranjeros, y la Biblia lo dice en el Éxodo y en el Levítico en los siguientes pasajes: "Y no angustiareis al extranjero; pues vosotros sabéis como se halla el alma del extranjero, ya que extranjeros fuistes en la tierra de Egipto"; "Y cuando el extranjero morare contigo en vuestra tierra, no le oprimiréis. Como a un natural de vosotros tendréis al extranjero que peregrinare entre vosotros y ámallo como a tí mismo; porque peregrino fuiste en la terra de Egipto."¹⁴

Outra passagem do Levítico retrata a superioridade da lei divina e sua impositividade tanto aos estrangeiros quanto aos hebreus, sem discriminação ou privilégios:

Fala aos filhos de Israel nestes termos: quem ultraja o seu Deus, suportará o castigo do seu delito. Aquele que proferir blasfêneas contra o nome do Senhor, será punido com a morte e toda a congregação o apedrejará. Quer seja estrangeiro, quer seja natural do país, se proferir blasfêneas contra o nome do Senhor, será punido com a morte.

À parte a desumanidade das penas, significativamente cruéis, merece relevo o substrato da afirmação bíblica, onde se podem ver os primeiros traços do direito de igualdade entre os homens, independentemente de suas convicções religiosas ou de raça. Também não se desconhece a instituição da escravidão que vigia à época, de acordo com os costumes e com a organização social (mas não em razão da própria lei mosaica). A diferença se dava exclusivamente em relação à liberdade, tanto é que a escravidão alcançava indistintamente hebreus e estrangeiros. Permaneciam,

assim, protegidos os direitos inerentes à condição humana.

Outro sistema jurídico importante na antiguidade foi o grego. Contrariamente à justificativa de validade do sistema hebraico, que era a religião, o fundamento de validade do sistema grego é a lei escrita emanada da vontade dos homens. O rompimento grego com a tradição é fundamental no desenvolvimento do pensamento ocidental e se baseia fundamentalmente na participação dos cidadãos na elaboração da lei. São lançados, desta forma, os pilares do racionalismo: os gregos procuram o fundamento de validade do sistema jurídico na razão humana e dele extraem não apenas mais um fundamento, mas o mais distinto e importante deles. O pensamento grego foi responsável pelo desenvolvimento da idéia de liberdade política em detrimento da autoridade ilimitada dos governantes. Ao se reconhecer no homem, diga-se em verdade, no cidadão, a qualidade de membro ativo e igual na sociedade, e ao se lhe dar poderes para decidir sobre as leis às quais deveria se submeter juntamente com seus pares, obteve-se o remédio contra os possíveis e efetivos excessos das autoridades. Sem desconsiderar o pensamento pré-socrático, é possível dizer que as primeiras linhas que identificam a racionalidade grega, no campo da liberdade política, são as de Platão, que defende um modelo de democracia ideal. Algumas premissas do seu pensamento são claras, como a necessidade de um governante prudente, sábio e esclarecido, e de que as leis sejam elaboradas com inteligência e sabedoria.¹⁵ Segundo Platão, o legislador é um imitador de Deus e, por isso, tem algo de divino. Aristóteles, discípulo de Platão, também coloca a justiça como o ideal do sistema jurídico-político. Ele a

¹⁴ TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: Heliasta, 1993, p. 26.

classifica em várias espécies, mas acima dela está a equidade, que é melhor que a justiça, é um corretivo da justiça positiva, legal, porque é uma espécie superior de justiça. O valor da razão é expresso na seguinte passagem da *Ética a Nicômacos*, quando trata da proibição do suicídio:

A pessoa que se mata voluntariamente num acesso de forte emoção, agindo desta maneira contraria a reta razão, e isto a lei não permite; ela age portanto injustamente. Mas contra quem? Certamente contra a cidade e não somente contra si mesma, pois ela sofre voluntariamente, mas ninguém sofre uma injustiça voluntariamente. É também por essa razão que a cidade aplica uma penalidade em tais casos punindo o suicida com uma perda relativa de direitos civis, como se ele estivesse agindo injustamente em relação à cidade.¹⁶

Fica bem clara a supremacia da instituição em relação ao indivíduo. O Estado, referido no texto de Aristóteles como "a cidade" – porque a organização política da época era dividida em pequenas cidades-estado –, é o fundamento da justiça porque é considerado o fruto da reunião das vontades dos cidadãos. E isto coloca os cidadãos todos em pé de igualdade em relação uns aos outros. Ressalva-se que a validade das normas de proteção que socorriam os cidadãos e os reconheciam como livres e iguais não tinha total amplitude nem mesmo dentro da sociedade grega. A cidadania não era plena em virtude de situações ou condições humanas consideradas subalternas, como no caso das mulheres, das crianças e dos escravos. Também havia limites, evidentemente, no plano internacional, pois as leis atenienses não eram reconhecidas em Esparta, por exemplo. Mas é significativo o fato de se ter já um projeto acabado e eficaz de reconhecimento da existência de singularidades inerentes ao ser humano que exigiam respeito. Para o estrangeiro,

¹⁵ MACEDO, Sílvio de. *História do Pensamento Jurídico*. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 18.

¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 110.

por exemplo, os gregos criam o direito de asilo e um conjunto de leis que lhe determina direitos e deveres. Em outras palavras, embora as práticas demonstrem que a igualdade e a liberdade pensadas e concretizadas pelos gregos não fossem irrestritas, o grande legado grego está no plano das idéias, o conhecimento.

Finalmente, o sistema jurídico romano, significativo na formação da cultura jurídica ocidental, era dotado de instituições com funções muito bem identificadas e que funcionavam de forma extraordinária. Ressalta-se, no plano da realização, a concepção estóica¹⁷ da natureza, segundo a qual o homem é um cidadão do mundo (*cosmos*) e não mais da *polis*. Neste período, a Grécia está sob o poderio do vasto Império Romano. Caracterizava-se o Estado Romano pela organização e pelo equilíbrio de forças sociais internas. Porém, os direitos pessoais dos indivíduos não possuíam valor absoluto. A escravidão, que considerava o homem como coisa, era instituição incontestável.¹⁸ Aliás, é a escravidão que assegurava as bases do desenvolvimento cultural e político que girava em torno das cidades, na medida em que alimentava uma economia essencialmente agrícola e, conseqüentemente, a aristocracia urbana. No período do direito romano antigo, que vai até 300-250 a.C., não havia ainda uma forte separação entre o direito e a religião. Neste período, no entanto, já surge a Lei das XII Tábuas, uma codificação escrita que tinha o objetivo de atender às reivindicações dos plebeus em relação aos privilégios de que gozavam os patrícios. Logo, trata-se de uma lei que resulta da luta por igualdade de uma parcela da sociedade. Porém, mais importante do que isso, é que a lei é aprovada em comício pela população romana e passa a vigorar em todo o território

¹⁷ Entre os filósofos do estoicismo estão Zenão de Cítio, Cleantes de Assos e Cisipo de Solis na Grécia, e Diógenes, Marco Aurélio, Sêneca, Epíteto e Lucano em Roma.

romano. Esta lei já tangenciava a questão dos direitos humanos. Algumas das previsões são as seguintes: "Se alguém for chamado a Juízo, compareça" (tábua primeira); "O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério" (tábua terceira); "Que não se estabeleçam privilégios em lei. (Ou que não se façam leis contra indivíduos)" (tábua nona); "Aqueles que forem presos por dívidas e as pagarem, gozarão dos mesmos direitos como se não tivessem sido presos; os povos que forem sempre fiéis e aqueles cuja defecção for apenas momentânea gozarão de igual direito" (tábua nona); "Que a última vontade do povo tenha força de lei" (tábua décima primeira).

O estabelecimento do primado da lei é o primeiro passo para a prevenção das injustiças cometidas contra uma parte da população até então desprotegida, que era a plebe. Nesse sentido, a lei deixava de lado o sagrado e passava a exprimir de forma genérica, embora ainda bastante autoritária, normas que serviam e podiam ser consultadas e invocadas por todos, explicitando sua universalidade dentro do território romano.

Mais tarde, no período do direito clássico, que coincide com o maior desenvolvimento e expansão da civilização romana, observa-se a divisão clara entre o direito civil (*ius civile*) e o direito "das gentes" (*ius gentium*). Em Roma, o direito público, bem como o privado, só valia para os cidadãos romanos. Os Estrangeiros (*peregrini*) não eram atingidos pelos direitos nem pelas obrigações estatuídas no *ius civile*. Entretanto, a eles se aplicavam as regras do *ius gentium*. O estrangeiro podia

¹⁸ SODER, José. **Direitos do Homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 22.

adquirir propriedades segundo as regras do direito do seu povo, mesmo em Roma. Também podia fazer testamento, conforme as regras de sua cidade. Somente os *peregrini dediticii*, os inimigos vencidos, cujo direito e independência política não foram reconhecidos pelos romanos, estavam privados do uso de seu direito de origem. Eles se sujeitavam pura e exclusivamente às regras do *ius gentium* romano. Entre os estrangeiros, os latinos tinham uma posição especial. Vizinhos de Roma (*latini prisci*), tinham capacidade jurídica semelhante à dos cidadãos romanos. Tinham o direito de votar nos comícios; podiam comerciar e contrair matrimônio. Com a extensão da cidadania romana a toda a Itália, em 89 a.C., essa categoria de latinos deixou de existir. Como segunda categoria, porém, aparece a dos *latini coloniarii*, que eram os cidadãos das colônias fundadas por Roma e às quais foi dado o *ius Latii*. Estes gozavam da capacidade de ter os direitos privados (*ius commercii* e *ius conubii*), mas não os públicos (*ius suffragii* e *ius honorum*). Essa categoria também desapareceu com a extensão da cidadania a todos os habitantes livres do império, por Caracalla, em 212 d.C. (*constitutio Antoniniana*). Uma terceira categoria de latinos existiu desde a lei *Junia Norbana* (19 d.C.) e sobreviveu às demais.¹⁹

A importância deste sistema jurídico para o estudo dos direitos humanos está no distanciamento da pura arbitrariedade. O Estado não reduzia o homem a simples roda de engrenagem coletiva. Embora não se conhecessem na teoria nem na prática os direitos do homem, o indivíduo vivia relativamente bem e não era objeto de constante exploração pelo Estado, o que se deveu à grandiosa organização da

¹⁹ MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1992.

jurisprudência e às normas constitucionais que regiam o Estado no tempo da República.²⁰

1.1.2 Documentos de maior destaque no estudo dos direitos humanos na Idade Média

1.1.2.1 *Magna Carta Libertatum*

A *Magna Carta Libertatum* é um pacto entre o rei João Sem Terra e os seus 25 barões, assinado em Runnimead em 15 de junho de 1215.²¹ O documento vem sendo considerado como um dos grandes monumentos jurídicos de proteção dos direitos fundamentais, pois prevê profundas limitações ao poder real.²²

A partir do século XI inicia-se um processo de centralização de poder em toda a Europa. Na religião, destaca-se o aumento do poder dos papas, notadamente a partir do papado de Gregório VII (de 1073 e 1085),²³ e na sociedade civil o poder dos reis. Em toda a Europa o poder centralizador dos reis é questionado pelos senhores feudais, principalmente pelo fato de pagarem altos impostos para financiamento das campanhas militares. Na Inglaterra, o resultado da pressão dos Barões foi a invasão de Londres e a imposição da Magna Carta ao rei João Sem-Terra como condição de cessação das hostilidades.²⁴ De modo geral, com o documento, a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por

²⁰ SODER, op. cit., p. 22-3.

²¹ Idem, p. 50-1.

²² LEAL, op.cit. p. 29.

²³ O papa, graças ao *Dictatus Papae*, um documento publicado pelo papa Gregório VII, pretendeu se tornar o supremo e absoluto chefe da Igreja. Segundo o documento, o papa estava acima de todos os homens e ninguém, exceto Deus, poderia julgá-lo. Com isso, o papa considerou-se com direito de exercer as suas prerrogativas, não apenas espirituais, mas também temporais, em toda a Cristandade – inclusive sobre o imperador, podendo confirmá-lo e depô-lo se não se comportasse

franquias ou privilégios estamentais e beneficiavam, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas.²⁵

A Magna Carta é uma declaração que o rei João Sem-Terra faz "aos arcebispos, bispos, bispos, abades, barões, juízes, coiteiros, xerifes, prebostes, ministros, bailios e a todos os seus fiéis súditos".

A inovação mais importante é a instituição de uma autoridade para controlar o cumprimento das obrigações assumidas pelo rei. Ao final do documento é previsto um mecanismo de correção das eventuais transgressões por parte do rei, nos seguintes termos:

(...) desejando que [os barões] possam fruir disto de modo íntegro e completo para sempre, outorgamo-lhes²⁶ a garantia a seguir, a saber, que os barões escolherão vinte e cinco dentre eles, os quais devem, com todo o seu poder, observar, manter e fazer com que sejam observadas a paz e as liberdades que lhes garantimos e confirmamos pela presente carta, de tal maneira que se nós ou nossos juízes, bailios, ou qualquer de nossos servos transgredir qualquer destas cláusulas de paz e segurança, e a transgressão for notificada a quatro dos vinte e cinco barões, esses quatro barões virão à nossa presença, ou perante os nossos juízes se estivermos fora do reino, e, expondo a transgressão, requererão que ela seja imediatamente corrigida. E se não corrigirmos (...), [os barões] juntamente com a comunidade da terra, poderão embargar-nos ou atacar-nos por todas as maneiras ao seu alcance, notadamente, pela penhora de castelos, terras e propriedades, por todos os meios possíveis, sem prejuízo da incolumidade da nossa pessoa e das pessoas de nossa rainha e de nossos filhos, até que, segundo seu parecer, tenha sido reparado o mal (...).²⁷

como bom príncipe cristão. Cf. JOHNSON, Paul. **A História do Cristianismo**. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

²⁴ COMPARATO, op. cit., p. 72.

²⁵ Idem, p. 77.

²⁶ Não obstante a Carta Magna seja uma declaração do rei, é redigida na terceira pessoa do plural. Na tradução para o inglês, disponível o endereço eletrônico <http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm> lê-se, no início da Carta: "*In the first place we have granted to God (...)*".

²⁷ Tradução de COMPARATO, op. cit., p. 84.

O rei também declara proteção aos estrangeiros, garantindo-lhes tratamento humanitário:

Os estrangeiros, mercadores que se encontrarem no Reino ao princípio de uma guerra, serão postos em segurança, sem que se faça o menor dano a suas pessoas ou coisas e continuarão em tal estado até que nós ou nossos magistrados principais se informem de que modo tratam os inimigos ou nossos mercadores: se estes são bem tratados, aqueles o serão igualmente por nós.

Tais princípios, expressos na Magna Carta, aparecem também em outros documentos da época. Assim, a *Bula Áurea*, de André II da Hungria, datada de 1222, determinava no art. 31 que, em caso de violação das suas disposições por parte do rei, os súditos tinham o direito de resistir e contradizer, sem que tal atitude fosse considerada como infidelidade. Trata-se, pois, de uma garantia constitucional de carácter realmente revolucionário, que esteve em vigor até 1687.²⁸

1.1.2.2 *Bill of Rights*

No século XVII, o "Bill of Rights" britânico de 13 de Fevereiro de 1689, resultante da Revolução de 1688, conhecida como Revolução Gloriosa, incorpora duas preocupações principais: limitar o poder do rei à vontade do povo e proclamar alguns direitos fundamentais do indivíduo, como a proibição dos castigos ilegais e cruéis.

O documento é imposto ao Príncipe Guilherme de Orange e à sua mulher, Maria de Stuart, como condição para assumirem o trono da Inglaterra em substituição a Jaime II. A intenção de Jaime II era devolver a Inglaterra ao

²⁸ SODER, op. cit., p. 51.

Catolicismo Romano, o que encontrava grande oposição no Parlamento, composto, em sua maioria, pela nobreza e pelo alto clero. Jaime II caiu em razão da revolução deflagrada em 1688, com o nascimento de um herdeiro do trono, fato que tornava impossível a resolução do conflito por meios legais, com a sucessão natural de Jaime II por Maria, sua filha mais velha e mulher de Guilherme, que era protestante.

O Ato de Reconhecimento (*Act of Recognition*) votado em 1690, depois da aceitação do *Bill of Rights* por Guilherme e Maria, reafirma que a pretensão ao trono não estava fundada nem no direito hereditário nem no direito divino, mas sim decidida pelo Parlamento. Eram derrotados, com isso, não só o princípio de que a monarquia era um direito divino, mas também a lei consuetudinária que regulava a sucessão do trono: afirmava-se assim a onipotência do Parlamento.²⁹

O mais significativo para a história da afirmação dos direitos humanos é que pela primeira vez o regime da monarquia absoluta era minimizado. Nesta senda, o *Bill of Rights* representou a institucionalização da permanente separação dos poderes do Estado, criando, com isso, uma garantia institucional de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.³⁰ As disposições transcritas a seguir demonstram bem a limitação do poder real instituída pelo *Bill*:

Os Lords espirituais e temporais e os membros da Câmara dos Comuns declaram, desde logo, o seguinte:

1. Que é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento.
2. Que, do mesmo modo, é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para dispensar as leis ou o seu cumprimento, como anteriormente se tem verificado, por meio de uma usurpação notória.
3. Que tanto a Comissão para formar o último Tribunal, para

²⁹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998, p. 143.

³⁰ COMPARATO, op. cit., p. 90.

as coisas eclesiásticas, como qualquer outra Comissão do Tribunal da mesma classe são ilegais ou perniciosas.

4. Que é ilegal toda cobrança de impostos para a Coroa sem o concurso do Parlamento, sob pretexto de prerrogativa, ou em época e modo diferentes dos designados por ele próprio.

5. Que os súditos tem direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa.

6. Que o ato de levantar e manter dentro do país um exército em tempo de paz é contrário a lei, se não proceder autorização do Parlamento.

7. Que os súditos protestantes podem ter, para a sua defesa, as armas necessárias à sua condição e permitidas por lei.

8. Que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento.

9. Que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum.

10. Que não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado severas.

11. Que a lista dos Jurados eleitos deverá fazer-se em devida forma e ser notificada; que os jurados que decidem sobre a sorte das pessoas nas questões de alta traição deverão ser livres proprietários de terras.

12. Que são contrárias as leis, e, portanto, nulas, todas as concessões ou promessas de dar a outros os bens confiscados a pessoas acusadas, antes de se acharem estas convictas ou convencidas.

13. Que é indispensável convocar com freqüência os Parlamntos para satisfazer os agravos, assim como para corrigir, afirmar e conservar as leis.

Reclamam e pedem, com repetidas instâncias, todo o mencionado, considerando-o como um conjunto de direitos e liberdades incontestáveis, como também, que para o futuro não se firmem precedentes nem se deduza consequência alguma em prejuízo do povo.

A esta petição de seus direitos fomos estimulados, particularmente, pela declaração de S. A. o Príncipe de Orange (depois Guilherme III), que levará a termo a liberdade do país, que se acha tão adiantada, e esperamos que não permitirá sejam desconhecidos os direitos que acabamos de recordar, nem que se reproduzam os atentados contra a sua religião, direitos e liberdades.³¹

Não obstante o avanço que representou a separação dos poderes e a limitação do poder do rei, o *Bill* foi apenas o início da institucionalização dessas garantias.

³¹ Tradução obtida no endereço eletrônico <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>, em 21.11.2005.

Sim, porque não se tratou de uma carta constitucional à qual se submeteriam todos os poderes do Estado, pelo contrário, os poderes limitados eram apenas os do executivo.

Se trató de un doble y compejo compromiso entre los dos partidos,³² durante tanto tiempo muy distanciados, y entre el Parlamento y el rey. Así, el Parlamento aparecía como vencedor en sus pretenciones en el ámbito de la tasación y de la legislación, y aumentó sus posibilidades de controlar al ejecutivo, dejado en manos del rey, de modo que la monarquía estuviera al servicio de la nación y no se hallara en condiciones de actuar contra sus intereses fundamentales. Pero el Parlamento vencía, y por lo tanto también la expresión de grupos sociales bien determinados: de la misma manera que no fueron abolidos los "borgos podridos", para una mayor racionalización del sistema electoral tampoco tuvo lugar la separación entre la Iglesia y el Estado, dejando así a la Iglesia anglicana en una posición de hegemonia em la vida política.³³

Finalmente, há necessidade de fazer uma observação quanto à influência da doutrina do direito natural. O final da declaração se refere a "direitos que acabamos de recordar", de modo que pressupõe a preexistência desses direitos, repetindo a concepção antiga da existência de direitos não escritos.

1.1.3 As Declarações de Direitos Humanos Americana e Francesa

1.1.3.1 A Declaração de Independência dos Estados Unidos³⁴

A Declaração de Independência dos Estados Unidos é precedida da Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, inspirada pelos mesmos preceitos. Esta declaração, de 12 de junho de 1776, é a primeira que marca a transição de direitos e

³² O autor se refere aos partidos Whig e Tory.

³³ MATTEUCCI, op. cit., p. 145.

³⁴ Quando os novos Estados americanos, em 1787, substituem por uma Constituição Federal os "Articles of Confederation", pelos quais se haviam unido após a independência, o documento não

liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.³⁵ Efetivamente, é a primeira que se pode considerar moderna.³⁶ Embora, ela não faça menção a direitos do homem genericamente, mas a direitos que os representantes do povo da Virgínia pretendem garantir para si e para seus pósteros,³⁷ esse documento constituiu o padrão para os demais Estados americanos e para a própria Declaração de Independência.

Fábio Konder Comparato identifica três características essenciais da sociedade americana que contribuíram para o desencadeamento da Independência dos Estados Unidos e inspiraram as Declarações de Independência, entre elas a Declaração da Virgínia.³⁸

A primeira e mais importante é a cidadania igualitária. Não se reproduziu, na América, a estrutura estamental da sociedade europeia: os colonos organizaram-se essencialmente em uma sociedade burguesa, cuja diferenciação se dava exclusivamente em função da riqueza, não obstante a instituição da escravatura no sul. A supressão dos privilégios estamentais, com a livre circulação de bens num mercado unificado, representou um dos mais importantes estímulos ao desenvolvimento da economia capitalista.³⁹ Conseqüentemente, a sociedade não se via de forma estratificada.

trazia em seu bojo uma declaração de direitos. Contudo, a omissão foi reparada pelas primeiras dez emendas, votadas em 1789 e vigentes a partir de 15 de dezembro de 1791.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 50.

³⁶ LEAL, op. cit., p. 32.

³⁷ Cf. SODER, op. cit., p. 88. Tanto é que o preâmbulo da declaração é o seguinte: "*A declaration of rights made by the representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free Convention; which rights do pertain to them, and their posterity, as the basis and foundation of government*" (sem grifos no original).

³⁸ COMPARATO, op. cit., p. 95-8.

³⁹ Idem, ibidem.

As outras características culturais americanas decorrem da idéia de igualdade que prevalecia na sociedade. São a defesa das liberdades individuais e a submissão do governo ao consentimento popular.⁴⁰

Como bem lembra Hanah Arendt, diferentemente da Revolução Francesa, na Revolução Americana a defesa do ideal de liberdade prevaleceu porque a igualdade era uma realidade social. Ou seja, não havia miséria aos olhos dos revolucionários. Embora pobreza houvesse, não havia o estado de necessidade absoluto e a escassez. O problema era de ordem política, de participação no governo, e não de ordem social. A mola propulsora da revolução, então, foi a necessidade de autopreservação dos interesses próprios dos trabalhadores, o que só foi possível identificar porque a miséria não era vista.⁴¹

A concepção jusnaturalista, fruto da doutrina contratualista, principalmente de Locke e Rousseau, é a inspiradora do movimento de independência. Ela está nitidamente estampada no primeiro artigo da declaração da Virgínia, com as expressões "by nature" (por natureza) e "inherent rights" (direitos inerentes).⁴²

That all men are *by nature* equally free and independent, and have certain *inherent rights*, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety. (Sem grifos no original).

Os legisladores da Virgínia não quiseram criar algo revolucionário. Queriam manter a liberdade de que desfrutavam, garantindo-a juridicamente e defendendo-a

⁴⁰ Idem, *ibidem*.

⁴¹ ARENDT, Hanah. ***Da Revolução***. São Paulo: Editora Ática, 1988.

⁴² SODER, op. cit., p. 90.

contra quaisquer ataques. Ao constituírem, porém, o Estado, criando-o do nada, puderam realizar uma constituição original, em que o Estado existe para o homem e não o contrário. Querendo tornar o indivíduo imune a quaisquer opressões, mesmo provindas de constituições posteriores, assinalaram que aqueles direitos que consideravam inerentes ao homem, provindos de sua natureza, eram supra-estatais e, por isso, pré-constitucionais.⁴³

A Declaração da Independência dos Estados Unidos é feita em 04 de julho de 1776, apenas algumas semanas depois da da Virgínia, e reúne os treze Estados federados. Daí resulta o seu caráter universalista, que está ausente da Declaração da Virgínia. Elaborada por Thomaz Jefferson, a Declaração proclama, em sua primeira parte:

Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário um povo dissolver laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação.

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.⁴⁴

O documento representa o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação dos poderes

⁴³ Idem, p. 88.

governamentais e o respeito aos direitos humanos.⁴⁵ A própria idéia de se publicar uma declaração das razões no ato de independência, por "respeito digno às opiniões dos homens", constituiu uma novidade absoluta. Doravante, juízes supremos dos atos públicos deixavam de ser os monarcas, ou os chefes religiosos, e passavam a ser todos os homens indiscriminadamente.⁴⁶

Também na Declaração de Independência dos Estados Unidos se repete a inspiração jusnaturalista da Declaração da Virgínia. A Declaração é dirigida a todos os homens e reconhece que todos "foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis".

A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentes de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.⁴⁷

1.1.3.2 A Declaração de Direitos Humanos Francesa

A Assembléia Nacional Constituinte da França aprovou, em 26 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A Declaração Francesa é inspirada na Americana, de 1776, e, como não podia deixar de ser, nas idéias do Iluminismo europeu. A declaração tem dezessete artigos e um preâmbulo, que sistematizam e resumem os ideais liberais da primeira fase da Revolução

⁴⁴ Versão traduzida oficialmente pela Embaixada dos Estados Unidos no Brasil, disponível no endereço eletrônico <http://www.embaixada-americana.org.br>, acesso realizado em 25.11.2005.

⁴⁵ COMPARATO, op. cit., p. 95.

⁴⁶ Idem, p. 102.

⁴⁷ Idem, p. 103.

Francesa.⁴⁸ O documento, que constituiu um marco na positivação dos direitos humanos na modernidade, serviu de inspiração para as constituições francesas de 1848 e para a atual e foi base da Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada pela ONU em 1948.

O preâmbulo enuncia o seguinte:

Os representantes do Povo Francês constituídos em Assembléia Nacional, considerando, que a ignorância o olvido e o menosprezo aos Direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolvem expor numa declaração solene os direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente a todos os membros do corpo social, permaneça constantemente atenta a seus direitos e deveres, a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo possam ser a cada momento comparados com o objetivo de toda instituição política e no intuito de serem pôr ela respeitados; para que as reclamações dos cidadãos fundamentais daqui pôr diante em princípios simples e incontestáveis, venham a manter sempre a Constituição e o bem-estar de todos.

Em consequência, a Assembléia Nacional reconhece e declara em presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão.⁴⁹

E nos primeiros artigos declara a igualdade e a liberdade intrínsecas do homem, renovando a afirmação da filosofia do direito natural.

I – Os homens nascem e permanecem iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundamentadas na utilidade comum.

II – A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis ao homem.

Como já exposto anteriormente, a idéia de que a salvação da humanidade está no respeito e na proteção aos direitos humanos já havia sido enunciada no final do

⁴⁸ A declaração foi reformulada durante o processo revolucionário, resultando numa segunda versão, de 1793.

⁴⁹ Tradução obtida no endereço eletrônico www.dhnet.org.br, em 29.11.2005.

século XVII na Inglaterra (com o *Bill of Rights*) e também nos Estados Unidos, por ocasião da Declaração da Independência. Mas, enquanto a declaração americana expressa antes de tudo uma vontade de descolonização e independência nacional, ou seja, a luta pelo ideal de liberdade em relação ao colonizador, a declaração francesa de 1789 comporta uma dimensão mais universal, já que ela propõe libertar não os franceses de uma potência estrangeira, mas o próprio ser humano de qualquer servidão – e em particular o cidadão francês do absolutismo.⁵⁰

Evidentemente, não se podem fechar os olhos para o perfil liberal dos direitos consagrados na declaração, tanto é que não se vê preocupação com as condições materiais da concretização das garantias positivadas. Mas a contribuição à disseminação dos direitos humanos não deixa de ser notória, dadas as condições históricas em que o documento veio a lume.

A diferença da Revolução Francesa em relação à Revolução Americana é que nesta o sofrimento decorrente da pobreza não teve influência, de modo que foi possível admitir a existência de uma pluralidade de motivações políticas incabível no contexto europeu. A pluralidade não era possível na França porque o estado de necessidade da imensa maioria da população era único e as aspirações eram as mesmas.⁵¹ As necessidades mais naturais, mais humanas, de sobrevivência, sobrepujaram-se às querelas políticas e formavam um amálgama social que só pôde se movimentar em direção à revolução, tendo à frente a burguesia.

⁵⁰ AGI, Marc. **René Cassin, père de la Déclaration universelle des droits de l'Homme**. Paris: Livraria Acadêmica Perrin, 1998. Texto disponível no endereço eletrônico: <http://www.france.org.br/abr/label/label34/cassin.html>, consultado em 28.11.2005.

⁵¹ ARENDT, op. cit.

A Declaração dos Direitos do Homem, como conseqüência, acabou sendo uma declaração dos direitos inerentes à natureza do homem e não à sua posição política, ao contrário da Declaração de Direitos Americana, que instituiu direitos de proteção da pessoa contra o poder político.⁵² Com efeito, na famosa tríade, liberdade, igualdade e fraternidade, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário francês.⁵³

Vigorava, até então, a divisão social por estamentos, de acordo com a organização feudal. Os três estamentos eram o clero, a nobreza e o restante da população sem uma designação definitiva e, por isso mesmo, chamado "terceiro estamento". Neste último grupo se destacava a burguesia, pela riqueza originária do incremento do comércio e do desenvolvimento dos burgos, os entrepostos comerciais que se estabeleceram na rota das mercadorias.

A situação política do *Ancien Régime*, com a desordem econômica, havia levado o país ao abismo. As liberdades fundamentais, pelas quais bradavam desde tempos os anseios da maioria da população, achavam-se espezinhadas. A desigualdade de classes era um insulto contínuo à natureza do homem e à sua dignidade. Tudo isso exigia mudança, que só foi alcançada através da revolução.⁵⁴

Naquele momento histórico, o clero e a nobreza não tinham legitimidade para reivindicar para si a soberania, porque se mantinham apegados a privilégios históricos que oprimiam o povo humilde e restringiam a liberdade econômica dos

⁵² Idem, *ibidem*.

⁵³ COMPARATO, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁴ SODER, *op. cit.*, p. 99.

burgueses.⁵⁵ Logo, foram estes que tomaram a frente na revolução.

Porém, não se tratava de criar um novo mundo, como se pretendeu na América. Era imperioso preservar a tradição, renovando as práticas, removendo os abusos. E é precisamente por isso que a declaração francesa está mais preocupada com a garantia de direitos, de forma abstrata e geral, do que com a instituição de um novo regime político.

Ela representa o fim do antigo regime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais. Mas, em relação ao futuro, o caráter abstrato e geral das suas fórmulas tornou a Declaração de 1789 uma "espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política em mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos".⁵⁶

1.1.4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da ONU

O *Bill of Rights*, a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa são a base da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Este documento representa a consolidação, no plano internacional, dos direitos humanos. Ele inaugura uma nova fase no plano da normatividade internacional. Embora outros documentos tenham sido assinados anteriormente em nível internacional, como a Convenção de Genebra de 1864 sobre os direitos de guerra, a Convenção de Genebra de 1926 sobre a escravatura e a Carta das Nações Unidas, entre outros, todos eles de importância

⁵⁵ Idem, p. 137.

⁵⁶ Idem, p. 146.

nada desprezível, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos que marca o auge do processo de reconhecimento, na humanidade, do valor único do homem, sua dignidade e igualdade.

A Declaração é fruto do trabalho da Comissão para os Direitos do Homem, criada por força do artigo 68 da Carta das Nações Unidas, que se reuniu pela primeira vez em janeiro de 1947. O grupo responsável pela redação era composto pelo Presidente, pelo Vice-Presidente e pelo Relator da Comissão, mais tarde alargado para um Comitê, que iniciou os trabalhos de redação em junho de 1947. A base da redação foi um projeto elaborado pelos professores René Cassin e Eleanor Roosevelt. Após as discussões na Comissão dos Direitos Humanos, na reunião realizada em dezembro de 1947, e após a remessa do texto aos Estados Membros, a Comissão aprovou a Declaração em julho de 1948, decidindo enviá-la ao Conselho Econômico e Social, ao qual estava vinculada. Posteriormente, a Declaração foi aprovada pelo Conselho em Assembléia Geral e encaminhado à Sessão Plenária, onde foi aprovada em 10 de dezembro de 1948. Na votação em separado, artigo por artigo, vinte e cinco foram aprovados por unanimidade e cinco por maioria. Na votação em conjunto foram 48 votos a favor e oito abstenções.

Motivada pela necessidade de se evitar o horror e a violência que reinaram na primeira metade do século, sobretudo pela barbárie da Primeira Guerra Mundial e pelas atrocidades cometidas durante a Segunda, a Declaração proclama a igualdade a todos os seres humanos e lhes reconhece direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Não há dúvida de que foi a experiência terrível das duas guerras mundiais que levou os líderes políticos das grandes potências vencedoras a criarem, em 26 de junho de 1945, em São Francisco, a ONU (Organização das Nações Unidas) e a lhe confiarem as tarefas de evitar uma terceira guerra mundial e de promover a paz entre as nações. Consideravam que a promoção dos “direitos naturais” do homem fosse a *conditio sine qua non* para uma paz duradoura. Por isso, um dos primeiros atos da Assembléia Geral das Nações Unidas foi a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo primeiro artigo reza o seguinte:

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

Os redatores tiveram a clara intenção de reunir, numa única formulação, as três palavras de ordem da Revolução Francesa de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade. Desta maneira, a Declaração Universal reafirma o conjunto de direitos das revoluções burguesas (direitos de liberdade, ou direitos civis e políticos) e os estende a uma série de sujeitos que anteriormente estavam deles excluídos (proíbe a escravidão, proclama os direitos das mulheres, defende os direitos dos estrangeiros, etc).⁵⁷ Consagra, conseqüentemente, o princípio da universalidade dos direitos humanos.

Além da universalidade, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade dos direitos humanos, ao conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais, combinando o discurso liberal e o discurso social da cidadania e conjugando o valor da liberdade ao valor da

igualdade. Até o surgimento da Declaração havia forte dicotomia entre o direito à liberdade e o direito à igualdade. As declarações de direitos Francesa e Americana eram eminentemente liberais, constituídas na ótica contratualista burguesa, pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão. Frente ao Absolutismo, era necessário evitar os excessos, os abusos e o arbítrio do poder. Nesse contexto, os direitos humanos apresentavam-se como limitadores da atuação do Estado. Daí o primado do valor da liberdade, com a supremacia dos direitos civis e políticos e a ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse da intervenção do Estado.⁵⁸

Após a Primeira Guerra Mundial, o discurso social da cidadania, inspirado pelo pensamento marxista-leninista, dá origem à Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1917. Do primado da liberdade transita-se ao primado do valor da igualdade.⁵⁹ O Estado Social, surgido da revolução, é uma tentativa de adaptar o Estado tradicional, burguês, à realidade da civilização industrial e pós-industrial. Estas adaptações foram uma mudança de tendência que buscava regular espaços parciais da sociedade para, depois, vir a se materializar num processo de generalização, integração e sistematização.⁶⁰ Em outras palavras, o Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado se converte em direito

⁵⁷ TOSI, Giuseppe. *História e atualidade dos Direitos Humanos*. Texto disponível em: <<http://www.espdh.hpg.ig.com.br/texto1.html>>. Acesso em 29.11.2005.

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas*. In Baldi, César Augusto (org). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50.

⁵⁹ Idem, p. 51-2.

à atuação estatal, com a emergência dos direitos a prestação social. A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da República Soviética Russa de 1917, bem como as Constituições sociais do início do século XX (ex.: Constituição de Weimar de 1919, Constituição Mexicana de 1917, etc.), primaram por conter um discurso social da cidadania, em que a igualdade era o direito basilar, e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto.⁶¹

Esta contraposição de visões ficou clara na discussão acerca do que se deveriam considerar direitos fundamentais quando da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O bloco oriental, comunista, pretendia que se desse primazia aos direitos econômicos e sociais, porque no modo de pensar comunista a coletividade precede ao indivíduo e os direitos deste surgem no meio da coletividade, por ela são definidos e dela dependem totalmente. O ponto de vista ocidental parte da dignidade do indivíduo e seu valor e, tendo em vista esta premissa, integra-o ao grupo social.⁶² Foi da convergência desses pensamentos que se obteve o casamento dos ideais no texto da Declaração.

Considerando esse contexto, a Declaração de 1948 introduz extraordinária inovação, ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração Universal passa a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21), como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28).⁶³

⁶⁰ GARCÍA-PELAYO, Manoel. *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 18-9.

⁶¹ PIOVESAN, op. cit., p. 52.

⁶² SODER, op. cit., p. 210.

⁶³ PIOVESAN, op. cit., p. 52.

Não obstante a tremenda importância do conteúdo da Declaração, o relevo maior se deve à significação do seu alcance internacional. Não se trata de um documento que impõe obrigações aos Estados Membros e, por isso mesmo, discutiu-se muito sobre sua validade jurídica.⁶⁴ Discussão à parte, o documento, assinado pelos Estados Membros e proclamado pelo Plenário da Assembléia das Nações Unidas, tem um escopo maior do que os tradicionalmente aceitos no direito internacional. E efetivamente ele é diferente pelo seu caráter de generalidade e pela convergência, em um único documento, de concepções sobre as garantias fundamentais do homem em âmbito mundial. Um documento com esta envergadura não se prende a formalismos e a enquadramentos estanques, porque é único.

No tocante ao seu conteúdo propriamente dito, a Declaração consta de 30 artigos, além do seu preâmbulo. As normas de caráter geral aparecem nos dois primeiros artigos, que "contém as noções fundamentais de caráter filosófico que constituem o cerne dos direitos do homem na cultura ocidental"⁶⁵ e também nos artigos 29 e 30, que prevêm, respectivamente, a restrição ao abuso do direito e a prevenção de interpretações contrárias aos interesses manifestados na Declaração.

Os demais artigos podem ser classificados em três grupos: o dos direitos civis, que prevêm a garantia do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e, de modo geral, a proteção contra os abusos do poder estatal (artigos 3º a 20); o segundo grupo é o dos direitos políticos, descrito no artigo 21, que prevê a

⁶⁴ COMPARATO op. cit., p.223-5 entende que a Declaração é, tecnicamente, uma recomendação, na forma do artigo 10 da Carta das Nações Unidas. SODER (op. cit., p. 219-20) por sua vez, entende que a Declaração não é um documento formalmente legal, mas tem mais força do que um simples valor moral. Defende este autor que a Declaração constitui categoria à parte, opinião com a qual concordamos.

⁶⁵ SODER, op. cit., p. 205.

possibilidade de participação dos indivíduos nos governos e a vontade popular como pressuposto de legitimidade do poder público; por fim, os direitos econômicos e sociais estão previstos nos artigos 22 a 27, e prevêem a possibilidade de participação ativa do cidadão na vida econômica e cultural de seu país, além de condições justas de trabalho, educação, saúde e bem estar.

O aprofundamento dos direitos enunciados na Declaração Universal foi feito posteriormente, com as aprovações da Convenção sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais e da Convenção sobre os Direitos Civis e Políticos.

1.2 Consolidação dos Direitos Sociais no Plano Normativo Internacional

Os direitos consagrados nos documentos e sistemas jurídicos analisados no capítulo anterior são predominantemente direitos de caráter individual. Protegem a pessoa em relação às ameaças do meio social e em relação ao governo. Conforme se pode ver no próximo capítulo, a fundamentação desses direitos é calcada na filosofia do iluminismo, que pretende reconhecer, com o jusnaturalismo, condições e características intrínsecas que distinguem a pessoa de todos os demais seres vivos, o que lhe garante direitos decorrentes da condição humana. Direitos, pois, concebidos como inerentes ao homem, que sobrelevam sua dignidade a um patamar superior.

Contudo, a este catálogo consagrado de direitos vieram anexar-se direitos outros, decorrentes do aumento da complexidade social dada pelo desenvolvimento de tecnologias. Assim, é a revolução industrial, juntamente com as circunstâncias que lhe antecederam, a responsável pelo surgimento, ou mais precisamente pelo

reconhecimento, no plano normativo, de direitos que buscam mais do que proteger a pessoa, que procuram assegurar condições de subsistências minimamente dignas.

Os direitos sociais, assim denominados estes direitos, marcam a evolução da concepção individualista com o reconhecimento da condição social da pessoa. Mais do que um ser isolado, o indivíduo só se torna efetivamente humano e pode alcançar a dignidade em sociedade. Nesta condição devem-se lhe reconhecer direitos como membro de uma comunidade humana.

Resquícios desses direitos podem ser encontrados em quase todos os documentos analisados no capítulo precedente e, de forma mais marcante, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Porém, nenhum deles coloca os direitos sociais no mesmo plano dos direitos civis e políticos. Foi só com o desenvolvimento da indústria e o conseqüente agravamento das condições sociais dos operários que o problema dos direitos sociais veio à tona. Sim, porque o aviltamento da condição humana demonstrou que a simples garantia de direitos individuais não era suficiente para sua implementação. Deixar o indivíduo à mercê da própria sorte significou a decadência, no plano individual, da dignidade que lhe era reconhecida como inerente. Efetivamente, porque faltavam as condições mínimas de implementação da igualdade. Sem estas condições mínimas tornou-se claro que não se podia reconhecer a dignidade de pessoa da mesma forma em relação a todos os indivíduos, porque nem todos podiam desfrutar igualmente dos direitos asseguradores dessa dignidade. Assim, como afirma Soder,⁶⁶ os direitos de caráter social não passam de uma aplicação dos direitos do indivíduo ao aspecto

⁶⁶ SODER, op. cit. p. 107.

social que necessariamente acompanha a vida do homem, e que se tornara crítico devido às circunstâncias econômico-sociais.

Quer dizer, o indivíduo exaltado pelo liberalismo não é o indivíduo real, empírico, considerado na condicionalidade de sua existência concreta, mas o indivíduo abstrato, erradicado da vida real, conceitualmente igual a todos os indivíduos, sem quaisquer diferenças decorrentes da posição social ou econômica.⁶⁷

Não há dúvida de que a evolução normativa em direção aos direitos sociais é concomitante ao surgimento das teorias socialistas, tendo por apogeu o Manifesto Comunista de Marx e Engels, de 1848.

Os principais documentos legislativos inspirados na doutrina socialista são abordados a seguir. Os dois primeiros, a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição de Weimar (1919), cristalizam os princípios de proteção dos direitos dos trabalhadores ainda no plano interno, não obstante tenham influenciado sobremaneira as constituições de inúmeros outros países. Contudo, o apogeu, até aqui, da normatividade internacional em termos de direitos sociais só se deu com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, abordado na seqüência.

1.2.1 A Constituição Mexicana de 1917

A Constituição promulgada em 1917 no México representa o auge do movimento revolucionário iniciado em 1910 e é a primeira a elevar os direitos sociais

ao nível constitucional.

A Revolução Mexicana eclode em 1910, após as eleições presidenciais em que o General Porfírio Díaz Morí, que governava desde 1876, consegue reeleger-se após mandar prender seu adversário, Francisco Madero. Madero era partidário de reformas sociais que iam de encontro à política de exploração da classe trabalhadora que até então vigorava. A ditadura de Porfírio Díaz era apoiada no capital estrangeiro e na exploração da grande massa camponesa. O capital estrangeiro dominou a exploração energética, mineral e petrolífera, controlou bancos, indústrias e estradas de ferro. E a exploração da massa camponesa se dava na base da concentração de terras em mãos de latifundiários, o que ocorreu pela extinção das terras comunitárias de origem indígena.

O opositor Madero consegue fugir e convoca, do exílio, um levante armado que culmina na renúncia de Díaz cinco meses após as eleições.

Depois da renúncia, formou-se um governo provisório e, em 1911, Madero assume a presidência. No entanto, Madero não consegue manter-se no poder por muito tempo em razão dos conflitos que não cessavam. Pancho Villa, no norte, e Emiliano Zapata, no sul, lideravam grandes massas de camponeses e pregavam a reforma agrária. A consequência dessa insurreição popular foi o golpe de estado do general Victoriano Huerta, em 1913, derrubando Madero.

Mais tarde, o governador do Estado de Coahuila, Venustiano Carranza, formou

⁶⁷ VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito*. Direitos Individuais e Direitos Sociais. São Paulo: LTr, 1979, p. 121.

o Exército Constitucionalista com vista a pacificar o país, pois o golpe de Huerta só aumentou os conflitos populares, mesmo porque o golpista era um dos partidários da ditadura de Porfírio Díaz. Carranza tenta então atender às demandas sociais numa nova Constituição, que vem à lume em 05 de fevereiro de 1917.

Como já se disse, a Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a elevar ao nível constitucional os direitos sociais, a par dos direitos civis e políticos. O ênfase estava na proteção dos trabalhadores, tanto é que inspirou a legislação trabalhista de inúmeros países, entre eles o Brasil, principalmente em relação ao direito sindical.

A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm uma dimensão social só veio a se afirmar no primeiro pós-guerra e nos Estados Unidos essa dimensão continua sendo largamente contestada.⁶⁸

Ideologicamente a Constituição mexicana de 1917 é inspirada no pensamento socialista anárquico de Mikhail Bakunin e tem suas bases inscritas no manifesto de 1906 do grupo *Regeneración*, liderado por Ricardo Flores Magón. A defesa da descentralização do poder e do antiautoritarismo estão marcadas no documento de 1906, que prega a proibição de reeleição do presidente, a diminuição do poder da igreja, a expansão da educação pública e a proteção dos trabalhadores. Embora o ideal anarquista inspirasse a revolução, a Constituição de 1917 acabou centralizando o poder com a criação do partido Revolucionário Institucional em 1929.

⁶⁸ COMPARATO, op. cit. p. 174.

Não obstante as limitações que a Constituição Mexicana encontrou para se tornar efetiva e concretizar mudanças significativas na sociedade – principalmente porque a economia mexicana era predominantemente agrícola e os direitos sociais trabalhistas alcançavam os trabalhadores das indústrias⁶⁹ –, ela representou a primeira reação contra a mercantilização do trabalho, proibindo sua sujeição às leis de oferta e procura no mercado. Foi este documento que lançou as bases do moderno Estado Social de Direito, deslegitimando as práticas de exploração mercantil do trabalho e, portanto, da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer sob a invocação da liberdade de contratar.⁷⁰

O artigo 123 da Constituição Mexicana elenca as bases mínimas de proteção do trabalho. Entre outros direitos garantidos estão: instituição da jornada diurna máxima de oito horas e jornada noturna máxima de sete horas; proibição de trabalho a menores de 12 anos e jornada máxima de seis horas para menores de 16 anos; folga semanal; condições de trabalho especial para mulheres grávidas, incluindo proibição de trabalhos que demandam esforço físico, descanso de um mês após o parto e garantia de emprego; salário mínimo e participação nos lucros; proibição de discriminação; proteção do salário contra credores; responsabilização dos empresários por acidentes de trabalho; obrigação de manter condições de higiene e saúde nos estabelecimentos industriais; garantia do direito de associação, inclusive sindical; direito de greve; criação de Juntas de Conciliação e Arbitragem para resolução de conflitos entre patrões e empregados; instituição de indenização compensatória pelo rompimento injustificado do contrato de trabalho; preferência dos

⁶⁹ Idem, p. 176.

⁷⁰ Idem, p. 177.

créditos trabalhistas sobre outros de natureza diversa; nulidade dos contratos que contrariam as condições mínimas estabelecidas na Constituição; proibição de renúncia do trabalhador aos direitos consagrados em seu favor; incentivo à criação de caixas de previdência social e de cooperativas destinadas à construção de casas para os trabalhadores.

1.2.2 A Constituição Alemã de 1919

A Constituição elaborada na cidade alemã de Weimar condensa tendências e forças políticas da época. Entre os principais representantes dos debates políticos estavam o socialista Hermann Heller, o liberal Carl Schmitt e o democrata Rudolf Hilferding.

Desse modo, votada após a derrota na primeira grande guerra, sem que estivessem claros os novos valores sociais, a Constituição não podia deixar de apresentar ambigüidades e imprecisões.⁷¹ O fracasso na guerra e a grande quantidade de mortos e desaparecidos foram responsáveis pela superação dos valores tradicionais que vigoravam na sociedade dominada pelo império alemão. Efetivamente, logo após o término da guerra, começa um levante social contra os poderes do imperador. Como consequência, o Kaiser Guilherme II abdica do trono e é proclamada a República em 09 de novembro de 1918, pelo Ministro Philip Scheidemann, com a formação de um governo provisório.

Sob o governo provisório elege-se um congresso de representantes das

⁷¹ Idem, p. 185.

províncias imperiais e este congresso aprova a convocação de uma assembléia constituinte, que é eleita e instalada em 06 de fevereiro de 1919. Os trabalhos são concluídos e a Constituição é aprovada em 31 de julho, com 272 votos a favor, 75 contra e várias abstenções.⁷²

Na elaboração da Constituição de Weimar, os representantes da esquerda e da direita se contrapõem na defesa dos princípios que deveriam orientar o novo estado alemão. Conseqüentemente, o projeto constitucional tenta conciliar um programa reformista, mas conservador, para a sociedade, e rupturista no aspecto institucional.

Entrava em crise o velho modelo constitucional liberal diante da falência do Estado Liberal, e abria-se espaço para o nascimento do Estado Social. O fruto da obra dos juristas que tentavam interpretar este momento histórico é um texto rude e imperfeito, do qual, entretanto, resultaram as diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social.⁷³

A Constituição de Weimar tem duas partes principais. Na primeira estão traçadas as linhas de delimitam a formatação do Estado, sua organização e funcionamento. Na segunda estão lançados os valores que orientam a atuação do Estado. É nela que se consagram os direitos civis e políticos (primeira seção) e, ao seu lado, os direitos sociais. A grande inovação em termos constitucionais está justamente em colocar as abstenções clássicas devidas pelo Estado Liberal ao lado de obrigações positivas, de atuação no campo social.

⁷² Idem, p. 187-8.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 207-8.

A segunda parte da Constituição alemã de 1919 começa no artigo 108 e estabelece "os direitos e obrigações básicas dos alemães". Está dividida em cinco seções principais, relativas: 1) aos direitos dos indivíduos; 2) à vida em comunidade; 3) à religião e aos direitos de grupos religiosos; 4) à educação e à escola; 5) à economia; além de mais uma seção de disposições transitórias e finais.

Na segunda seção, a constituição garante a proteção da família e a igualdade dos sexos (art. 119); igualdade dos filhos legítimos e ilegítimos (art. 121); a proteção da juventude (art. 122); o direito de formação de associações e de seu funcionamento legal (art. 123); a proibição de discriminação de acesso aos cargos públicos (art. 126). Na terceira seção se garante a liberdade de crença e de culto religioso (arts. 135-41). Na quarta seção, que trata da educação e se traduz numa das mais importantes inovações da constituição alemã, garante a obrigatoriedade e a gratuidade da educação (art. 145); a pluralidade de pensamento e a proibição da discriminação das crianças com relação à sua posição na sociedade (art. 146). Por fim, na quinta seção, que trata dos direitos econômicos, a Constituição de Weimar subordina a vida econômica e a liberdade individual aos princípios da justiça social (art. 151); nestes termos, grifa que a propriedade obriga e que ela deve atender ao interesse comum (art. 153); a força de trabalho é protegida pelo Estado (art. 157); é garantida a liberdade de associação e proibida qualquer medida que limite esta liberdade (art. 159); cria um sistema público de seguro social (art. 161); prevê uma legislação de regulação mínima do trabalho (art. 163); participação de trabalhadores nos conselhos das empresas (art. 165).

Embora todo o avanço legislativo da Constituição alemã de 1919, não se pode

deixar de lembrar que a par da consagração dos direitos sociais ela abriu um espaço de legalidade para o surgimento do nazismo ao atribuir poderes praticamente ilimitados ao presidente da República na redação do artigo 48.⁷⁴

1.2.3 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais surge ao lado do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, em 1966. Esta divisão dos direitos humanos decorre do embate entre as idéias do liberalismo e do socialismo que vigiam com toda a força durante a guerra fria. A solução foi conciliada. Em lugar de um pacto único, muito mais lógico, recorreu-se a dois pactos com o mesmo nível de importância. A discordância residia principalmente em torno da exigibilidade dos direitos humanos de caráter social. Do lado liberal se defendia a programaticidade desses direitos, ou seja, de que estariam dentro do âmbito de deliberação de cada Estado Membro e, portanto, só seriam exigíveis quando consagrados na legislação interna. Do lado socialista defendia-se a exigibilidade imediata enquanto complemento necessário da efetividade dos direitos humanos.

A articulação dos dois pactos se deu através dos preâmbulos, que dispõem conjuntamente:

"(...) Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e

⁷⁴ Em tradução livre, o art. 48 estabelecia que quando no Império (Reich) alemão se hajam alterado gravemente, ou estejam em perigo, a segurança e a ordem públicas, o Presidente poderia adotar as medidas necessárias para o estabelecimento das mesmas, inclusive com a ajudada da força armada, se necessário.

políticos, (...)."⁷⁵

Costuma-se afirmar que o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres para os Estados-membros, enquanto o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos estabelece direitos para os indivíduos.⁷⁶ Como se poderá ver adiante, esta concepção é restrita, porque a concretização dos Direitos Civis e Políticos, para a grande maioria da população mundial, depende em grande parte da implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁷⁷ Em que pese uma certa limitação, este pensamento demonstra que os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se traduzem em medidas positivas que efetivamente dependem de uma atuação estatal.

Na Parte I o Pacto repete as disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, reafirmando o direito dos povos à autodeterminação e a soberania sobre as riquezas do seu território.

A necessidade de implementação dos direitos previstos no Pacto é evidente e conta com previsão expressa na Parte II. Talvez a norma mais relevante seja a disposição do artigo segundo, que dispõe que cada Estado-Parte 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

⁷⁵ No preâmbulo do Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos está disposto na seguinte ordem "que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais".

⁷⁶ Neste sentido, por exemplo: LIMA JR., Jayme Benvenuto, **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p.33.

⁷⁷ Vide capítulo 3.

meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no pacto, incluindo medidas legislativas. Não há dúvida, pois, que tais medidas dependem da implementação de políticas públicas direcionadas. Na Parte IV o Pacto prevê um sistema de acompanhamento das ações adotadas e do progresso em direção à efetivação dos direitos garantidos através de relatórios a serem encaminhados pelos próprios Estados. Contudo, a ausência de meios de coerção, pela inexistência de previsão de sanções no Pacto, abre as portas para o descumprimento das obrigações assumidas pelos Estados-Parte.

Na Parte III, o Pacto elenca os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais propriamente ditos. Em um resumo apertado, alguns dos direitos contemplados são os seguintes: direito ao trabalho de livre escolha (artigo 6º); a condições de trabalho justas e favoráveis, com remuneração digna, segurança e higiene, igualdade de oportunidades, descanso, lazer e férias remuneradas (artigo 7º); de fundação e associação a sindicato de sua escolha e liberdade para a atividade sindical, incluindo o direito de greve (artigo 8º); à previdência e ao seguro social (artigo 9º); de proteção à família, à mãe e às crianças e adolescentes (artigo 10); a um nível de vida adequado, incluindo o direito à alimentação, à moradia e à vestimenta apropriados (artigo 11); à saúde física e mental, através de políticas de diminuição da mortalidade infantil, melhoria do meio ambiente, prevenção e cura (artigo 12); à educação, com prioridade ao ensino gratuito (artigos 13 e 14); de participar da vida cultural, desfrutar do progresso científico e ter protegido seus direitos autorais (artigo 15).

Importa notar que contrariamente aos direitos civis e políticos, que buscam a proteção do indivíduo em relação ao Estado, os direitos contemplados no pacto dirigem-se a grupos específicos, embora muitas vezes não organizados, que necessitam proteção especial. Em razão disso, orientam-se pela idéia de solidariedade, segundo a qual a parcela mais favorecida da sociedade deve contribuir para eliminar as mazelas que assolam a parte menos desfavorecida. Lembrando Aristóteles, falar-se-ia da Justiça Distributiva, que diz respeito às relações públicas e atine à distribuição de funções, de dinheiro ou de bens entre os cidadãos, proporcionalmente ao mérito de cada pessoa. Justo, neste sentido, é uma espécie de proporção, um meio termo entre extremos desproporcionais, uma proporção geométrica.⁷⁸

⁷⁸ ARISTÓTELES, op. cit., p. 95.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS

Muito se discute sobre a importância da fundamentação dos direitos humanos. Esta indagação é exatamente a mesma que se costuma fazer sobre a importância do embasamento filosófico no estudo do Direito em geral. Afinal, perguntam-se os incautos: se o direito se mostra na sua realização, seja no cotidiano dos tribunais, seja na pragmaticidade da vida em sociedade, como preocupações dessa ordem ajudariam a resolver os problemas da atualidade?

A razão está na necessidade de se saber por que um direito humano ou um valor humano deve ser defendido, ou seja, para que se esteja convencido a respeito da sua importância para a humanidade. Também é importante, ou mesmo imprescindível, ter certa a delimitação do conteúdo do direito que se pretende defender, afinal, a dimensão do direito só se completa se a sua origem estiver devidamente explorada e compreendida. Desse modo, a implementação, ou a concretização do direito, está necessariamente ligada à sua fundamentação. Só sabendo o *por quê* e o *quê* se defende é que se caminha para a realização. A prática e a teoria não se afastam, a menos que o *por quê* e o *quê* estejam em um estágio de pressuposição razoavelmente assente, de modo inquestionado. Certamente, este estágio de juízo prévio pode trazer dificuldades de concretização se não questionado sistematicamente, constantemente, fazendo girar um círculo de

compreensão⁷⁹ que constrói um patamar sempre mais avançado de entendimento, facilitando, ou melhor, estabelecendo as condições de possibilidade para que se manifestem os direitos em fatos, em realizações de vida.

Está aí importância do tema. Para que se concretizem os direitos não se prescinde de sua compreensão, preferencialmente a mais ampla possível. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que se cuida da implementação prática, é importante consolidar a idéia. Não se pode implementar o que não se acredita. No dizer de Höffe, quem tematiza os direitos humanos só enquanto direitos escritos, positivados, não só ignora seu *status* jurídico-moral, como reduz também seu potencial crítico.⁸⁰

Assim, a questão da legitimação dos direitos humanos deixou de ser teórica e abstrata, e passou a fazer parte do conjunto de fatores determinantes de sua eficácia. A razão nuclear para que se considere o problema dos fundamentos dos direitos humanos no mesmo patamar de importância analítica de sua positividade, encontra-se, portanto, no fato de que a eficácia dos direitos humanos encontra-se ligada a sua fundamentação.⁸¹

O caminho para resgatar os fundamentos dos direitos humanos passa necessariamente pela análise dos valores mais importantes da sociedade contemporânea. Contudo, antes disso, é preciso dar sustentação aos valores,

⁷⁹ Segundo as lições de Gadamer, o processo hermenêutico envolve uma trama complexa de relações entre o significado das partes e do todo, sem que um venha antes do outro. É certo, portanto, que o sentido que se atribuí a algo depende necessariamente do que, previamente, se pensa e se compreende a respeito desse algo. A partir daí, o contato com este algo remete a novos significados, que servirão, por sua vez, como pressuposto interpretativo do que está por vir.

⁸⁰ HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 168.

⁸¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?* In: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 282.

encontrar a base em que a estrutura axiológica seja impositiva e explicitá-la. Esta fundamentação valorativa é essencialmente filosófica. Por isso, exploramos as possibilidades da tradição jusnaturalista e positivista (itens 2.1.1 e 2.1.2) problematizando-a. No item 2.2 aprofunda-se a discussão no intuito de resgatar os fundamentos da moral kantiana (item 2.2.1), colocando em questão as premissas que sustentam a idéia de dignidade humana na sociedade contemporânea e indagando sobre o predomínio ou não dos valores do ocidente para, após, ocupar-se da possibilidade da universalidade (item 2.2.2). Finalmente, no item 2.3 discute-se a fundamentação dos direitos humanos sob a perspectiva ética.

2.1. Possibilidades e Limites da Tradicional Fundamentação Universal dos Direitos Humanos

Ao tratar da "fundamentação tradicional" tem-se a pretensão de abordar, em linhas gerais, as duas principais escolas do pensamento jurídico moderno que conformam a tradição⁸² jurídica-filosófica ocidental: a do direito natural (jusnaturalismo) e a do direito positivo (positivismo jurídico).

Não há dúvida de que o positivismo jurídico predomina no pensamento jurídico contemporâneo. Com efeito, lembra Coelho,⁸³ que tal como o criticismo divide a filosofia em dois grandes períodos, antes e depois de Kant, podemos afirmar que a Teoria Pura do Direito é o mais sugestivo divisor da história contemporânea da

⁸² HEIDEGGER diz que "tradição não é uma pura e simples outorga, mas preservação do inicial, a salvaguarda de novas possibilidades da língua já falada. É esta que encerra o informulado e o transforma em dádiva. A tradição da língua é transmitida pela própria língua, e de tal maneira que exige do homem que, a partir da língua conservada, diga de novo o mundo e por aí chegue ao aparecer do ainda-não-percebido". Cf. HEIDEGGER, Martin. *Língua de Tradição e Língua Técnica*. Lisboa: Passagens, 1965, p. 36.

⁸³ COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à crítica do Direito*. Curitiba: HDV, 1983, p. 165.

reflexão jurídica: antes e depois de Kelsen.

O jusnaturalismo é, pois, o contraponto necessário, mesmo porque é a posição mais antiga e sobre a qual se desenvolveu a crítica positivista. Assim, a corrente positivista refere-se ao jusnaturalismo como um pensamento insuficiente, ultrapassado pelos ideais científicos que se apresentam com toda grandeza na teoria pura do direito. Em contraposição, os jusnaturalistas modernos, já confrontados com o positivismo, apontam as insuficiências históricas e culturais da concepção positivista.

A discussão está centrada na origem dos direitos, fundamentalmente dos direitos humanos, porque decidir se o homem possui direitos anteriores a qualquer ordenamento jurídico positivo ou não é o que resolve a questão em favor de uma ou outra corrente. Quer dizer, quando se pretende falar da origem de algum direito, e principalmente de direitos humanos, uma primeira discussão que se propõe é sobre a possibilidade de sua existência independentemente das leis positivas ou se só com elas ele passa a existir. A contraposição entre direito natural e direito positivo se mostra nestas perguntas: é possível falar em direito natural, preexistente à razão e, portanto, cognoscível? São os direitos humanos verdadeiros direitos naturais?

2.1.1 O Jusnaturalismo

Uma das mais tradicionais formas de explicar os fundamentos da experiência jurídica é o jusnaturalismo, ou seja, a compreensão do direito como vinculado, necessariamente ou não, a um determinismo da natureza e a conseqüências éticas

impostas pelas características dos seres.⁸⁴

Sintetizando em poucas palavras o pensamento jusnaturalista, defende-se que a origem dos direitos naturais – e entre eles fundamentalmente os direitos humanos – não é a ordem jurídica positiva, mas uma ordem jurídica natural, seja fundada na natureza humana,⁸⁵ na cultura⁸⁶ ou na teologia⁸⁷, cabendo à humanidade apenas a tarefa de reconhecer e sancionar tal normatividade superior. Assim, uma ordem normativa qualquer, positiva, deveria estar subordinada a ordem natural, superior e antecedente, sob pena de perder sua validade.

A esta concepção dos direitos humanos, que se materializou na Declaração da Independência dos Estados Unidos e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, há objeções importantes. Destacamos duas delas. A primeira é a crítica à imutabilidade e a segunda à universalidade. A primeira está ligada ao tempo e a segunda ao espaço. A primeira diz respeito à história, e a segunda diz respeito à cultura dos povos.

O jurista italiano Norberto Bobbio afirma que os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história dos últimos séculos demonstra suficientemente. Segundo Bobbio, o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas: dos carecimentos e dos

⁸⁴ MENDES, Antônio Celso. *Direito; ciência, ideologia, política*. Curitiba: HDV, 1984, p. 105.

⁸⁵ Como em Del Vecchio, por exemplo, quando afirma que é a natureza humana que dá norma a todas as coisas, assinalando suas próprias funções e fins. Cfe. MACEDO, op. cit., p. 109.

⁸⁶ Como Radbruch, por exemplo, ao afirmar que “Há princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo (...) o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo”. RADBRUCH, Gastão. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 417.

⁸⁷ Como na filosofia escolástica, cujos maiores representantes foram Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino.

interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização, das transformações técnicas etc. O que é fundamental em uma época histórica e numa determinada civilização, não é fundamental em outras épocas e em outras civilizações.⁸⁸

Tal concepção, bem lembra Barzotto, confunde o fundamento do direito com sua causa. Aquele que pergunta "por que?" está, em última instância, pedindo uma certa descrição do mundo. O fundamento das crenças está no próprio ser, no modo como a realidade se mostra, e não no fato da aceitação histórica de uma determinada opinião sobre a realidade.⁸⁹ Assim, é certo que os direitos humanos só subsistem em determinado contexto histórico, mas não é certo que o seu fundamento esteja inserido neste mesmo contexto social.

A crítica à universalidade passa pela constatação da coexistência, na sociedade "cosmopolita", de várias culturas entrelaçadas. A defesa é a do discurso intercultural dos direitos humanos, ou seja, fruto da multivocidade de culturas.

Certamente há características universais que identificam o ser humano, porém quais sejam elas é uma questão com poucas possibilidades de consenso.⁹⁰ Na visão do discurso intercultural, relativista de certo modo, a fundamentação jusnaturalista universalizante esbarra em definições subjetivas, valorativas. Não seria possível que

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18-9.

⁸⁹ BARZOTTO, Luiz Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos – da dogmática jurídica à ética*. In: Sarlet, Ingo, Wolfgang (org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 270-1.

⁹⁰ HART, por exemplo, defende a idéia de um conteúdo mínimo do direito natural com base em algumas "verdades" elementares para tentar evidenciar um possível consenso. É isso, segundo ele, que torna compreensível o estatuto das formas mínimas de proteção das pessoas, das propriedades e dos compromissos. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 201-28.

a razão humana desvendasse a essência da natureza humana simplesmente porque ela não é cognoscível.⁹¹ E mesmo que se chegasse a um acordo parcial sobre isso, seria a custo da opinião da minoria. Por isso, uma abordagem cultural dos direitos humanos deveria admitir que os direitos humanos também decorrem de opiniões sobre valores.

Como se vê, esta crítica também considera que os fundamentos dos direitos humanos são os valores. Ou seja, defende que a tentativa de fazer valer esses direitos fora de um certo contexto histórico e social equivaleria a impor os valores que os sustentam, o que poderia significar uma indesejável e mesmo indevida imposição de uma cultura sobre outra.

Além disso, empiricamente é facilmente constatável que as diversas culturas não se contradizem em relação ao que se consideram valores superiores, justiça e bem comum. Em geral, o que se considera direitos humanos gira em torno de um núcleo praticamente constante.

As críticas à universalidade e à imutabilidade do direito natural têm sua importância na medida em que colocam em questão o fundamento absoluto. Admiti-lo é fechar os olhos à realidade. Certamente não são os valores que informam sobre o fundamento, mas eles indicam onde o fundamento pode ser encontrado. Se o fundamento é o "por quê", e os valores são o "como", é através destes que se pode descobrir aquele. Lembrando as lições de Heidegger, o fundamento é o verbo, é o ser. E o ser aparece na medida em que vai sendo, ou seja, segundo o que se pode

⁹¹ E, segundo a filosofia de HEIDEGGER, sequer pode ser cogitada, pois não há essência além da aparência: "O ser dos entes não 'é', em si mesmo, um outro ente". Cfe. HEIDEGGER, Martin. **Ser**

ver; ou, em outras palavras, o como. O fundamento único e absoluto defendido pelo direito natural não pode prevalecer se os valores, ou a forma como se mostra o fundamento vai se alterando conforme a cultura e conforme o transcurso do tempo. Logicamente, as nuances do fundamento se alteram, mudam-se as possibilidades de compreensão acerca do fundamento, de modo que a realização dos direitos humanos por ele fundados ganha novas perspectivas, novos horizontes. A importância do jusnaturalismo está na identificação de uma realidade por trás da aparência, uma universalidade que é o ser, enquanto verbo, enquanto característica que une culturas e tempos, mas que em seu modo de se mostrar vai tomando os contornos do tempo e das culturas sem, no entanto, perder o que possui de metafísico.

2.1.2 O Positivismo Jurídico

Embora o jusnaturalismo seja a posição mais antiga, é a ideologia positivista que domina o senso comum dos juristas contemporâneos, seja ele o que assenta a ordem burguesa e capitalista, seja o que, como "legado socialista", representou o mesmo tipo de congelamento característico, por exemplo, do stalinismo.⁹²

Kelsen, não obstante tendo por pressupostos os ideais neokantianos, teve grande influência do positivismo filosófico, anterior ao movimento do qual se dizia adepto. Desenvolveu sua teoria pura com a intenção de criar uma verdadeira ciência do direito, neutra, isenta de juízos de valor. Revelou o conteúdo ideológico da concepção positivista da ciência. Assim, o campo estabelecido pelo positivismo

e tempo. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 32.

⁹² LYRA Filho, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2001, p. 27.

jurídico se restringe à norma, vista como instrumento da ciência jurídica com a função de permitir a sistematicidade do ordenamento jurídico, sua verificabilidade, sua certeza.

Revelando a mesma preocupação semântica do positivismo lógico com o sentido da norma, Kelsen submete o enunciado jurídico à verificação de concordância entre a norma e o critério de validade. E este se resume à norma fundamental, que dá sentido aos enunciados jurídicos. Vale dizer, não concordando com a norma fundamental, uma norma não é válida, e não sendo válida, não é jurídica.⁹³ As proposições jurídicas são verificáveis dentro do próprio ordenamento jurídico, revelando a preocupação com a fixação de sentido sem interferência exterior ao próprio ordenamento. O destinatário, ou mesmo o produtor do direito, a autoridade jurídica, enquanto contribuintes ideológicos, estão deslocados do contexto que fixa o sentido da norma – este contexto é científico, puro, representado pelo ordenamento jurídico.

Evidentemente, a fixação de sentido do enunciado e de validade da norma pelo ordenamento sem interferência dos operadores, dos destinatários, implica em alienação do contexto social e, por via de consequência, dos valores sociais, da

⁹³ Cfe. KELSEN, Hans: *“Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. (...) Na medida, porém, em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras e proposições, podem elas aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais se constata fatos”.* Mais adiante Kelsen afirma que *“as normas de dever ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou inverídicas mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as*

ética.

A crítica a esta forma de ver o direito resgata a análise pragmática que o neopositivismo afasta das condições de cientificidade. Tal análise, congruente com a hermenêutica filosófica porque atrelada às condições de possibilidade de realização do direito dadas no meio social, ao contrário do que defende o positivismo jurídico, favorece um entendimento mais adequado da realidade ao considerar todos os elementos que compõem um determinado universo social. Segundo Warat: “Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados”.⁹⁴ Resumidamente, pode-se concluir que as seqüelas deixadas pelo positivismo jurídico decorrem da tentativa de dissociar o contexto histórico do conhecimento científico. Isto importa em não considerar as condições sob as quais se produz o direito, como o poder se manifesta, que ideologia está por traz da norma. Utilizando novamente as palavras de Warat, trata-se de uma despolitização-politizadora, na medida em que confere um estatuto de cientificidade ao direito (e portanto, de correspondente verdade), convencendo (politizando) sobre sua certeza e abstraindo (despolitizando) componentes importantes de uma compreensão mais crítica do direito.

O feito mais notável de Kelsen ocorre, pois, com a separação teórica da moral do direito, com o que, separa a justiça da teoria do direito, pois esta, segundo

afirmações sobre esses fatos podendo ser verdadeiras ou inverídicas". In Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 80-1.

defende, é fruto do racionalismo científico e aquela é fruto da irracionalidade. Conseqüentemente, afirma que em caso de conflito entre uma norma moral e uma norma jurídica, quando se considera a norma moral como determinante do comportamento humano, o sistema jurídico estaria excluído da solução do caso, restando somente a solução dada pelo sistema moral; ou, então, caso privilegie-se o critério jurídico, acabar-se-ia por ignorar a solução moral.⁹⁵

2.2 A fundamentação ética e a idéia de dignidade humana

A procura de um fundamento para os direitos humanos, quase sempre, é a busca por um fundamento único e último, embaixador universal e imutável, seguro e irrecusável, de todo ordenamento jurídico. O absoluto, no entanto, é contrário à fenomenologia natural da humanidade. O acontecer da humanidade é historicamente mutável e, por isso, o fundamento absoluto não lhe é compatível. Desse modo, falharam as tentativas do jusnaturalismo e do positivismo. A primeira porque desprezou o ser, enquanto fundamento dos direitos humanos, deixando de observar as inúmeras nuances em que se apresenta. O segundo porque deixou à par do direito o que lhe constitui, que é o seu fundamento, apreciável no contexto social, dinâmico e rico de significados.

Pretende-se trazer, agora, a contribuição da idéia kantiana de moral como fundamento dos direitos, na tentativa de estabelecer uma estrutura de sustentação para a relatividade dos valores históricos, principalmente porque deles não trata especificamente, mas sim daquilo que lhes mantém como valor. Assim, a alteração

⁹⁴ WARAT, Luiz Alberto. *Manifestos para uma ecologia do desejo*. São Paulo: Acadêmica, 1990, p. 47.

da posição dos valores na cadeia de moralidade vigente em certo momento histórico não tem o condão de derrubar a estrutura da ética nem afetar as suas bases comuns.

Bobbio lembra que um fundamento absoluto pode ser incompatível com direitos fundamentais diferentes. Um tal fundamento não poderia, por exemplo, sustentar o direito à liberdade e o direito de propriedade (à escravidão, v.g.), porque antinômicos. Neste sentido, o autor italiano defende que "o fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também pretexto para defender posições conservadoras."⁹⁶ Ao afastar a possibilidade de um fundamento absoluto, Bobbio abandona a fundamentação filosófica dos direitos humanos, apregoando que o problema dos direitos humanos atualmente é sua realização e não sua fundamentação.⁹⁷

Contrariamente a este pensamento pragmático, busca-se, a seguir, estabelecer parâmetros para identificação de valores de modo a possibilitar uma avaliação ética em torno da concretização dos direitos humanos. Para isso, como se disse, serve-se da doutrina kantiana acerca da moral.

Mais do que isso, no entanto, procura-se, aqui, contribuir para resgatar o sentimento de dever. Não é difícil constatar que o desenvolvimento tecnológico em progressão geométrica é, talvez, o maior responsável pela diminuição do sentimento de obrigatoriedade em relação aos deveres, porque a sociedade moderna é predominantemente tecnológica e valoriza os direitos (subjctivos). Na modernidade, a

⁹⁵ KELSEN, op. cit., p. 282.

⁹⁶ BOBBIO, op. cit., p. 22.

moral forjada pela religião na idade média perdeu importância pela imediatidade dos meios da ciência. O conteúdo eminentemente ético que o direito possuía antes da modernidade se esvai progressivamente com o avanço científico. Paralelamente a este, o positivismo jurídico completa a tarefa de esvaziamento moral, colocando em seu lugar uma razão técnica. Este fato é responsável pela supremacia dos direitos (subjetivos) em relação aos deveres. Também a doutrina do direito natural contribui para o desaparecimento do paralelismo necessário expresso na máxima: a todo direito corresponde um dever. Ao se afirmar que todos os homens têm alguns direitos inerentes, próprios do ser humano, por natureza, perde-se o seu contraponto necessário, que é o dever em relação aos outros. Gregório Robles identifica este fenômeno:

A razão jurídica eleva a categoria dos direitos naturais à base da construção do sistema político, considerado como um artefato concebido para servir aos fins do indivíduo autônomo. Os deveres aparecerão como consequência derivada do pacto social, isto é, como uma realidade secundária e artificial. Secundária em relação aos direitos, porque no estado originário de natureza raramente cumprem alguma função; artificial, já que os deveres são o resultado do acordo que o pacto supõe, isto é definitivamente, produto da convenção humana.

Enquanto os direitos são naturais, os deveres são convencionais.⁹⁸

Como a sociedade contemporânea deixou de lado o sentimento de dever, os princípios que orientam a ética enfraqueceram. Na lição de Kant, se o homem tende para ser feliz, não é da busca da felicidade que se pode extrair uma lei moral, uma obrigação universal, um imperativo categórico. Se o homem é um ser social – pois não se conheceu, na história, a não ser em casos de exceções raríssimas, homens

⁹⁷ Idem, p. 25

que tenham sobrevivido à parte de uma comunidade social –, o convívio com o outro é inerente à condição humana. Para alcançar a felicidade,⁹⁹ não é possível abrir mão de valores morais, pois apenas estes contribuem para orientar a vida em sociedade.

No nível epistemológico, justifica-se, com Bielefeldt, a adoção da orientação kantiana: em primeiro lugar porque o iluminismo de Kant é radical ao se tornar autocrítico, isto é, porque na crítica à razão, a razão volta-se sobre si mesma para definir os motivos e os limites das reivindicações por validade. Em outras palavras, a ética é justificada pela racionalidade inerente do homem, independentemente de quaisquer outras características devidas ao lugar ou ao tempo. Esta reflexividade, como se disse, se dá em uma perspectiva ética, onde a dignidade humana é inviolável. Outro motivo é a recuperação do valor da crença com a abertura de espaço à metafísica ao considerar necessária a validação da liberdade moral, ressaltando que o discurso deve sempre ser razoável, deve ser passível de prestação de contas. Por fim, ao possibilitar a ligação com a tradição filosófica, onde as questões éticas voltam à discussão, a idéia de moral kantiana permite o diálogo com tradições culturais diversas, superando as dicotomias no discurso intercultural.¹⁰⁰

Por fim, o próprio Kant defende a importância da sua filosofia da ética:

Uma Metafísica dos Costumes é pois rigorosamente necessária, não só por motivo da necessidade da especulação, a fim de indagar a origem dos princípios práticos que existem *a priori* em nossa razão, mas também porque a própria moralidade está sujeita a

⁹⁸ ROBLES, Gregório. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual**. Barueri: Manole, 2005, p. 72-3.

⁹⁹ A felicidade é o bem maior, conforme lembra ARISTÓTELES. Op. cit., p. 23.

¹⁰⁰ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000, p. 63.

toda a espécie de perversões, enquanto carecer deste fio condutor e desta norma suprema de sua exata apreciação. Com efeito, para que uma ação seja moralmente boa, não basta que seja *conforme* com a lei moral; é preciso, além disso, que seja praticada *por causa* da mesma lei moral (...)¹⁰¹

2.2.1 A Fundamentação Ética

Em primeiro lugar, deve-se tratar da seguinte indagação: qual a diferença entre a fundamentação jusnaturalista e a fundamentação ética? Sim, porque aparentemente ambas procuram uma sustentação válida indistintamente em qualquer sociedade e momento histórico e acima de qualquer disposição normativa.

A fundamentação jusnaturalista, como já se viu,¹⁰² considera os direitos humanos de forma estática, imutáveis em relação à história e universalmente válidos em relação ao multiculturalismo. A "descoberta" dos direitos humanos em determinado contexto histórico está atrelada aos valores vigentes nesse contexto, embora de forma oculta. Ao se declarar que um ou outro direito é um direito humano por natureza, tem-se por base todo o contexto das relações sociais que envolvem o jurista que enuncia sua "descoberta". Realmente não poderia ser diferente. A teoria jusnaturalista, mais do que uma descoberta, é uma elaboração humana. Assim como também o é a elaboração da fundamentação ética. Porém, diferentemente desta, a fundamentação jusnaturalista parte dos valores, ainda que isto não seja explicitamente admitido, e congela as conclusões na forma de assertivas com atributos de universalidade e imutabilidade, como se os valores que os sustentam sempre existissem.

¹⁰¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 48.

¹⁰² Vide item 2.1.1.

Por seu turno, a fundamentação ética coloca os valores em um plano distinto do fundamento, operando em um nível inferior – não no sentido de menos importante, mas de maior profundidade – de sustentação dos valores. Os valores são utilizados como insumo da operacionalização da estrutura ética, orientam a ação de acordo com as regras da ética. Por exemplo, a regra que prescreve que se deve agir de modo que tal ação possa se tornar regra para toda humanidade pode ser aplicada diferentemente em épocas distintas. Trazendo à materialidade, se há um século o casamento envolvia preparativos que começavam com o namoro e o noivado na casa dos pais da noiva, com severas restrições aos contatos físicos entre os noivos, estes agiam exatamente deste modo porque pensavam que sua ação podia tornar-se regra para toda humanidade. A repulsa ao sexo no contexto da vida social era tão fortemente arraigada na sociedade, em razão dos valores defendidos pela igreja, que tal valor social se materializava em atitudes de distanciamento físico entre os casais quando estavam em público. Hoje pode-se afirmar que a diminuição da influência da igreja na sociedade deu lugar a outros valores, de modo que o contato físico e íntimo dos namorados é aceito e mesmo recomendado. Ou seja, a mesma regra ética é operada segundo diferentes valores sociais.

A diferenciação da ética como fundamento dos direitos humanos em relação ao jusnaturalismo – considerado o lugar ocupado pela escala axiológica – ilumina a defesa kantiana dos juízos *a priori*. Sendo livre, o homem não está sujeito exclusivamente a leis naturais, como os demais seres vivos, mas também a leis morais, que regulam a ação. O que caracteriza a condição humana é a racionalidade. É ela que se apresenta antes da deliberação em prol de uma determinada ação. O homem pode escolher entre agir e não agir, e o que lhe dirige

na deliberação é justamente a razão. Os imperativos da razão, ou da moral, são próprios da racionalidade, inerentes a todos os homens. Ao agir, o homem coloca em questão a finalidade da ação e, conseqüentemente, avalia se tal ação é boa ou má, se poderá produzir bons ou maus efeitos. Nenhum outro animal tem esta capacidade, porque age por instinto. A essa parte do conhecimento, que se detém na racionalidade humana não empírica, porque não pode ser demonstrada, apenas constatada, Kant chama de metafísica dos costumes. E é na fundamentação dessa metafísica que ele estabelece os parâmetros morais para a prática da racionalidade, fundando uma moral prática. Quer dizer, uma racionalidade que, por si mesma, em função da condição humana de ente racional, dita regras para a ação. A formulação dos critérios racionais que orientam a ação humana é feita, então, na forma de imperativos categóricos, que, segundo Kant, pressupõem unicamente a idéia de liberdade da vontade humana, não obstante ele reconheça a impossibilidade subjetiva de explicar a liberdade.¹⁰³

Como, segundo Kant, a lei moral exprime uma necessidade, é impositiva para o homem, ela não pode ser fruto da experiência, pois não está sujeita a contingências circunstanciais. Ela impõe a obrigação moral simplesmente por ser fruto da racionalidade. Logo, a lei moral é absoluta e anterior à experiência, é simplesmente uma lei que sustenta a operacionalização da escala de valores.

O filósofo alemão do iluminismo explica assim a idéia de liberdade:

A *vontade* é uma espécie de causalidade dos seres viventes, enquanto dotados de razão, e a *liberdade* seria a propriedade que esta causalidade possuiria de poder agir

¹⁰³ Op. cit., p. 126-8.

independentemente de causas estranhas *que a determinam*; assim como a *necessidade natural* é a propriedade que tem a causalidade de todos os seres desprovidos de razão, de serem determinados a agir sob a influência de causas estranhas.¹⁰⁴

Assim, contrariamente à identificação da liberdade com a idéia de independência, a proposta de Kant é no sentido da autonomia. Autonomia da razão em vez de independência em relação ao outro. A autonomia é intersubjetiva, porque exige colocar-se na perspectiva universal de um reino de fins, e não está em oposição com imperativos morais do dever, porque a consciência, por ser autolegisladora, impõe a si mesma as máximas universais.¹⁰⁵

Se, então, a liberdade é um princípio de racionalidade, porque o fato de raciocinar dá liberdade ao homem, o bem maior só pode ser a boa vontade. A vontade, característica intrínseca do homem, tem a propriedade de ser livre e por isso mesmo pode ser boa ou pode ser má. Nenhum outro bem pode ser bom ou mal por si mesmo, a não ser a boa vontade, porque todas as outras coisas são circunstanciais, mas a vontade não. O que se considera bom hoje pode não o ser amanhã, como pode não ter sido ontem, mas a boa vontade sempre será um bem, e não um entre outros, mas o maior deles.

Kant refere que:

Não é possível conceber coisa alguma no mundo, ou mesmo fora do mundo, que sem restrição possa ser considerada boa, a não ser uma só: uma boa vontade.

E mais adiante:

¹⁰⁴ Idem, p. 111.

A boa vontade é tal, não por suas obras ou realizações, não por sua aptidão para alcançar um fim proposto, mas só pelo querer; por outras palavras, é boa em si e, considerada em si mesma, deve sem comparação ser apreciada em maior estima do que tudo quanto por meio dela poderia ser cumprido unicamente em favor de uma inclinação ou, se se prefere, em favor da soma de todas as inclinações.¹⁰⁶

É precisamente neste ponto que Kant resgata o sentimento do dever moral. Sustenta, o filósofo alemão, que um juízo de valor hipotético não pode servir para orientar a ação, pois tem em vista um fim. Ao contrário, um imperativo categórico, derivado da simples racionalidade humana, não pode ser subordinado a um fim. Ele impõe-se por si, independentemente do objetivo final, simplesmente por dever.

Nesta esteira, como assinala Barretto, o primeiro imperativo diz respeito à moral considerada nela própria¹⁰⁷ e, no dizer de Kant, é uma proposição prática sintética do qual podem derivar todos os imperativos do dever moral:

Procede apenas segundo aquela máxima, em virtude da qual podes querer ao mesmo tempo que ela se torne em lei universal.¹⁰⁸

Nota-se a reflexividade do imperativo. Dada a racionalidade inerente ao ser humano, uma ação só atende ao dever imposto pelo imperativo categórico se puder ser válida como lei universal, inclusive contra as finalidades do próprio agente.

O segundo imperativo considera a humanidade, e aí radica sua importância para a fundamentação dos direitos humanos, partindo da necessidade de um critério

¹⁰⁵ JUNGES, José Roque. **O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo**. In: OSOWSKI, Cecília Irene (org). Teologia e humanismo social cristão: traçando rotas. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000, p. 145.

¹⁰⁶ Idem, p. 53-4.

¹⁰⁷ BARRETTO, op. cit., p. 299.

¹⁰⁸ KANT, op. cit, p. 82-3.

objetivo na consecução da proposição anterior. É o seguinte:

Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio.¹⁰⁹

Ampliando a base de sustentação dos imperativos, a liberdade só pode ser efetiva quando pressuposta a igualdade entre os seres humanos. É um dos parâmetros lógicos, como refere Barretto, pois a afirmação da dignidade humana implica na admissão de que todos os seres humanos mereçam igual respeito e consideração, ainda que essa igualdade não seja absoluta no sentido material, mas que seja considerada uma prática moral. O direito à liberdade igual, segundo Bielefeldt, sobrepasa qualquer catálogo de direitos materiais, por destacar o incondicional embasamento de validade do direito na liberdade humana, que, por seu lado, remete à dignidade humana como sujeito moral autônomo. Como somente à luz dos imperativos categóricos as normas morais materiais são constituídas, os direitos materiais somente adquirem obrigatoriedade à luz desses princípios: liberdade e igualdade.¹¹⁰ Assim, consideradas faces da mesma moeda, indissociáveis porque pressupostas intrinsecamente, a liberdade afastada da igualdade apenas justificaria privilégios e não direitos humanos e, por outro lado, a igualdade sem liberdade sequer poderia ser considerada um valor humano, pois deixaria ao largo o reconhecimento da autonomia do ser humano.

Falar de direitos humanos, nesta ótica, é falar de direitos morais que podem ser justificados racionalmente e que têm a pretensão de serem universalizados em um momento histórico concreto. A institucionalização materializa essa legislação moral

¹⁰⁹ Idem, p. 92.

constituída à luz dos imperativos categóricos legitimadores da “boa vontade” e então há possibilidade de universalização. A moralidade continua invisível e dá lugares de legitimidade ao Direito, num processo que, segundo Barretto, trata de explicitar os valores morais que se encontram na base de todas as culturas em vista do equilíbrio racional entre valores universais e diversidade cultural.¹¹¹

2.2.2 Os valores da sociedade contemporânea e a construção da idéia de dignidade humana

A compreensão individualista dos direitos humanos, fundada no predomínio da concepção de direitos subjetivos, isto é, na ótica de que direitos humanos garantem só os próprios direitos, deixou de lado a questão fundamental de que todo ser humano enquanto integrante da gênero humano é digno de respeito. A dignidade humana aponta para a exigência de respeito ao outro. Assim, o empenho jurídico em favor dos direitos humanos não pode esquecer a fundamentação ética desses direitos na dignidade humana.¹¹²

A filosofia kantiana resgata a idéia de que o outro não é o limite ao exercício do direito subjetivo, mas um fim em si mesmo. Se todas as pessoas são fins e não meios, todos devem contribuir, solidariamente, para a concretização dessa finalidade, que nada mais é do que o respeito à dignidade humana.

Partindo da idéia de que a dignidade da pessoa humana é resultado da constatação fenomenológica da existência de características próprias que

¹¹⁰ BIELEFELDT, op. cit., p. 91

¹¹¹ BARRETTO, op. cit., p. 299.

¹¹² JUNGES, op. cit., p. 145.

identificam o ser humano, torna-se possível a defesa de critérios que dêem resposta à tentativa de universalização.¹¹³ Evidentemente, esta constatação não olvida do risco de enveredar pelo jusnaturalismo. No entanto, a universalização que se propõe não é absoluta no sentido temporal, mas no sentido cultural. Para não se ficar no relativismo contemporâneo, antropológico, epistemológico ou cultural,¹¹⁴ deve-se procurar reconhecer certas necessidades humanas que possam ser consideradas universais e, como corolário, valores que lhes dêem base. Nenhuma comunidade social se sustenta sem valores que possam ser considerados humanos simplesmente em razão da existência humana. A idéia de dignidade da pessoa humana é importante neste sentido, pois todas as sociedades têm uma concepção a respeito dela, ainda que não sejam concordantes entre si, ainda que com diferenças importantes, mas sempre com um certo conteúdo em comum. Ou seja, independentemente da sociedade, da época e das condições materiais em que vive uma pessoa, ela deve ter certos direitos simplesmente pelo fato de ser uma pessoa e viver numa complexidade natural. Vale dizer, o símbolo dos direitos humanos, que pode ser considerada a idéia de dignidade humana, deve ser universal, caso contrário eles não poderiam mesmo ser considerados humanos. E, assim, não porque cada cultura tem seu modo de expressar os valores, mas porque tem valores em comum com outras culturas. Neste sentido, Bielefeldt afirma que:

A constatação de que as pessoas das mais variadas tradições culturais e religiosas conseguem identificar nos direitos humanos, em roupagem moderna, idéias normativas de sua própria tradição, comprova que se pode superar não só a idéia de que esses

¹¹³ BARRETTO, op. cit, p. 297-8.

¹¹⁴ BARRETTO esclarece que o relativismo cultural sustenta que as particularidades culturais são determinantes na forma sob a qual os valores irão formalizar-se; o relativismo epistemológico afirma a impossibilidade de um discurso ético universal; e o relativismo antropológico defende a existência de uma enorme variedade de formas de vivência nos grupos humanos. 2004, op. cit. p. 285-6.

direitos sejam uma padronização caricatural universal, como uma cultura uniforme ocidental e, portanto, imperialista. Ao abrirem-se múltiplas possibilidades de leitura dos assuntos relacionados aos direitos humanos, com manutenção de sua validade estrutural política e jurídica, introduzem-se, concomitantemente, novos impulsos iluministas para uma adequada compreensão desses direitos.¹¹⁵

A defesa da dignidade humana assume, pois, inúmeras facetas. Embora não se mostrem concomitantemente todas elas, seja em função de condições históricas específicas ou de circunstâncias de oportunidade, reúnem-se sob a mesma bandeira. Certamente não se está falando em reduzir a um conceito estanque as várias dimensões históricas que envolvem os direitos humanos. Ao contrário, trata-se justamente de possibilitar a agregação destas potencialidades em torno de uma referência que se apresenta como um momento de parada no círculo hermenêutico e de projeção em direção à construção de novas significações.

Sem observar as relações sociais, os costumes, os preconceitos, os avanços tecnológicos, as carências materiais, não é possível avançar na construção da idéia de dignidade humana. A historicidade inerente ao fenômeno jurídico afasta a possibilidade de um direito preexistente, porque suas características são determinadas no cotidiano e porque não existe direito sem sociedade, do mesmo modo que o homem não existe fora da sociedade. Isto não significa que um patamar comum não possa ser construído, baseado na ética da solidariedade, porque o convívio social é a principal característica da condição humana. Não se pode nascer, não se pode sobreviver nas primeiras etapas da vida, não se pode desenvolve-se

¹¹⁵ BIELEFELDT, op. cit., p. 31.

sem o outro. Não há como negar, não obstante a crítica relativista,¹¹⁶ que existem necessidades comuns a todos os grupos sociais, que podem ser identificadas por necessidades humanas e constituem o substrato dos valores de todas as sociedades. Efetivamente, essas necessidades são variáveis na forma de explicitação segundo a cultura de cada grupamento social, mas constituem a mesma base, o mesmo fundamento. Essas manifestações culturais expressam de forma diferente o mesmo conjunto de valores humanos, encontrados em diferentes sociedades.¹¹⁷

Isto quer dizer que a construção da idéia de dignidade humana depende dos valores sociais, que serão colocados na operacionalização do direito em observância dos seus fundamentos éticos. Então, pretende-se tratar, a partir daqui, de alguns valores da sociedade multicultural do século XXI, indagando sempre sobre a vinculação com os valores ocidentais. A intenção não é traçar as linhas do que pode constituir uma idéia de dignidade humana de forma acabada, mas abordar elementos que contribuam para a construção dessa idéia.

Então, de que mundo se fala? Fala-se da modernidade ou do que começa a se mostrar depois dela. Não se tem dúvida de que o paradigma do mundo moderno foi a racionalidade. Tudo movido segundo a lógica da dominação da natureza pela razão humana, tendo a ciência como recurso imprescindível. Sob a batuta da ciência moderna o mundo se desenvolveu, riquezas foram produzidas e as pessoas se tornaram mais saudáveis; dela também nasceram as tecnologias que trouxeram

¹¹⁶ A crítica relativista é identificada por BARRETTO, em três diferentes abordagens: o relativismo antropológico, o relativismo epistemológico e o relativismo cultural. Cf. BARRETTO, Vicente de

conforto e diversão (a imprensa, o rádio, a televisão, os eletrodomésticos, o automóvel e uma infinidade de utilidades).

Desse modo, pode-se constatar inicialmente que a sociedade moderna, conformadora do mundo no século XXI e não ultrapassada de todo pela sociedade pós-moderna, está plasmada em valores liberais modernos.

E é justamente essa racionalidade a inspiradora da a idéia de direitos humanos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Isso pode ser confirmado porque a Declaração tem os seguintes pressupostos: a razão instrumental, responsável pela investigação e conhecimento da natureza humana; o antropocentrismo no reconhecimento da superioridade do ser humano acima de todos os outros seres vivos; o individualismo ao destacar o homem do contexto social para protegê-lo da ameaça da própria sociedade; a democracia como organização social superior que dá as condições mais adequadas para a convivência de indivíduos livres e autônomos; como consequência disso, a prevalência da vontade da maioria; e a igualdade dos indivíduos.¹¹⁸

Contudo, também sob a batuta da racionalidade moderna abriu-se o caminho para o capitalismo fixar suas bases,¹¹⁹ estabeleceu-se a concentração de renda¹²⁰ e

Paulo. ***Direitos humanos e sociedades multiculturais***. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 465.

¹¹⁷ Idem, p. 466.

¹¹⁸ PANIKKAR, Raimundo. ***Seria a noção de direitos humanos uma concepção ocidental?*** In: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 216-21.

¹¹⁹ Como se verá adiante, um dos princípios em que a ciência moderna se assenta é a idéia de pureza do objeto. Transportada para as ciências sociais, essa idéia implicou na conclusão de que todas as pessoas são iguais e devem ter as mesmas oportunidades, segundo as mesmas regras. Por isso, as características que distinguem o capitalismo dos outros modos de produção (propriedade privada dos meios de produção, para cuja ativação é necessária a presença do

instalou-se a desigualdade social. Muito embora se defenda, aqui e acolá, que a sociedade moderna está superada pelo que se costumou chamar de pós-moderno (quem sabe corretamente porque de certeza só temos o fato de que o moderno morreu com a bomba de Hiroxima, quando o poder criador da civilização industrial foi superado pela sua força destruidora),^{121 122} o certo é que as seqüelas da sociedade moderna persistem. Warat constata que “em nossas cidades ainda perduram arcaicas estruturas e mentalidades. A era da comunicação eletrônica começa a ser desenvolvida, para nosso cotidiano, no interior de uma cultura de bens precários. Para muitos milhões de latino-americanos, consumir é um sonho inatingível. Milhões deles consomem imagens e morrem de fome”.¹²³

Desse modo, pode-se discutir a validade universal dos valores da modernidade e pode ser mesmo que eles sejam universais, mas não há dúvida de que o discurso que os sustenta é bastante identificado culturalmente. A racionalidade moderna é fruto das revoluções científicas ocidentais¹²⁴ e naturalmente imprime em todos os ramos do conhecimento suas características, dotando os discursos daqueles

trabalho assalariado formalmente livre; sistema de mercado, baseado na iniciativa e na empresa privada, não necessariamente pessoal; processos de racionalização dos meios e métodos diretos e indiretos para a valorização do capital e a exploração das oportunidades de mercado para efeito de lucro – BOBBIO, 1993, op. cit., p. 141) encontraram campo fértil no pensamento moderno.

¹²⁰ O relatório de 1997 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento constatou que os países menos desenvolvidos, com 10% da população mundial, detém apenas 0,3% do comércio, e que a parcela dos 20% mais pobres do mundo participam com só 1,1% do total da riqueza produzida no mundo.

¹²¹ SANTOS, Jair Ferreira. **O que é pós-moderno**. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 20.

¹²² HOBBSAWN faz uma interessante observação a respeito da descoberta da fissão nuclear que levou à construção da bomba atômica. Quando Otto Hahn a descobriu em 1939 poucos cientistas acreditavam na sua aplicação prática; e se os físicos que entendiam o potencial não tivessem traduzido a descoberta para os gerais, eles provavelmente continuariam na ignorância. Cf. HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 507.

¹²³ WARAT, op. cit., p. 53.

¹²⁴ Cfe. SANTOS, “O modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constitui-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século

pressupostos epistemológicos que são admitidos sem serem colocados em questão – aliás, é isso que propriamente identifica uma certa racionalidade.

Então, em que medida os valores ocidentais conflitam com valores de outras culturas tradicionais? Teríamos um risco “de que tales derechos humanos traicionen su esencia: que en lugar de constituir el núcleo de una moral jurídica universal queden degradados a un ‘artículo de exportación de la cultura occidental’”?¹²⁵

A problematização desses pressupostos é fundamental para o alargamento das discussões que buscam unificar valores úteis e defensáveis em culturas muito diferenciadas. Porém, deve-se reconhecer, ela tem limites na própria racionalidade que orienta o discurso problematizador, afinal, só se pode falar a partir de um certo ponto de vista, porque nenhum discurso é neutro.

A primeira constatação que se faz é que a confiança na razão como saber superior deixa de lado possibilidades igualmente relevantes de construção de alternativas legítimas de sustentação de valores humanos. Como nos lembra Boaventura de Souza Santos,¹²⁶ “o domínio global da ciência moderna como conhecimento-regulação acarretou consigo a destruição de muitas formas de saber sobretudo daquelas que eram próprias dos povos que foram objeto do colonialismo ocidental”, produzindo silêncios que sepultam necessidades e aspirações desses povos. Por isso, o saber local resistente deve ser considerado porque pode produzir conhecimentos valiosos independentemente dos seus acertos e calcados na sua

XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode falar-se em um modelo global de racionalidade científica (...). Op. cit., p. 20-1.

¹²⁵ HÖFFE, op. cit., p. 172.

¹²⁶ SANTOS, op. cit., p. 30.

diferença em relação ao modo de fazer ciência.¹²⁷ Neste sentido, por exemplo, o Corão é a fonte máxima de orientação moral dos muçulmanos e por isso o seu conhecimento sobre a relação dos homens em sociedade tem pressupostos inteiramente distintos e não menos válidos do que os ocidentais liberais. “A unicidade de Deus é o que estimula o muçulmano a lutar pela unicidade da humanidade”, conforme afirma Muzaffar.¹²⁸ A partir dessas considerações tem-se um indício de que a razão, enquanto concepção moderna de fonte de conhecimento isenta em relação às crenças, não é a única fonte de conhecimento e produção de saber, é apenas uma delas.

Em segundo lugar, acreditar (ou constatar) que o homem é o mais importante dos seres vivos é uma evidência parcial. Parte do pressuposto que a inteligência faz do homem um ser superior. É certo que ela nos faz mais capazes, mas não é certo que isso seja uma forma de superioridade. Quem poderia afirmar que a beleza não é superior à capacidade? Neste caso, seria sustentável que as borboletas são seres superiores. Há, por certo, o argumento no sentido de que somos capazes inclusive de produzir coisas belas etc., mas nunca vamos escapar da parcialidade, de que sendo nós os donos da idéia de superioridade somos também nós os beneficiários dela. Segundo Panikkar¹²⁹, “Direitos exclusivamente *Humanos* seriam considerados como uma violação dos ‘Direitos Cósmicos’, e um exemplo de antropocentrismo que prejudica a si próprio, um novo tipo de apartheid”. Aí reside uma dificuldade importante para o povo hindu, cuja cultura é assentada nos princípios do budismo.

¹²⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Populações tradicionais e a conversão da diversidade biológica**. In: Baldi, César Augusto. Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 429.

¹²⁸ MUZAFFAR, Chandra. **Islã e direitos humanos**. In: Baldi, César Augusto. Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 319.

“Os budistas estão totalmente cientes de que o homem só pode ser compreendido de forma adequada se for considerado totalmente condicionado, como um ser relacional na totalidade da vida e do cosmos”,¹³⁰ ou seja, não há homem sem o conjunto cósmico, sem natureza, daí a dificuldade em proclamar incondicionalmente sua superioridade.

A história não nos deixa qualquer dúvida sobre a violência que as sociedades são capazes de produzir, de modo que a esses eventos não é preciso fazer referência para admitirmos a necessidade de proteção do indivíduo frente a tais possibilidades. Contudo, nenhum indivíduo pode ser considerado apartado de um certo aglomerado social e mesmo assim continuar sendo identificado com certas características humanas, como a capacidade de articulação da linguagem. Herzog¹³¹ nos mostra com arte a total ausência de “humanidade” de Kasper Hauser no momento em que se tenta sua reinserção no convívio social, depois de ter sido separado da civilização desde o nascimento. Também no caso das meninas-lobo Amala e Kamala, descobertas em Calcutá em 1920 pelo reverendo Singh, que viviam como parte da alcatéia, sem qualquer referência linguística humana.¹³² Procura-se demonstrar, com isso, que o a natureza humana – enquanto uma diferenciação fenomenológica constatável – só existe se considerada no contexto social, onde pode se desenvolver.

A pessoa deve ser diferenciada do indivíduo. Este é apenas

¹²⁹ PANIKKAR, op. cit, p. 223.

¹³⁰ KTING, et al., apud. Keown, Damien. *Budismo e direitos humanos*. In: Baldi, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 341.

¹³¹ *O ENIGMA de Kasper Hauser* (Jeder für Sich und Gott Gegen Alle). Direção: Werner Herzog. Intérprete: Bruno S. 1974. Alemanha, 1974.

¹³² A respeito, consultar NEWTON, Michael. *Savage Girls and Wild Boys*. A History of Feral Children. Londres: Faber and Faber, 2002.

uma abstração, ou seja, a seleção de alguns aspectos da pessoa para propósitos práticos. Minha pessoa, por outro lado, também se encontra em 'meus' pais, filhos, amigos, adversários, ancestrais e sucessores. (...) Um indivíduo é um nó isolado; uma pessoa é o tecido como um todo em torno desse nó, urdido a partir da totalidade do real. Os limites de uma pessoa não estão dados, dependem como um todo de sua personalidade. Sem os nós, a rede com certeza se desintegraria, mas, sem ela, os nós nem ao menos existiriam.¹³³

Por fim, um terceiro valor pode ser colocado em questão, a democracia, cuja base é a igualdade de todos os cidadãos integrantes de um mesmo grupamento social, o que significa igualdade perante a lei (passiva) e igualdade no discurso (ativa). Este pressuposto dos direitos humanos é reconhecido pela racionalidade moderna como a melhor ou mais adequada forma de governo. Contudo, não é a única existente, e impô-la pode significar a utilização de instrumentos não-democráticos. Com efeito, a intervenção de Estados de economia capitalista desenvolvida em Estados periféricos sob pretextos democráticos pode ferir de forma indelével a cultura desses povos. A imposição de uma forma de governo acaba por se materializar como tirania, acima, contra ou ao largo da manifestação da vontade popular. Veja-se que não se está questionando o valor da democracia, mas a sua inserção em um determinado contexto social que possui seus próprios valores. Neste caso, poderia representar uma violência e assim mesmo não se consolidar como idealmente poderia se esperar, justamente porque o processo evolutivo é diferente em cada sociedade e talvez não seja comparável em termos culturais. Quer dizer, enquanto pressupõe a igualdade dos indivíduos dentro de um sistema democrático de governo, o conceito ocidental de direitos humanos pode estar ignorando certas possibilidades de valores positivos segundo a especificidade da organização social de outras culturas, encobrendo potencialidades identificáveis.

¹³³ PANIKKAR, op. cit, p. 224.

Uma outra dificuldade que se coloca é que a fundamentação dos direitos humanos geralmente pressupõe a vontade da maioria dentro do regime democrático, mas não se discute a qualificação dessa vontade. Ou seja, estão dadas as condições de igualdade de participação com a efetiva aptidão dos cidadãos para construção do discurso político? Os regimes representativos, assim, seriam legítimos ao substituir a voz de todos pela de alguns? A voz das minorias tem reservado seu espaço de articulação política?

Sem ter claro estas limitações (e outras possíveis) não se pode pretender a construção da fundamentação multicultural dos direitos humanos. É preciso, assim, superar a univocidade do discurso na construção da idéia de dignidade humana e, conseqüentemente, de direitos humanos. Nenhum conceito pode ser universal porque os pressupostos não são reconhecidos universalmente.¹³⁴ Não é possível que uma só voz fale a diversas culturas e que todas elas entendam exatamente a mesma mensagem. A pluralidade cultural exige a pluralidade de vozes, para que justamente essa multiplicidade de sentidos possibilite o reconhecimento de valores universais. O problema não é a identificação desses valores, mas sim como tais valores se expressam em cada cultura e como eles podem ser defendidos e sustentados num contexto multicultural e prurívoco. Neste sentido, Panikkar afirma que não existem valores transculturais, mas sim interculturais.¹³⁵ Não é possível admitir valores transculturais, que perpassem as diferentes culturas e permaneçam sendo os mesmos para além dessa travessia; os valores podem ser interculturais, que dialogam segundo a identidade cultural de cada povo, unidos segundo uma

¹³⁴ Idem, p. 216-7.

certa funcionalidade, mas não segundo seus pressupostos, até porque, como já dissemos, a defesa de certas premissas implica na conclusão de que outras estejam equivocadas. Vale dizer, que umas sociedades pudessem ser consideradas mais avançadas do que outras.

Esta pretensão de construção da idéia de dignidade humana demonstra a preocupação com a hipótese totalitária, abraçando a idéia de universalidade dos valores e propondo um método de interpretação calcado nos sentidos, ou seja, nos valores de cada diferente cultura.

Neste sentido, referindo-se ao debate sobre o relativismo e o universalismo dos direitos humanos, Souza e Kretschmann assinalam que

Talvez não seja necessário simplesmente escolher entre o universalismo e o relativismo. Talvez seja melhor escolher o diálogo, a abertura, sem que signifique o abandono dos ideais da própria emancipação, ou dos princípios e fundamentos da moral própria, ainda mais quando se percebe que de uma forma ou de outra eles se encontram culturas muito distantes.¹³⁶

Em outras palavras, é altamente salutar a sustentação da idéia de dignidade humana sob diferentes linhas de pensamento. Ao se abrir a discussão já não importa o rumo que ela toma se o objetivo é comum, que é o alargamento da base de implementação e de efetividade dos direitos humanos. É através da discussão que se constrói a legitimidade e que se pode encontrar a superação das diferenças culturais. Em lugar da massificação da identidade cultural parece desabrochar uma forma de pensamento que valoriza a dignidade humana, que põe em lugar

¹³⁵ Idem, p. 221.

privilegiado o fato de todos conviverem em um só planeta, em uma casa única, e serem iguais apesar das diferenças. A dignidade da pessoa humana significa, então, que o indivíduo tem uma esfera existencial e política que lhe é própria, constituída de direitos e obrigações, que o torna um sujeito de direitos.¹³⁷

Desabrocha um pensamento de boa vontade, no dizer de KANT, um pensamento que é bom não porque é conforme a lei moral, mas porque é a própria lei moral. Lembrando da proposta de reconstrução dos direitos humanos feita por LAFER, almeja-se o exame das condições políticas e jurídicas que permitam assegurar um mundo comum, assinalado pela pluralidade e pela diversidade e vivificado pela criatividade do novo, que através do exercício da liberdade, que está ao alcance dos seres humanos, impeça a reconstituição de um novo “estado totalitário de natureza.”¹³⁸

É possível, desse modo, defender que a idéia de dignidade humana é formada por um conjunto de valores dados em uma determinada época e que podem ser considerados universais por se encontrarem em todas as sociedades, como valores interculturais. Evidentemente, não podem ser considerados imutáveis, mas sua universalidade não os cristaliza de modo a impedir sua evolução segundo o contexto histórico. A ética, enquanto fundamento do direito, opera com estes valores universais no momento da realização dos direitos humanos. E não podia ser

¹³⁶ SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de; KRETSCHMANN, Ângela. **A universalidade dos direitos humanos no discurso internacional**. Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito – Unisinos. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p.142.

¹³⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O direito no século XXI: Desafios epistemológicos**. In Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, 2005, p. 292.

¹³⁸ LAFER, Celso, op. cit., p. 15.

diferente, pois a total relatividade em termos de direitos humanos abre espaço ao totalitarismo, como a história bem demonstrou.

2.3 Direitos Humanos substancializados – uma concepção dos direitos sociais a partir da fundamentação ética

Em geral, a proteção dos direitos de igualdade se faz através da positivação em normas constitucionais, que passam a assegurar ao Estado de Direito, regido pela lei e não pela vontade de um soberano, sua dimensão democrática. No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou os direitos sociais logo no Preâmbulo, como objetivos e valores supremos do Estado brasileiro, e no artigo 6º descreveu-os.

No entanto, a efetividade destes objetivos não se faz simplesmente com o reconhecimento normativo. É preciso incorporar os valores da Carta constitucional no cotidiano dos tribunais, na prática diária do direito, de modo a torná-los concretos.

Isso não se faz sem o reconhecimento de que os direitos sociais, enquanto desdobramento dos direitos humanos, não dependem e não estão atrelados ao seu *status* jurídico normativo, mesmo porque, segundo HÖFFE:

Quien tematiza los derechos humanos sólo en cuanto derechos fundamentales escritos, no sólo ignora su estatus jurídico-moral, sino que reduce también su potencial crítico. Sólo aquel que proceda separando claramente los derechos humanos de los fundamentales, y refiriéndolos unos a otros, podrá aportar, por un lado, la posibilidad de seguir desarrollando críticamente, en nombre de los derechos humanos, aquellos otros derechos fundamentales que se hallan realmente en vigor dentro de un ente común; y, por otro, formular la tarea de ampliar la protección de los derechos fundamentales, más allá de un ente común particular, a la coexistencia de todos los entes comunes, a una comunidad jurídica

internacional.¹³⁹

Quer dizer, impõe-se a necessidade de reconhecer que tais direitos são os suportes e não as conseqüências do Estado Democrático de Direito, que o fundamentam e não que encontram nele o fundamento de sua validade.

O caminho que se propõe para alcançar este objetivo inicia com o resgate dos antecedentes do Estado Moderno e passa pela fundamentação ética-filosófica dos direitos sociais.

2.3.1 Antecedentes e conseqüências do Estado liberal

O nascimento do Estado de Direito através do rompimento com o absolutismo, marcadamente com a *Magna Carta Libertatum* do Rei João Sem Terra, o *Bill of Rights* inglês, a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração de Direitos Humanos Francesa, cada um com sua contribuição específica, revelou o primeiro momento da construção da idéia de direitos humanos. Era o início do reconhecimento dos direitos de liberdade.

Todo rompimento com a ordem estabelecida é fruto de embates e enfrentamentos que envolvem a sociedade em contraposição às práticas dos governantes e dos poderosos, não há dúvida. No entanto, é preciso constatar, os movimentos sociais que deram origem aos documentos que primeiro exaltaram a liberdade como um direito do povo não refletiam os interesses de todos os membros da sociedade. Eram insurgências de determinados segmentos que tinham interesses econômicos conflitantes com a ordem absolutista. Neste diapasão, o importante era

¹³⁹ HÖFFE, op. cit., p. 168-9.

garantir a liberdade do comércio, de expressão, de circulação, mas, fundamentalmente, era importante garantir a não interferência do poder estatal, até então representado pelo rei soberano, na iniciativa privada.

Estes direitos tão perseguidos pelos burgueses conferem uma feição tipicamente liberal ao então nascente Estado de Direito. A primazia da lei em face dos poderes do governante, limitando suas ações e, em contra-partida, liberando (por isso mesmo denominado Estado Liberal) os particulares para agir conforme sua própria conveniência, identifica esta primeira fase do nascimento do Estado Moderno. Assim, os chamados direitos de liberdade, que dão a primeira dimensão aos direitos humanos, estão nitidamente atrelados à condição privilegiada dos segmentos da sociedade que se diferenciam pela riqueza que possuem, os proprietários.

A liberação dos particulares para atuar conforme suas conveniências acabou gerando, ao longo do tempo, distorções importantes que acabaram precipitando conseqüências nas tradicionais funções do Estado. O progresso da ciência trouxe contribuições para o desenvolvimento econômico. A imprensa e a máquina a vapor, por exemplo, deram impulso importante na produção industrial no final do século XIX e início do século XX. Era o florescer da revolução industrial, que, não obstante, acabou ecoando negativamente no campo social. Apesar de inúmeros progressos, a era da industrialização gerou uma enorme massa de trabalhadores explorados, sem garantias mínimas de subsistência, seja em razão de salários miseráveis ocasionados pela grande oferta de mão de obra, seja pelas precárias condições de trabalho, como jornadas de trabalho inumanas, insalubridade, insegurança, ausência

de proteção às crianças etc. A exploração do trabalho humano em nome da liberdade dos particulares em relação ao Estado chegou a patamares inimagináveis. Em nome da liberdade garantida pela lei, os proprietários negociavam a mão de obra trabalhadora como se tratasse de mercadoria, insumo à disposição da livre iniciativa. O argumento em defesa desta liberalidade era a recíproca liberdade que, em tese, também tinham os trabalhadores, podendo escolher a melhor maneira de empregar sua força de trabalho ou então identificar e optar pelo que entendessem como melhor forma de viver. Thomas Hobbes nos dá uma idéia dessa concepção ao tratar "da liberdade dos súditos", no *Leviatã*: "a liberdade dos Súditos está, somente, naquelas coisas permitidas pelo Soberano ao regular suas ações, como a Liberdade de comprar e vender ou realizar contratos mútuos; de cada um escolher sua residência, sua alimentação, sua profissão, e instruir seus filhos conforme achar melhor etc."¹⁴⁰

Não obstante, a realidade colocava obstáculos intransponíveis para a *realização* dos "direitos naturais" por todos os homens, principalmente em razão da concentração dos meios de produção e de recursos econômicos nas mãos de poucos. O único bem disponível aos trabalhadores era sua força de trabalho, sempre colocada no "mercado" de forma depreciada pela grande oferta.

A consequência deste quadro pintado pela revolução industrial foi a revolta da massa trabalhadora. Inicialmente de modo voluntário e depois de modo mais organizado, em associações e sindicatos, os trabalhadores passaram a exigir melhores condições de trabalho e melhores salários, tendo por principal instrumento

¹⁴⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ícone, 2003, p. 156.

a greve. Logicamente, esta estratégia colheu frutos, pois a parada na produção gerava prejuízos significativos aos industriais, que se viram obrigados a fazer concessões.

Como o surgimento da questão social, com a revolução industrial, representou a fim da idéia de que a sociedade poderia se desenvolver de forma autônoma, sem intervenção estatal, o Estado teve de transformar as conquistas dos trabalhadores em garantias legislativas, pois também contra o Estado se dirigiam os protestos da massa trabalhadora. Nasce aí, portanto, a fase intervencionista do Estado na economia, como forma de balizar minimamente as relações entre os particulares, pois a experiência demonstrava o lado maléfico da liberdade sem limites.

2.3.2 Estado de Direito e Estado Democrático de Direito

A própria idéia de Estado de Direito pressupõe a garantia dos direitos fundamentais ou, dito de outro modo, necessita da positivação dos direitos humanos. Os direitos fundamentais integram, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional (ou de direito), constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.¹⁴¹ A razão é que a especificação dos poderes do Estado através da lei impõe a preliminar distinção dos direitos dos cidadãos. Assim, ao mesmo tempo em que integram os objetivos e consolidam o Estado como Estado de Direito, os direitos humanos positivados, ou direitos fundamentais, legitimam o Estado.

Com a crise de legitimação do poder do soberano no Estado absolutista, operacionalizou-se uma mudança de paradigma. Em lugar da garantia da liberdade subjetiva pelo controle dos conflitos sociais (a cargo do soberano), exige-se a realização de outros interesses individuais positivos, identificados com o desenvolvimento de uma teoria jusnaturalista e a codificação desses direitos. Com isso, o indivíduo é colocado no centro da vida política e social e o monarca, como representante absoluto do poder, deixa de ser importante como personificação. Quer dizer, a Lei, que garante a defesa e a realização dos interesses individuais, protege o cidadão contra o exercício arbitrário do poder através de esquemas abstratos e convencionais.

No Estado de Direito liberal a positivação se restringe aos direitos de liberdade. A idéia é afastar o Estado na iniciativa privada, de modo que os direitos dos cidadãos fiquem afetados na menor medida possível. Contrariamente, o Estado Democrático de Direito pressupõe e é fruto da participação de todos os cidadãos nos fins do Estado. Ele agrega elementos que buscam dar uma feição mais humana ao Estado de Direito. E faz isso através do reconhecimento dos direitos de igualdade, buscando corrigir as distorções ocasionadas pelo Estado liberal. Como assinala HÖFFE,¹⁴² uma comunidade jurídica particular pode se qualificar como Estado constitucional democrático e de direito somente se reconhecer não só os direitos liberais de liberdade, mas também os de participação democrática e os direitos sociais.

¹⁴¹ SARLET, 2004, op. cit., 67-8.

¹⁴² HÖFFE, op. cit., p. 168.

A articulação entre os princípios da moral, liberdade e igualdade, e o Estado Democrático de Direito evidencia o caráter ético deste último. Assim, o Estado só pode ser considerado Democrático se a vontade livre dos homens contribuir para sua realização. Se a vontade livre é imperativo da razão prática, o Estado Democrático só se realiza de acordo com as regras da ética. Por isso, reconhece-se o valor da democracia como um bom regime de governo, pois agrega a ética ao ordenamento jurídico. A consagração do Estado Democrático de Direito não depende unicamente da garantia de direitos individuais. Depende da garantia da possibilidade de implementação concreta desses direitos, ou seja, depende da garantia dos chamados direitos sociais, ou seja, direitos que se cristalizam no mundo dos fatos como ações de realização dos direitos do indivíduo. Em outras palavras, ausência ou insuficiência de garantias jurídicas para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais não significa que se está diante de meras exortações à ação estatal.¹⁴³

Neste sentido, embora as primeiras formas de Welfare tenham visado, na realidade, a contrastar o avanço do socialismo, procurando criar a dependência do trabalhador ao Estado,¹⁴⁴ os direitos sociais serviram como instrumento político e jurídico à democratização do sistema econômico e social da sociedade liberal.¹⁴⁵

2.3.3 Direitos de liberdade e direitos de igualdade – sobre as dimensões dos direitos humanos

¹⁴³ COMPARATO, op. cit. p. 336.

¹⁴⁴ BOBBIO, 1993, op. cit., p. 401.

¹⁴⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In.: Sarlet, Ingo Wolfgang (org). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 128.

O incremento do catálogo dos direitos humanos com os chamados direitos sociais trouxe novos elementos à teoria dos direitos humanos. À parte da divergência sobre a origem natural ou construída dos direitos sociais, tratada no item anterior, o certo é que há um aumento qualitativo e quantitativo perfeitamente distinguível no rol dos direitos humanos. Enquanto os direitos de liberdade apresentam-se como direitos à omissão do Estado, os direitos sociais apresentam-se como direitos à sua atuação. Desse modo, costuma-se dividir os direitos humanos segundo seu surgimento e características. Os direitos de liberdade são postos como direitos de primeira geração e os de igualdade como direitos de segunda geração.

É importante referir que o termo geração causa uma certa incompreensão quando o entendimento fica limitado ao sentido de grupo de coisas ou pessoas identificados com uma mesma época, pois pode levar à desconsideração do acúmulo gerado na sucessão das linhagens, por assim dizer. Ocorre que o termo é utilizado para designar não só os grupos de direitos que se reúnem segundo certas características, mas também para referir à própria historicidade. Não resta dúvida de que os direitos humanos de liberdade são anteriores, quanto ao seu surgimento, ou geração (considerado o reconhecimento humano desses direitos), aos direitos sociais. Ambos aparecem na história da humanidade em momentos distintos e bastante identificáveis, propiciando a diferenciação teórica.

Embora se reconheça que a identificação dos direitos humanos segundo sua geração não seja imprópria, parece mais construtivo e adequado considerá-los como uma unicidade. Neste sentido, o surgimento de uma nova linhagem de direitos com o

Estado Social descortina uma face até então desconhecida dos direitos humanos. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade e não de alternância.¹⁴⁶ Mas, para além disso, a teoria dimensional dos direitos humanos (que a ele se refere tendo em vista as suas diversas dimensões) afirma sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito interno e, de modo especial, na esfera do direito internacional.¹⁴⁷ Portanto, parece mais próprio referir-se aos direitos humanos segundo suas dimensões, lembrando sempre que elas estão conectadas.

A referência a uma nova dimensão de direitos, com a emergência da questão social, não pode restringir a compreensão dos direitos humanos, mas sim alargá-la, porque adiciona à teoria importantes subsídios retirados da realidade social, até então não percebidos no modelo teórico anterior.

Sendo assim, ao direito à liberdade se agrega uma nova dimensão, dela indissociável, que completa os direitos humanos em sua dimensão social, que é o direito à igualdade. Trata-se, pois, de uma relação indissociável entre liberdades individuais e direitos sociais, de modo que se pode seguramente afirmar que o direito à vida, que expressa uma dimensão deste direito humano, só pode ser compreendido integralmente quando observado também em seu viés social, que se materializa no direito à saúde e à alimentação, que expressam uma outra, e não menos importante, dimensão. Da mesma forma, não basta o direito ao exercício de qualquer profissão, é preciso um posto de trabalho; não basta o direito a opinião, é preciso ter condições de formar essa opinião com educação etc.

¹⁴⁶ SARLET, 2004, op. cit., p. 53.

A nota distintiva dos direitos sociais em relação dos direitos de primeira geração é sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas de propiciar um direito de participar do bem-estar social. Não se cuida mais da liberdade perante o Estado, e sim da liberdade por intermédio do Estado.¹⁴⁸

2.3.4 Fundamentos éticos dos direitos sociais

Uma dificuldade inicial que se apresenta na abordagem filosófica dos direitos sociais é a sua redução à noção de direitos fundamentais. Se, por um lado, como lembra BARRETTO,¹⁴⁹ o termo fundamental remete àquilo que é essencial, necessário ao ser humano, por outro lado costumou-se associar o termo aos direitos de carácter social que tenham sido positivados. Este segundo aspecto, predominante no pensamento jurídico contemporâneo, acaba limitando o conteúdo filosófico e fundamental – no sentido de fundação, de fundamento – dos direitos sociais.

Já se disse que os direitos sociais nasceram como complemento necessário para equilibrar as distorções do Estado liberal moderno, notadamente concentrador de recursos, de forma a garantir o acesso de todos à justiça social. Bem, ainda que o Estado liberal tenha sido o leito de seu nascedouro, não se pode admitir que os direitos sociais estejam atrelados a um ou outro Estado especificamente, por mais liberal que seja. Assim como a idéia de dignidade humana, os direitos sociais não dependem de disposições normativas dos Estados para que sejam reconhecidos

¹⁴⁷ Idem, p. 54.

¹⁴⁸ Idem, p. 55.

¹⁴⁹ BARRETTO, 2003, op. cit., p. 123.

como necessários ao indivíduo, simplesmente em razão da sociabilidade que é a marca da humanidade. Ora, se dizem respeito à condição humana, é a ela que se agregam e desenvolvem, independentemente de conjecturas circunstanciais e governamentais. Ademais, pensar os direitos sociais como direitos fundamentais positivados limita o alcance do seu fundamento ético, impedindo sua operacionalidade universal.

Ligada a esta questão está a noção equívoca de que os direitos sociais são direitos programáticos. Certamente são dependentes das possibilidades de concreção que o Estado possui, visto que na medida em que exigem uma atuação positiva do Estado, são necessários recursos materiais para sua implementação. Mas, ao mesmo tempo em que se configuram como programas de ação, servem de parâmetro para aferir e legitimar a atuação estatal. Ou seja, ao funcionar, o Estado não pode agir em detrimento dos direitos sociais, que o legitimam enquanto Estado democrático. Este entendimento, contudo, não prevalece diante do ideário liberal, que defende a livre iniciativa e o mercado como agentes responsáveis pelos ajustes necessários no atendimento das necessidades individuais, de modo que se subordina a realização dos direitos sociais à discricionariedade do governo e se obscurece a sua função ética e legitimadora do funcionamento estatal.

As dificuldades na leitura do texto constitucional, originadas no ideário liberal individualista, só podem ser superadas com uma fundamentação lógico-racional dos direitos sociais, a fim de que possam ser integrados no núcleo normativo do Estado democrático de direito.¹⁵⁰ Para que isso seja possível, é imperioso que os direitos

¹⁵⁰ Idem, p. 108.

sociais deixem de ser vistos como suplementares das garantias individuais tradicionalmente liberais e se sustentem em bases mais sólidas, na forma de materializações dos direitos de liberdade, mesmo porque respondem justamente à desigualdade social e econômica da sociedade liberal. Por isso, a fundamentação ética dos direitos humanos conduz à compreensão de que os direitos sociais devem ser considerados imprescindíveis. Como toda pessoa possui direitos simplesmente por sua condição humana, a realização ou a concretização desses direitos é necessária para que se possa afirmar tal condição. Não é só com a omissão do Estado que os direitos humanos se realizam, mas com ações de implementação material de tais direitos.

Assim como se justificam os direitos humanos de primeira dimensão na esteira da filosofia kantiana da moral, os direitos de segunda dimensão submetem-se aos mesmos imperativos categóricos, porque apenas revelam outra face do mesmo direito humano. Afinal, a regra moral kantiana, racionalizada em leis morais, deriva apenas da condição humana de sociabilidade. Decorre dessa assertiva o fato de que o indivíduo tem direitos, mas também tem deveres em relação à integralidade da proteção que o Estado lhe confere.

Como o pressuposto fundamental dos direitos sociais é a característica humana da sociabilidade, é certo que o imperativo categórico da moral, que dita regras ao indivíduo, considera sua inserção em uma determinada comunidade social. O indivíduo, que deve tratar o outro como fim e não simplesmente como meio – porque deve agir como se sua ação pudesse ser erigida como regra de ação universal ou, em outras palavras, porque deve agir com os outros do mesmo modo

que quer que os outros ajam com ele –, age assim pelo simples fato de ser humano e, conseqüentemente, ser um ente social. O dever que ressalta do imperativo é o dever em relação aos outros membros da mesma comunidade, da qual o homem depende para viver. Logo, a desigualdade não é natural, porque desvincula da liberdade o seu componente positivo necessário, que é a igualdade. Separam-se direito e dever, criando espaço para a barbárie. Quando o sujeito vê o outro como limite à sua ação, ou seja, deixa de vê-lo como meio para seu objetivo e passa a vê-lo como um fim em si mesmo, concomitantemente ele utiliza e faz valer a lei moral.

Neste sentido, aliás, BARRETTO lembra que a dignidade humana pressupõe tanto a garantia do exercício como a limitação, ou seja, tanto o direito como o dever:

Quando nos referimos à condição humana e à dignidade humana como sendo seu referencial básico, que serve para conceituar a pessoa humana através de uma identidade própria, afirmamos que a dignidade e o respeito somente poderão ser concebidos na medida em que existam condições comuns, vale dizer, quando cada ser humano mereça igual respeito e consideração. Os direitos reclamados por cada pessoa exigem que esta pessoa aceite o mesmo tipo e qualidade de demanda por parte do seu semelhante.¹⁵¹

A conclusão óbvia e necessária é que a limitação do imperativo categórico aos direitos de liberdade, ou à primeira dimensão dos direitos humanos, é logicamente impossível. Se o sujeito pretende alcançar a riqueza e com isto retira do outro uma importante parcela do que lhe caberia dentro da comunidade, deixando-o na pobreza, ele viola a lei moral, porque a sua ação não observa a finalidade em si, que o outro sujeito ostenta. Ao fazer valer a liberdade sem a igualdade, a ação não é legitimada pelo imperativo moral. Logo, não é eticamente defensável. Neste sentido,

¹⁵¹ BARRETTO, 2004, op. cit., p. 299.

por exemplo, a defesa da propriedade só é legítima e eticamente defensável se, e em primeiro lugar, não servir para concentrar renda nas mãos de poucos e, por outro lado, não comprometer a possibilidade de acesso à moradia da maioria. Em todos os casos, a liberdade estaria valendo em detrimento da igualdade e as leis da ética seriam negadas.

A regra do imperativo categórico que relaciona direito e dever é estrutural: serve de base para o entendimento e conseqüente realização dos direitos sociais através da possibilidade de construção da idéia de dignidade da pessoa humana. Assim é que o livre desenvolvimento da individualidade só se torna possível acima de um certo nível de garantias, de modo que as pessoas possam tomar parte da sociedade como cidadãos.¹⁵²

Partindo desta possibilidade de se estabelecer um parâmetro ético para operacionalizar a idéia de dignidade humana em um patamar único para toda a humanidade, os direitos sociais ganham contornos relativamente diversos segundo a realidade social de cada comunidade, mas não perdem sua identidade. Se a regra moral é a mesma, os direitos sociais são imprescindíveis em todas as culturas, independentemente dos valores que as norteiem.

Os valores encontrados nas diferentes culturas devem ser submetidos ao crivo de critérios racionais, que se encontram definidos pelo imperativo categórico, para que se possa averiguar quais deles originam-se na experiência sociocultural objetiva, representando características comuns dos seres humanos. Essas características é que possibilitarão avaliar a possível natureza

¹⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 469.

universal dos direitos humanos e suas relações com as diferentes realidades culturais.¹⁵³

Do mesmo modo que os direitos humanos encontram uma regra universal de operatividade no imperativo moral, como um modo de ser da condição humana, o desdobramento dos direitos humanos em uma dimensão nova, que é a igualdade, encontra a mesma regra ética. O preenchimento da regra segundo as condicionantes históricas não prejudica a imperatividade, tão só a enriquece de conteúdo. Se os direitos humanos encontram expressão nos valores, também os direitos sociais neles encontram sua face, revelada sempre, e de novo, sob a ótica da lei moral.

3. A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS

Procurou-se, até aqui, em consolidar a idéia de direitos humanos vinculada aos

¹⁵³ BARRETTO, 2004, op. cit., p. 299.

direitos sociais enquanto um todo indivisível, unitário. No aspecto teórico foram fixados elementos históricos normativos e conceituais e lançados os pressupostos para uma análise crítica do problema da efetividade dos direitos humanos de cunho social.

É esta crítica que se pretende iniciar neste capítulo. A proposta é abordar o tema sob dois enfoques distintos, não opostos, mas complementares.

Primeiramente, trata-se do debate sobre a inefetividade dos direitos sociais. Logicamente, se está falando dos argumentos que se utilizam na defesa de pontos de vista sobre a questão. Na primeira parte deste subtítulo o enfoque recai sobre o paradigma racionalista no âmbito do Estado Social, ou seja, discute-se em que medida a implementação dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito está comprometida pelo senso comum jurídico (título 3.1.1). Depois, passa-se à crítica de três teorias que geralmente estão ligadas à limitação da eficácia dos direitos sociais. Elas tratam dos direitos sociais enquanto mínimo existencial (título 3.1.2), da reserva do possível em termos de concretização dos direitos sociais (título 3.1.3) e da gradação dos direitos humanos em gerações (título 3.1.4).

A segunda parte do capítulo é dedicada à crítica da jurisprudência, de modo que se procura apontar os limites impostos pelo próprio Judiciário na implementação dos direitos humanos de caráter social. Também se pretende referir em que medida os argumentos das decisões judiciais estão comprometidas com uma tradição teórica racionalista.

3.1 O Debate Sobre os Limites para a Efetividade dos Direitos Sociais

3.1.1 Constitucionalismo social e socialismo formal – insuficiências estruturais e epistemológicas na implementação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos

A preocupação revelada nesta parte do trabalho diz respeito à baixa efetividade dos direitos sociais constitucionalmente garantidos no Brasil. Quer-se investigar os problemas que obstaculizam a concretização desses direitos no plano epistemológico.

Reconhece-se, com CANOTILHO,¹⁵⁴ que a Constituição brasileira é uma Constituição notadamente dirigente, ou seja, uma Constituição que enuncia fins, programas e diretrizes que pautam a atuação do Estado no sentido de transformar a ordem política, econômica e social.¹⁵⁵ Contudo, como afirma STRECK, se de um lado temos uma Constituição que garante esses direitos da forma mais ampla possível, de outro temos uma sociedade carente de realizações de direitos.¹⁵⁶ Portanto, a necessidade de adaptação dos sistemas de prestações sociais às transformações da sociedade não pode ser desconsiderada, nem o clamor elementar por segurança e justiça sociais – em suma, por direitos sociais efetivos – o que continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado.¹⁵⁷

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

¹⁵⁵ Embora CANOTILHO tenha revisto seu posicionamento quanto à defesa da Constituição dirigente, principalmente em face das características da Constituição Portuguesa e do processo de comunitarização da União Européia (para maior aprofundamento da questão, ver o prefácio da segunda edição da obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*), “é possível afirmar a continuidade da validade da tese da Constituição dirigente (uma vez adequada a cada país, com ênfase em países como o Brasil, em que o coeficiente de promessas da modernidade incumpridas é extremamente elevado)”. Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 195.

¹⁵⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁵⁷ SARLET, 2004, op. cit., p. 136.

Na tentativa de trazer uma contribuição a esta reflexão, propõe-se a abordagem do problema por dois enfoques que estão conectados: o primeiro, que poderia ser chamado de estrutural, se relaciona com as promessas não cumpridas do Estado de Bem Estar Social e por conseguinte do Constitucionalismo Social; o segundo é conceitual e diz respeito às dificuldades epistemológicas na superação do paradigma racionalista que opera como componente ideológico¹⁵⁸ no Direito.

Deve-se ressaltar que não se tem a pretensão, no âmbito deste trabalho, de apresentar alternativas teóricas ou práticas que apontem para a superação das dificuldades que se pretende abordar. Quer-se esboçar um diagnóstico do contexto em que se situa o constitucionalismo contemporâneo.

Do ponto de vista estrutural, a baixa efetividade dos direitos sociais fundamentais no Brasil está colocada no contexto da pós-modernidade¹⁵⁹ e das insuficiências do projeto da modernidade, o que passa pela crise fiscal do Estado Social. Trata-se, então, de demarcar os elementos que caracterizam de forma pragmática essa realidade.

¹⁵⁸ O alcance do termo ideologia é bastante amplo, como refere CÁRCOVA: “*A ideologia parece alcançada, assim, por uma espécie de castigo auto-referencial. Empenhada ela própria em dar conta da aparência, em denunciar o erro, em funcionar às vezes como idéia, outras vezes como materialidade expressiva das práticas sociais, acaba dissolvendo-se numa imensa variedade de sentidos*”. Cf. CÁRCOVA, Carlos Maria. **A Opacidade do Direito**. São Paulo: LTR, 1998, p. 125. Contudo, como este mesmo autor conclui, é importante não abandonar o conceito, pois permite melhorar as possibilidades cognitivas, principalmente por ter desempenhado papel extremamente importante na formação e no desenvolvimento do direito moderno (p. 126).

¹⁵⁹ É importante referir, com Boaventura de Sousa SANTOS, que não há um consenso sobre o conceito de pós-modernidade, porém o esgotamento das possibilidades do racionalismo moderno quanto às suas promessas de bem estar geral é um indicativo de que estamos numa época de transição paradigmática, ou seja, em uma época que não aceita mais os rótulos da modernidade. Cfe. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente** – Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002, p. 29-35. Por isso, pretendemos utilizar a expressão sem as conotações dadas por uma ou outra teoria, mas como simples referência à superação dos marcos paradigmáticos da modernidade.

Do ponto de vista conceitual, faz-se um levantamento das questões que se colocam como barreiras não explícitas no âmbito da concretização dos direitos sociais constitucionalmente garantidos e que emergem do sistema jurídico na forma de um senso comum teórico.

A possibilidade de promover a construção de uma base de sustentação sólida para a fundamentação dos direitos sociais passa, necessariamente, pela abordagem dos pressupostos empíricos e teóricos que se apresentam como antecedentes. Neste momento pode-se afirmar que os pontos de vista estrutural e conceitual se encontram numa só perspectiva, que é o panorama da baixa concretude dos direitos sociais.

3.1.1.1 Os dilemas da modernidade e as possíveis insuficiências do Estado Social

O surgimento da questão social com a Revolução Industrial, que impôs um sistema de previdência social em face da extrema pobreza da classe trabalhadora, representou o fim da idéia de que a sociedade poderia se desenvolver de forma autônoma, sem intervenção estatal.

Como já se disse, ainda que o Welfare State tenha tido a primeira intenção de debelar os avanços do socialismo, de modo a criar a dependência do trabalhador ao Estado, o intervencionismo assistencialista passou a caracterizar o Estado Moderno.¹⁶⁰ Este modelo de Estado é calcado na idéia de que uma sociedade deixada a seus próprios mecanismos auto-reguladores pode chegar à

irracionalidade. Só a ação estatal teria capacidade de neutralizar os efeitos disfuncionais de um desenvolvimento econômico e social sem controle. O Estado é concebido como regulador necessário do sistema social e responsável pela estruturação da sociedade.

Além disso, viu-se a necessidade de dar um conteúdo material mais efetivo aos valores do Estado Liberal (liberdade, propriedade individual, igualdade, seguridade jurídica, sufrágio), o que é feito a partir do pressuposto de que o indivíduo e a sociedade só se realizam na reciprocidade. Ou seja, só se realiza a liberdade se ela estiver acompanhada de garantias formais de realização das mínimas condições existenciais e da real possibilidade de seu exercício.¹⁶¹

Como não podia deixar de ser, juntamente com a idéia de Estado Social nasce o Constitucionalismo Social. Mesmo porque, segundo STRECK, “o constitucionalismo consolidado pela tradição jurídica finca raízes no mundo contemporâneo a partir da noção de Constituição como estatuidora de limitações explícitas ao governo nacional e aos estados individualmente”.¹⁶²

A Constituição de Weimar, como paradigma desse modelo, exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu, na Alemanha de 1919, uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou, efetivamente, até o final do

¹⁶⁰ BOBBIO, 1993, op. cit., p. 401-2.

¹⁶¹ GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 26-30.

século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo.¹⁶³

Ao lado dos direitos individuais tradicionalmente instituídos como garantias contra o Estado, a Constituição de Weimar consagrou também os direitos sociais que, ao contrário daqueles, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental. Aqui, são grupos sociais inteiros, e não apenas indivíduos, que passam a exigir dos Poderes Públicos uma orientação determinada na política de investimentos e de distribuição de bens¹⁶⁴; o que implica uma intervenção estatal no livre jogo do mercado e uma redistribuição de renda pela via tributária.

O projeto da modernidade era orientado pelo Constitucionalismo Social. Baseado na ordenação dos diversos componentes da sociedade industrial, pretendia-se que a produção de bens atendesse aos anseios do empreendedor e às expectativas colocadas no mercado e, ao mesmo tempo, oferecesse suficientes postos de trabalho como forma de distribuir renda e de alimentar a cadeia produtiva, sem risco de grandes disparidades entre a oferta e a procura. O arranjo moderno se completa com a arrecadação de impostos em quantidade adequada à promoção, pelo Estado, das políticas de investimento em infra-estrutura, saúde, saneamento

¹⁶² STRECK, op. cit., p. 96.

¹⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Alemã de 1919*. In Biblioteca Digital de Direitos Humanos. DHNET.

básico, educação, previdência e tudo o mais que não se coadunasse com a idéia de lucro.

No caso do Brasil, embora seja certo que o modelo – baseado nas máximas “Ordem e Progresso” – não tenha acompanhado no mesmo passo o desenvolvimento do Estado Moderno (enquanto modelo característico do liberalismo construído a partir da Revolução Francesa), não é menos certo que ele tenha adotado características que o identificam com este modelo. Trata-se também de um Estado que reconhece constitucionalmente o direito do cidadão de ser protegido através de prestações públicas estatais, dando guarida a uma fórmula de igualdade que aparece como fundamento para a atitude interventiva.¹⁶⁵

De modo geral, e principalmente nos países desenvolvidos, no início dos anos 60 o Estado de Bem Estar Social começa a enfrentar uma séria crise fiscal. É quando se torna sensível o descompasso entre as receitas e as despesas, o que se aprofunda de maneira dramática na década de 70, com a crise energética. Diminuindo a arrecadação fiscal e aumentando as despesas com o crescimento da população carente, o Estado não consegue mais dar conta da demanda pela realização das prestações sociais a que se havia obrigado.

Percebem-se mudanças estruturais em razão da realidade do capitalismo organizado, que concentra capital e se desenvolve na forma de capital financeiro volátil, sem identificação clara de fronteiras. A cultura pós-moderna opera uma ruptura no projeto moderno. O Estado passa a se preocupar com a valorização do

¹⁶⁴ Idem, *ibidem*.

capital industrial e a intervir ativamente dentro do processo financeiro em prejuízo de políticas de intervenção pública de caráter social.

Um dos reflexos mais marcantes desse fenômeno tem relação com as funções do Estado. Concebido pelo Constitucionalismo Social como provedor ideal, o Estado encarregou-se de ampliar seus domínios como forma de aumentar a intervenção na sociedade para distribuir da melhor forma os recursos da produção. Conseqüentemente, ao contrário do Estado Liberal individualista, o Estado Social tomou para si atividades antes desempenhadas exclusivamente pela iniciativa privada, notadamente nos setores tidos como estratégicos, como petróleo, siderurgia, energia elétrica, telefonia e o mais.

Com o advento da globalização e a crise fiscal, o tamanho do Estado, afogado pela burocracia, foi apontado como responsável imediato pelo abandono da função de corrigir as deficiências sociais, sob o argumento de que deveria se concentrar em prover as necessidades mínimas da população. Retorna-se, assim, às idéias dos liberais clássicos, renovadas pelos chamados neoliberais, como HAIYEK.¹⁶⁶ O processo de privatização é o resultado da implementação dessas idéias. Contudo, este processo não se limita a excluir do Estado as funções tipicamente privadas, ligadas à idéia de lucro e exploração, vai até atividades que atendem necessidades básicas da sociedade, como saúde, saneamento básico, ensino, energia elétrica, etc. Ou seja, a possibilidade de efetivação de parte dos direitos sociais fica dificultada pela ausência dos meios de realização, agora em mãos particulares e

¹⁶⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 37-8.

sujeitos aos interesses conjunturais do setor privado.

Aquela idéia de Constitucionalismo Social é vista agora mais como um obstáculo ao funcionamento da economia do que como instrumento de realização da sociedade. Evidentemente, as imposições constitucionais são incompatíveis com a pretensão de lucro. Os programas sociais que se colocavam prioritariamente prejudicam a livre disposição dos recursos públicos e conseqüentemente dos investimentos nas áreas de interesse dos grupos econômicos, que concentram a maior parte da riqueza disponível. O movimento de desintervenção econômica do Estado, afirma VITAL MOREIRA,¹⁶⁷ voltou a pôr em questão a constitucionalização da economia, do trabalho, bem como os direitos sociais. Não faltam apelos ao regresso às origens, à Constituição Liberal, despojada das "superafetações excrescentes" que a sobrecarregam.

É evidente, neste quadro, que as prioridades constitucionais em Estados não desenvolvidos – onde os avanços em benefícios sociais propiciados pelos “anos de ouro” do pós-guerra não foram bem implementados, como no caso brasileiro –, ensejam um déficit social muito maior. E não é preciso citar muitos números para constatar empiricamente essa defasagem, basta ver que hoje há 25 milhões de brasileiros vivendo abaixo da linha de pobreza.¹⁶⁸ Estamos, sem dúvida, numa época de contrastes marcantes: ao passo que uma pequena parte privilegiada da sociedade tem pouco ou nenhum contato com a fábrica – monumento e símbolo da

¹⁶⁶ Ver, por exemplo: HAYEK, Friedrich A. **O Caminho da Servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

¹⁶⁷ MOREIRA, Vital. **O futuro da Constituição**. In Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau et al. org. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 327.

modernidade – e vive num mundo de informação, outra parte, a maior, sequer tem o que comer ou é alfabetizada. Em um de seus manifestos, WARAT dá a exata medida dessa realidade:

(...) em nossas cidades ainda perduram arcaicas estruturas e mentalidades. A era da comunicação eletrônica começa a ser desenvolvida, para nosso cotidiano, no interior de uma cultura de bens precários. Para muitos milhões de latino-americanos, consumir é um sonho inatingível. Milhões deles consomem imagens e morrem de fome.¹⁶⁹

Ao final do século passado, os princípios e mecanismos básicos forjados pelo Constitucionalismo, como as liberdades fundamentais, o equilíbrio dos poderes e a segurança do direito, alimentavam um projeto jurídico-político considerado capaz de enfrentar a crescente complexidade sócio-econômica gerada pelo capitalismo mercantil. Hoje, com a globalização dos mercados e a internacionalização do sistema financeiro, valores como ganhos incessantes de produtividade, acumulação ilimitada e livre circulação de capitais converteram-se em novos imperativos categóricos, transcendendo os limites da economia e contaminando todas as demais esferas da vida civil.¹⁷⁰

Com o desenvolvimento da informática e o advento de estruturas mais flexíveis de produção, as fronteiras econômicas se dissolvem. A capacidade dos governos de gerir livremente seus investimentos de política monetária, fiscal, trabalhista e previdenciária é relativizada. E o exercício de suas funções alocativas, corretivas e distributivas fica comprometido, minando assim a efetividade de suas constituições

¹⁶⁸ Segundo estudo do Centro Internacional de Pobreza, órgão ligado ao PNUD com sede no Brasil, disponível em: <<http://www.andes.org.br/imprensa/ultimas/contatoview.asp?key=3075>>. Acesso em 26.05.2005.

¹⁶⁹ WARAT, op. cit., p. 53.

dirigentes. Ao ampliar a qualidade, a rapidez e a precisão dos bens e serviços, a informática potencializa as bases de expansão da riqueza ao mesmo tempo que altera radicalmente estruturas ocupacionais e expulsa sucessivos contingentes de trabalhadores da economia formal. Quanto mais a economia produz excedentes, mais desemprego se converte em problema estrutural, provocando o aumento da desigualdade social e o surgimento de subculturas associadas a atividades informais ou mesmo ilegais.¹⁷¹

A capacidade dos Estados de efetivar os projetos constitucionais é relativizado porque depende da implementação de políticas públicas pelos governos. Em contrapartida, o que se observa com cada vez mais intensidade, é que a globalização econômica, pelas mãos dos interesses mercadológicos, vem assumindo o papel da política e ditando as regras e prioridades na ordem social. Nesse contexto, STRECK, ao analisar a tese de JOSÉ EDUARDO FARIA no sentido de que a própria idéia de Constituição é posta em xeque, coloca algumas questões que permanecem em aberto:

Num contexto de globalização econômica, policentrismo decisório e pluralismo jurídico, de que modo ela pode atuar como lei da totalidade social sem perder sua força normativa? Se a efetividade de suas normas pressupõe o controle político-jurídico da propriedade, da acumulação e da riqueza privadas e dinâmica das novas formas de organização capitalista e dos fluxos financeiros somente consegue ser mantida em seus níveis atuais se estiver desimpedida de muitos dos limites comumente estabelecidos pelo jogo democrático, que papéis uma Constituição pode realmente exercer? Por fim, de que modo pode ela atuar como um documento fundamental da *res publica* sem se converter em instrumento

¹⁷⁰ FARIA, José Eduardo. [s.n.] In: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. xv-xvi.

¹⁷¹ Idem, *ibidem*.

totalizador com base em concepções unidimensionais do Estado e da sociedade?¹⁷²

Em linhas gerais, o diagnóstico estrutural aponta para a necessidade de reavaliação do papel da Constituição nos Estados Sociais e das medidas capazes de implementar as políticas sociais positivadas. No Brasil, onde os déficits da modernidade são ainda maiores em função das disparidades em relação aos estados industrializados, o constitucionalismo tem um papel ainda mais relevante, pois a baixa efetividade dos direitos sociais apresenta, como causa, obstáculos cuja força é inegável. Assim, não se pode desprezar o risco de transformação da Constituição em um documento de intenções que sucumbe às imposições conjunturais.

Em resumo, no que toca ao aspecto estrutural, observa-se que é importante questionar se as limitações encontradas pelo Estado Social podem de fato impedir a efetivação dos direitos fundamentais sociais no Brasil. Afinal de contas, como escreve ALEXY:

El grado del ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta em tiempos de crisis económica. Pero, justamente entonces puede haber poco a distribuir. Parece plausible la objeción según la cual la existencia de derechos fundamentales sociales definitivos, por más mínimos que sean, vuelve imposible en tiempos de crisis la necesaria flexibilidad e, por ello, una crisis económica puede conducir a una crisis constitucional. Sin embargo, cabe señalar aquí que no todo lo que existe como derecho social está exigido por derechos sociales jufundamentales mínimos; segundo, las ponderaciones necesarias de acuerdo com el modelo aquí propuesto, pueden bajo circunstancias diferentes, conducir a diferentes derechos definitivos y, tercero, justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea.¹⁷³

¹⁷² STRECK, op. cit. p. 67-8.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1993, p. 496.

Quer dizer, embora se reconheça que a configuração das forças que atuam na sociedade no ambiente pós-moderno seja suficiente para embaraçar o desenvolvimento pretendido pelo Constitucionalismo Social, não se pode esquecer que as pretensões da sociedade estão colocadas na Constituição e merecem ser observadas.

A crise fiscal do Estado revela a incompatibilidade das funções atribuídas pelo Constitucionalismo Social ao Estado com a globalização. A realização da sociedade igualitária não se harmoniza com a importância requerida pelos interesses econômicos, e o emprego dos recursos públicos de acordo com a necessidade social não acompanha o apoio dos governos à acumulação capitalista. Revela-se, pois, uma crise e não um equilíbrio entre a sociedade e o Estado.

3.1.1.2. Direitos sociais e mentalidades arcaicas

Além das questões pragmáticas de cunho estrutural que envolvem a baixa efetividade da Constituição Social, é imperioso observar que há interferências ideológicas contribuindo para esse resultado.

Inicialmente é preciso lembrar que a Constituição do Estado Moderno, como modelo de Constituição Social, nunca deixou de ser uma Constituição Liberal.¹⁷⁴ Ela reproduz tudo aquilo que os liberais burgueses acreditavam, principalmente a crença na força da razão. A atividade legislativa orientada pela razão como fruto da vontade

¹⁷⁴ Ou seja, assenta a idéia da necessidade de prevalência da lei para impor limites aos poderes políticos governamentais.

da nação, emanada através dos seus representantes legítimos,¹⁷⁵ logicamente não poderia produzir uma norma que atentasse contra a justiça e a liberdade.

Evidenciam-se aí dois elementos essenciais aos quais se liga o Constitucionalismo Moderno:

Por un dado, a los principios iusnaturalistas com sua obra de racionalización del derecho vigente y, por outro, a la “revolución democrática” de la segunda mitad del setecientos que, culminando el proceso de secularización, no fundamenta la legitimidad del poder en el derecho divino del rey, ni em la tradición, sino en el concenso racional de los ciudadanos.¹⁷⁶

Desse modo, reproduzem-se no campo político os ideais racionalistas que orientavam a ciência da época. Para tal concepção da ciência, a realidade poderia ser conhecida como é, independentemente de suas causas, por meio de um método de observação e de uma linguagem matemática capaz de traduzir os fenômenos e ver as relações entre os objetos estudados. Neste sentido, a ciência afastava-se de explicações atreladas à autoridade divina ou à metafísica e se apegava à idéia de um mundo homogêneo, explicável geometricamente. Todo conhecimento teria fundamento exclusivo na objetividade, cuja validade poderia ser obtida por critérios universalmente válidos e por enunciados que poderiam ser submetidos a testes de coerência lógica, sem espaço para especulações de ordem metafísica. Assim, toda matéria ou fato observável no universo poderia ser objeto da ciência, desde que

¹⁷⁵ Fábio Konder COMPARATO observa que o Parlamento deixou de ser o centro de decisões políticas. Ele afirma que “o verdadeiro espaço público de deliberação política passou a ser (...) aquele oferecido pelos veículos de comunicação de massa, São eles (...) que decidem sobre a divulgação ou não das questões discutidas e votadas no Parlamento. São eles que, de fato, propõem à discussão parlamentar grande número de questões, tornadas em seguida objeto de comissões parlamentares de inquérito ou de projetos de leis.” *A democratização dos meios de comunicação de massa. In* Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau et al. org. São Paulo: Malheiros, 2001, p.156.

¹⁷⁶ MATTEUCCI, op. cit., p. 25.

pudesse ser quantificado, mensurado, descrito. As proposições filosóficas e indagações acerca do ser heideggeriano¹⁷⁷ ficavam fora do campo científico, pois não podiam ser deduzidas logicamente nem possuíam respostas que pudessem ser consideradas universalmente válidas.

A razão que legitimava o conteúdo da norma constitucional foi sendo abandonada pela prevalência do formalismo fortemente calcado na idéia de representatividade. De fato, ROUSSEAU idealizou uma república na qual o poder soberano instituído pela concordância da vontade de todos era infalível, até porque considerava “impossível que o corpo queira ofender a todos os seus membros”.¹⁷⁸

E essa identificação da lei com a simples forma acabou dando lugar à concepção positivista do Direito,¹⁷⁹ amplamente reproduzida nas universidades, e com grande ênfase no Brasil. A respeito, escreve OVÍDIO BAPTISTA:

A epistemologia de nossa Universidade excluiu do currículo o “caso”. Essa metodologia (...) reduz o Direito à norma, dada a impossibilidade própria da cultura moderna, com seu pensamento *more geométrico*, de pensar o individual, de conviver com a diferença que produzirá, no Direito, as indesejáveis incertezas que o racionalismo tanto temia.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Para HEIDEGGER, ser é o nome do verbo que designa a ação realizada pelo ente (por aquilo que é). Ente (ou sendo); ens – entis – é o que realiza a ação de ser. O ente só é na medida em que está na relação de ser. Para entender, então, o que é o ente, é preciso entender a sua ação, que é o ser. Ser é verbo, refere-se a um movimento, a uma ação. Em outras palavras, vemos as coisas sendo (o ente é, então, o sendo); depois é que se pode identificar o ser, que é anterior ao ente, que possibilita que se diga o que o ente é. Assim, o ser é fundamento do ente, e não a causa do ente. Esta é a diferença que Heidegger denomina de ontológica: O ente é uma coisa; o ser é o que permite dizer que o ente é. Neste sentido: Heidegger, Martin. *Ser e Tempo*, Petrópolis, RJ: Vozes, 2002; *Introdução à Metafísica*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987; *Sobre a Essência do Fundamento*, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1973.

¹⁷⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martin Fontes, 1998.

¹⁷⁹ É seguro afirmar, nesta esteira, que toda Filosofia do Direito tomou novo rumo a partir do pensamento de Kelsen, que desenvolveu sua “teoria pura” com a intenção de criar uma verdadeira ciência do direito, neutra e isenta de juízos de valor.

¹⁸⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 49-50.

Um dos resultados desse doutrinamento ideológico é a notável importância atribuída aos códigos em detrimento dos valores constitucionais. É claro, os valores instituídos por normas que se direcionam fundamentalmente ao governante não se coadunam com a lógica individualista, tratada na legislação infraconstitucional. Quer dizer, a tradição jurídica brasileira relega a necessária consideração prévia dos preceitos da Constituição quando da interpretação e concretização das normas infraconstitucionais, de modo que os limites, parâmetros, princípios e intenções reveladas no texto constitucional não espelham a interpretação do direito dos códigos. Em outras palavras, isso decorre da concepção equivocada da Constituição como instrumento de regulação de interesses públicos desvinculados das relações privadas. Daí que o sentido das normas tradicionalmente é construído de forma apartada da Constituição com base nos valores do próprio legislador infraconstitucional. A Constituição é concebida como simples carta programática expositiva de valores.

O resultado disso é a baixa efetividade dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. O texto da Constituição, enquanto revelador de intenções transformadoras da sociedade, fica subsumido ao senso comum teórico, justamente este local pouco privilegiado que se encontra o jurista formado na tradição brasileira. Nas palavras de STRECK:

Nesse território da tradição dominam os pré-juízos advindos de uma 'baixa constitucionalidade', de uma 'constitucionalidade pequeno-gnosiológica', a qual, como já se viu, tem seguido os caminhos trilhados pelo Direito construído no território da infraconstitucionalidade, onde a Constituição não tem servido,

sequer, como necessário *topos* limitador da ‘liberdade’ de conformação do legislador.”¹⁸¹

À par dessa tradição prejudicial, talvez de modo conseqüente à crise fiscal do Estado de Bem Estar Social, surgem também construções teóricas que abandonam a fundamentação filosófica que une os direitos sociais aos direitos humanos.

Como já tivemos oportunidade de observar,¹⁸² o senso comum teórico, responsável pela prevalência de ideais positivistas na prática jurídica cotidiana, pode ter conduzido a uma busca por pressupostos epistemológicos na fundamentação dos direitos sociais em prejuízo da sua efetivação. Por outro lado, não é menos certo que reconhecer os direitos humanos civis e políticos de liberdade como uma verdade científica decorrente de uma observação empírica é um caminho muito mais curto do que reconhecer os direitos sociais no mesmo patamar.

Portanto, há sérias dificuldades em tratar a questão da interpretação e, conseqüentemente, da concretização desses direitos sob o prisma do paradigma racionalista, pois aparecem importantes limitações no estabelecimento de verdades empíricas, dada a sua natureza dinâmica.

Não obstante entendermos a possibilidade de fundamentação racional dos direitos sociais como conseqüência da evidência dos direitos humanos, o fato é que a doutrina caminha no sentido inverso. Sustenta-se a submissão da realização dos direitos sociais à “reserva do possível”, quer dizer, às limitações orçamentárias. Na

¹⁸¹ Op. cit., p. 220.

¹⁸² FLINKERBUSCH, A. O. ***Uma perspectiva crítica sobre a aplicação do Direito do Trabalho em vista da concepção do Direito como tecnologia***. In: Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. COUTINHO, Aldacy Rachid (org.). Curitiba: Juruá, 2000, p. 83-5.

mesma linha, porém em um sentido menos programático, TORRES¹⁸³ submete os direitos sociais a uma avaliação do “mínimo existencial” através dos princípios da ponderação, da razoabilidade e da igualdade, limitando seu máximo alcance social e abrindo caminho para uma interpretação mínima, que pode acabar violando garantias “maiores”.

Tratam-se de tentativas de justificar uma postura política que se materializa com a elevação dos direitos sociais ao nível das garantias constitucionais, porém não necessariamente vinculada a ações materiais que os implementem. Destituem-se os direitos sociais do seu conteúdo substancial e os identificam como direitos humanos de segunda geração, submetendo-os a pressupostos econômicos (condições de superávit fiscal, inflação etc.), jurídicos (regulamentação através de legislação infraconstitucional, inefetividade do mandado de injunção etc.) ou políticos (pressões de conglomerados financeiros, de países economicamente mais poderosos etc.) para sua concretização.

Não há dúvida que as constituições que erigem os direitos sociais necessitam instrumentos para realizá-los. Ou seja, como as garantias são fundamentalmente dirigidas ao poder público, elas acabam dependendo de ações deste mesmo poder na regulamentação de políticas públicas que os contemplem, o que ameaça sua efetividade, acrescentando-se o risco apontado por FARIA:

Não é por acaso que, nas sociedades não tipicamente tradicionais e francamente integradas, sujeitas a fortes discriminações sócio-econômicas e político-culturais, como a brasileira, muitas declarações programáticas em favor dos direitos

¹⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. **A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial**. In *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

humanos e sociais, nos textos constitucionais, acabam tendo apenas uma função tópica, retórica e ideológica. Seu objetivo, na verdade, não é depurar juridicamente as concepções de equidade e justiça, nem de garantir fortemente a correção dos desequilíbrios setoriais, das disparidades sociais e das diferenças regionais, mas apenas forjar as condições simbólicas necessárias para uma assimilação acrítica da ordem jurídica.¹⁸⁴

A falta de condições de efetivação das normas programáticas serviria então como um alibi para criar a imagem de um Estado que responde aos problemas reais da sociedade no âmbito normativo, porém atuando como uma forma de manipulação ou ilusão que imuniza o sistema político.¹⁸⁵ Dito de outro modo, a constitucionalização dos direitos sociais serve de fachada para a manutenção do *status quo* político; não são concretizados, mas são mantidos como promessas de realização futura, legitimando a atuação e sustentando as bases do poder governamental.

À guisa de conclusão, do ponto de vista conceitual, podemos afirmar que a racionalidade moderna, que implica na sistematização da realidade com a utilização de um método adequado de legitimação – a representação – caminha para o esgotamento de suas possibilidades. Não foi e não é capaz de dar conta da realidade contemporânea, ao mesmo tempo que serviu e serve aos interesses colocados no mercado de capitais, pois apenas legitima a exclusão social. A chamada massa de excluídos é excluída porque o Direito não lhes serve: ao mesmo tempo que a Constituição garante o direito à vida, à dignidade, à educação e à saúde, o acesso efetivo a esses bens não é garantido pelo mesmo Direito.

¹⁸⁴ FARIA, José Eduardo. **Mitos e conflitos: os direitos humanos no Brasil**. In A crise do direito numa sociedade em mudança. José Eduardo Faria org. Brasília: UnB, 1989, p. 65.

¹⁸⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 27-8.

A possibilidade de uma maior efetividade dos direitos sociais não prescinde da superação da racionalidade instrumental que orienta o direito. A concretização dos direitos sociais precisa de pressupostos que dispensem a justificação positivista-racionalista e em seu lugar constituam um sentido mais consentâneo com a realidade, de modo a dar respostas mais adequadas à desigualdade social. Talvez se deva perguntar, de novo com CANOTILHO,¹⁸⁶ se a ordem normativo-constitucional e seus respeitáveis valores da razão, da pessoa e do progresso poderá abarcar a desordem, a indeterminação, a globalização e o deferenciamento típicos da pós-modernidade. Talvez esse seja o maior desafio do Constitucionalismo do futuro, como afirma VITAL MOREIRA:¹⁸⁷ encontrar o equilíbrio e a síntese entre as duas vertentes mais lídimas do Constitucionalismo, ou seja, entre a democracia política – aberta aos reclames e condicionamentos conjunturais próprios de nossa época – e a responsabilidade social do Estado.

3.1.2 A defesa do mínimo existencial e sua vinculação ao pensamento racionalista liberal

RICARDO LOBO TORRES é o maior representante, no Brasil, da teoria do mínimo existencial.¹⁸⁸ A partir da constatação de que os direitos humanos só se efetivam com a implementação de condições mínimas de existência, TORRES defende a transmutação dos direitos sociais mínimos em direitos de liberdade.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil*. A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In *Direito Constitucional*. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau et al. org. São Paulo: Malheiros, 2001, p.114.

¹⁸⁷ MOREIRA, op. cit. p. 326.

¹⁸⁸ O próprio TORRES menciona outros autores que defendem a idéia de um mínimo necessário à existência humana, v.g.: Dürig, Günter; Garcia-Pelayo, Manuel; Berlin, Isaiah; Habermas, Jürgen; Espada, João Carlos; Rawls, Jhon.

Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos *interesses fundamentais* ou pela *jusfundamentalidade*. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*. Os direitos fundamentais originários, ao contrário, são válidos e eficazes em sua dimensão máxima.¹⁸⁹

A defesa do mínimo existencial significa o reconhecimento da indispensabilidade de certos direitos sociais para realização plena dos direitos de liberdade. No entanto, este reconhecimento se restringe a um mínimo indispensável. TORRES exemplifica com a liberdade de expressão, afirmando que sem saber ler e escrever as pessoas não podem se expressar. Logo, conclui, o ensino da leitura e da escrita é um mínimo existencial.¹⁹⁰

Os valores de justiça, segurança e solidariedade, do ponto de vista do mínimo existencial, só entram na equação do conceito de liberdade na medida em que contribuem como direitos mínimos de prestação, abaixo da qual o homem não sobrevive com suas características de humanidade.¹⁹¹

Deve-se admitir o valor da contribuição da teoria do mínimo existencial para a realização de um também mínimo patamar de justiça social. Quando os direitos sociais mínimos mudam de face e se apresentam como problema de liberdade, adquirem um status de maior importância dentro do senso comum jurídico, porque passam a ser considerados, na ótica da tradição racionalista, como realizáveis plenamente e de imediato, sem necessidade de intervenção estatal e independentemente de políticas públicas. Seriam implementados ou exigidos

¹⁸⁹ TORRES, op. cit., p. 2.

¹⁹⁰ Idem, p. 5.

¹⁹¹ Idem, p. 8-10.

através dos mesmos instrumentos de defesa dos direitos de liberdade.

No entanto, não há, na teoria em análise, uma ruptura com o paradigma racionalista, pois permanece a dicotomia erigida no Estado liberal entre os direitos de liberdade e de igualdade. A simples metamorfose de alguns direitos sociais mínimos em direitos de liberdade acarreta a conclusão da manutenção de direitos humanos de viés social ao léu, apartados da plena realização da igualdade.

Considerando a realidade brasileira e de países não desenvolvidos, não há dúvida que a realização mínima da igualdade representa grande avanço em direção à realização da liberdade. Mas, certamente esta realização é parcial. Realiza-se parcialmente a liberdade pela realização mínima da igualdade, é o que se pretende com a teoria do mínimo existencial. Contrariamente, a realização plena da liberdade pressupõe a realização plena da igualdade.

É neste ponto que a idéia do mínimo existencial conflita com os fundamentos éticos dos direitos humanos. É que a democratização das liberdades, em seu sentido negativo, de abstenções em prol do *laissez-faire*, depende da implementação do seu lado positivo, ou seja, de materializações de condições para tanto. Um só mínimo de materializações conflita com o máximo de democratização da liberdade, ideal do paradigma do Estado Democrático de Direito. A participação de todos os indivíduos de uma coletividade nas benesses da máxima liberdade para tudo realizar não acontece se todos, igualmente, não tiverem condições máximas de usufruto de tal liberdade. Quer dizer, se poucos a tem (as condições máximas), muitos não a conseguem, e o prejuízo à democracia é palpável; ao contrário, se

muitos a tiverem, poucos não poderão alcançá-la, aproximando-se, agora sim, da plena democratização da sociedade. Está claro, assim, que a mínima realização dos direitos sociais, atrelados aos direitos de liberdade, não está conforme os fundamentos éticos dos direitos humanos.

Da perspectiva hermenêutica, ao se consolidar como uma parcela mínima dos direitos sociais, o mínimo existencial vai contra a constitucionalidade dos direitos sociais enquanto uma importante dimensão dos direitos humanos. O paradigma do Estado Democrático de Direito, implementado no Brasil com a Carta Constitucional de 1988, muda os conceitos prévios (ou pré-conceitos) acerca da realização da democracia, estabelecendo a necessidade de concretização máxima dos direitos humanos sociais em direção à igualdade. Desse modo, a recusa de eficácia aos direitos sociais está estreitamente ligada à tradição consolidada no bojo da concepção liberal racionalista do Estado, em que a intervenção do poder público é mínima na realização dos fins sociais.

Neste aspecto, fica claro que o problema da justiça, enquanto um valor social, não é importante na teoria do mínimo existencial. Como a teoria se prende à metamorfose dos direitos sociais mínimos em direitos de liberdade, a questão da justiça se torna secundária, pois é vista como um dos problemas relativos à concretização de direitos de igualdade. Nas palavras de TORRES,

A idéia de justiça, a não ser no sentido rawlsiano, pouco tem a ver com o mínimo existencial, embora lhe seja extremamente próxima. Alguns autores, entretanto, empregam-na no sentido de liberdade real, trazendo dificuldades ao debate. A injustiça extrema é

que, por ofender os direitos fundamentais, pode interessar à temática do mínimo existencial.¹⁹²

E isto, de novo, retorna aos pressupostos de não intervenção próprios do paradigma liberal, em atentado aos novos sentidos que traz o paradigma do Estado Democrático de Direito. A dimensão ética e social dos direitos humanos continua velada, obscurecida pela tradição. O efeito do tempo não se materializa porque os conceitos liberais permanecem os mesmos. A leitura possível diante do novo, dos novos sentidos constitucionais, não se realiza, de modo que o sentido mais pleno dos direitos humanos continua velado.

Em poucas palavras, a teoria do mínimo existencial não se desnuda da máscara liberal, apesar dos esforços bastante consideráveis neste sentido. Embora meritoriamente pregue a realização mínima dos direitos sociais como dimensão inseparável dos direitos humanos, não lhes dá a importância que o novo paradigma parece conferir.

3.1.3 A defesa da reserva do possível e o problema orçamentário – uma interpretação limitadora da Constituição

Estreitamente ligado à idéia do mínimo existencial é o argumento em defesa da "reserva do possível", que significa o reconhecimento da existência de barreiras econômicas que impediriam a implementação dos direitos humanos de cunho social. O liame que prende este argumento ao anterior tem a ver com a realização do mínimo possível em termos de concretização de direitos. O Estado, limitado pelas possibilidades econômicas, só teria obrigação de realizar o mínimo necessário para

¹⁹² Idem, p. 8.

a garantia dos direitos de liberdade.

A noção de que os direitos humanos de carácter social são programáticos, ao passo de que os direitos civis e políticos são auto-aplicáveis, esbarra numa constatação empírica. Tal concepção tem por pressuposto que o Estado pode resguardar os direitos civis e políticos dos cidadãos quando queira, bastando incluir tal proteção em seu ordenamento jurídico e, por outro lado, os direitos humanos de carácter social só poderiam ou teriam condições de concretização quando o Estado alcançasse condições de desenvolvimento economicamente favoráveis.

Não são desconhecidos os problemas orçamentários dos países não desenvolvidos, mas nem por isso o argumento da reserva do possível deixa de ser uma falácia, como bem lembra Barreto, pois ignora em que medida o custo é consubstancial para a garantia de todos os direitos fundamentais.¹⁹³ Ou seja, o problema reside na má gestão dos recursos públicos, o que não pode ser utilizado como empecilho para a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos.

A proteção dos direitos humanos de âmbito civil e político, ou direitos de liberdade, não são independentes do desenvolvimento econômico dos Estados, porque não dependem exclusivamente da "vontade" estatal para que sejam implementados. São necessárias medidas positivas¹⁹⁴ e são estas medidas que traduzem os direitos humanos de carácter social. A garantia de direitos humanos civis

¹⁹³ BARRETTO, 2003, op. cit., p. 121.

¹⁹⁴ Neste sentido, por exemplo, SARLET afirma que "todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa) (...) são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação". Op. cit, 2004, p. 280-1.

e políticos àquela parte da sociedade que tem condições próprias de implementar as medidas necessárias para fazer valer tais direitos desloca para a dimensão jurídica os desvios inevitáveis na concretização de tais direitos. Contudo, no que toca à grande maioria da sociedade, que se encontra sem meios de implementação de medidas de subsistência, a simples garantia de direitos civis e políticos nada resolve, mesmo porque o repasse das insuficiências, como conflitos de interesses, para o judiciário, de tradição liberal, não encontra solução adequada. É preciso que o Estado movimente o aparelho administrativo e garanta que estas medidas se concretizem. Do ponto de vista privilegiado, o direito à saúde é garantido com recursos próprios, através de seguros privados, por exemplo. Eventual desvio, como no caso de abuso do poder econômico das entidades seguradoras ou dos planos de saúde privados ou ainda de má-fé na contratação, a garantia do direito à saúde é assegurada pelo judiciário. As medidas necessárias à implementação do direito ficam no âmbito da individualidade e são resolvidas segundo mecanismos liberais, dentro da ótica da livre iniciativa. Do ponto de vista desfavorecido, ao contrário, não existe possibilidade de implementar as medidas positivas necessárias para concretizar o direito à saúde, a não ser com a atuação positiva do Estado. No caso de omissão, o recurso ao Judiciário encontra barreiras ideológicas praticamente intransponíveis na tradição liberal.

Ao garantir, em tese – ou, em outras palavras, na Lei –, a todos uma vida digna, o Estado não pode, na prática, discriminar. Deve, pois, atuar do modo a que se obrigou. O Judiciário, parte do Estado, não pode omitir-se e vincular a inércia Estatal a circunstâncias conjunturais. Deve obrigar ao cumprimento, do mesmo modo que obriga os particulares nos casos já citados de desvios na implementação

dos direitos humanos de viés social. Ainda que se considere o Estado como uma ficção, toda a sociedade está obrigada, pelo princípio da solidariedade, a suprir as necessidades de quem precisa.

Nesta medida, os fundamentos éticos dos direitos humanos afloram. A omissão em relação à realização dos direitos sociais ou a ação em direção oposta, mostram-se como violações à igualdade e, conseqüentemente, como violações à liberdade de alguns. O privilégio não é compatível com a natureza social do homem porque, de acordo com as leis morais, o homem é racional e social, e sua ação é reflexiva – "age como se tua ação pudesse ser erigida como lei universal".¹⁹⁵ A omissão e a ação que geram privilégios não podem servir como lei universal; ao refletirem, atingem o agente, e por isso não podem, logicamente, ser pretendidas, ser consideradas boas; logo, não são éticas.

CARVALHO NETTO, lembrando os ensinamentos de STRECK, alerta para a condição hermenêutica em que todos se encontram no mundo, o que reflete nas ações e nas concepções que temos em relação aos outros:

se o nós que construirmos for um nós pobre, um nós excludente e excluído, um nós de um país periférico, é claro que a identidade constitucional será apenas um ícone para os poderosos reproduzirem a sua privatização do espaço público, como, aliás, necessariamente se vêem obrigadas a fazer as ditaduras.¹⁹⁶

Além disso, a indivisibilidade dos direitos humanos afirma a completude do Estado. As funções legislativa, administrativa e judicial completam-se e não se

¹⁹⁵ Vide capítulo 2, sobre os fundamentos éticos dos direitos humanos.

¹⁹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Bel Rey, 2003, p. 161.

excluem. A plenitude da realização da finalidade estatal, prevista na Constituição, só se alcança com a inteira realização das suas funções. Enquanto a proteção dos direitos civis e políticos se faz com a atuação preponderante do Judiciário, a realização dos direitos econômicos e sociais depende da implementação de políticas públicas pela administração pública. Assim, a obrigação de garantir a concretização dos direitos humanos dirige-se ao Estado como um todo e não simplesmente à sua função legislativa. A inclusão dos direitos humanos no rol do ordenamento jurídico interno é apenas uma das atribuições estatais. Sua realização é só uma outra. O Estado que se compromete a garantir os direitos humanos em sua inteireza deve movimentar-se com todas as suas possibilidades em direção à sua realização.

A leitura que vê limitações às ações do Estado em razão do orçamento é prejudicial em relação à plena realização da Constituição. No caso brasileiro, a aplicabilidade imediata das normas que estabelecem direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º, da Constituição) pode ser compreendida como um mandamento de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.¹⁹⁷ Ou seja, o administrador não pode se escusar de empregar todos os meios necessários à concretização dos direitos sociais, sob pena de violação da Constituição.

Em outras palavras, o mínimo exigível em termos constitucionais é a preservação da própria dignidade da pessoa humana, o que só é conseguido com a concretização dos direitos sociais independentemente de sua densificação. Neste

¹⁹⁷ SARLET, 2004, op. cit., p. 352.

cenário, o conteúdo dos direitos sociais determinado em nível constitucional já é o mínimo. Partindo dessas premissas, CANOTILHO afirma que os direitos sociais não são meros programas; eles devem servir de parâmetros de controle judicial quando esteja em jogo a apreciação de medidas tendentes a restringir direitos; e o não cumprimento pode justificar a ação de inconstitucionalidade por omissão; o Estado tem obrigação de tomar medidas concretas e determinadas e não abstratas e vagas; e a concretização dos direitos sociais não está à disposição do legislador ordinário.¹⁹⁸

3.1.4 A graduação dos direitos humanos em gerações e a influência desse pensamento na formação do sentido (pré-conceito) dos direitos sociais

A idéia de divisão dos direitos humanos em gerações acabou gerando um preconceito que os coloca de forma fragmentada no senso comum jurídico. Como não poderia deixar de ser, isso gera desdobramentos na concretização dos direitos constitucionalmente garantidos, com eleição dos direitos das primeiras gerações como prioridades de defesa e ação estatal.

Por isso, parece necessário resgatar o ensinamento de LAFER,¹⁹⁹ de modo que se supere a imprecisão da pré-concepção distorcida. Ao se referir a gerações de direitos, LAFER tem por pressuposto a idéia de HANNAH ARENDT, no sentido de que os direitos humanos são fruto da construção humana, do intelecto.²⁰⁰ Desse modo, os direitos humanos *gerados* pelo homem podem realmente ser identificados

¹⁹⁸ CANOTILHO, 2002, op. cit, p. 469-82.

¹⁹⁹ Cf. LAFER, op. cit.

²⁰⁰ ARENDT afirma que os direitos humanos não são um dado, mas um construído. In: ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

por gerações.

Os que primeiro foram construídos, para adotar um termo Arendtiano, foram os direitos civis, bastando olhar para os primeiros documentos históricos para conferir.²⁰¹ São pois, os direitos de primeira geração, porque primeiro foram *gerados*. Depois deles construiu-se a idéia de direitos políticos, de participação da vida em comunidade. Logo, são direitos *gerados* em um segundo momento. Assim, sucessivamente, vieram os direitos de terceira e quarta *gerações*.

Deturpou-se tal idéia com a atribuição de importâncias valorativas diferentes às *gerações*, como se cada *geração* pudesse materializar-se independentemente das demais. O desenvolvimento humano, justamente por agregar componentes culturais e tecnológicos, pressupõe sempre uma revisão das necessidades. Desta forma, o que era importante para a humanidade há um século, ou há um milênio, pode não ser mais hoje, e o que hoje é importante pode não ter tido a menor importância antes. A *geração* sucessiva de direitos significa sobretudo a agregação de direitos ao catálogo primeiro, o que importa na revisão do catálogo, e não a simples adição de um novo capítulo. Significa que o catálogo primitivo é superado, dando lugar a outro, completo e único. Assim, retratar a *geração* dos direitos humanos é simplesmente anotar os momentos da revisão do catálogo dos direitos humanos.

Por isso, fala-se na indivisibilidade dos direitos humanos. Claro, porque só se realizam no seu conjunto, com a implementação do catálogo completo. Com efeito, não é possível pensar na garantia da supremacia da lei sem segurança. Não há dúvida que este pensamento era possível, por exemplo, quando da implementação

do *Bill of Rights*, porque antes dele reinava o absolutismo, onde a vontade do soberano reinava e se subordinava unicamente ao seu humor; a garantia da supremacia da lei era o maior avanço. Nesta medida, a necessidade de segurança social para implementação da garantia de supremacia da lei só pôde ser identificada mais tarde, quando a simples instituição legal mostrou-se insuficiente. A identificação de necessidades que se agregaram à vida em sociedade contribuiu para a *geração* dos direitos, de modo que só a satisfação de todas elas permite a concretização dos direitos humanos.

Nada resolve, por exemplo, a Constituição brasileira proclamar que não haverá pena sem legislação anterior e o Estado não garantir a segurança dos cidadãos, sujeitos a ordenamentos paraestatais como os impostos por grupos de traficantes em comunidades suburbanas.

Afirma-se, com isso, a necessidade da plena realização dos direitos sociais para a concretização dos direitos humanos e afirmação da dignidade humana. Como já se mencionou, os direitos sociais nada mais são do que uma outra dimensão dos direitos sociais. Como na geometria, as dimensões compõem um mesmo objeto, um mesmo corpo que se estende no espaço. Logo, os direitos humanos só se realizam em sua plenitude quando presentes todas as suas dimensões.

Ademais, a salvaguarda dos direitos civis e políticos, ou direitos de liberdade, originários do estado liberal clássico, passou a pressupor a realização dos direitos

²⁰¹ Cf. capítulo 1.

sociais no contexto do estado democrático de direito.²⁰²

3.2. Direitos Sociais, Constituição e Jurisprudência – a inefetividade dos Direitos Sociais e o papel do Judiciário

O assunto abordado neste subtítulo, a respeito da interconexão entre os Direitos Sociais, a Constituição e a Jurisprudência, versa sobre dois aspectos.

O primeiro é uma questão antecedente, pois diz respeito à responsabilidade do Judiciário na implementação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, ou seja, passa pela discussão sobre a judicialização da política (item 4.2.1).

Somente depois de colocada a premissa positiva da possibilidade de implementação dos objetivos constitucionais pela via judicial, é que se discute e se coloca em questão a atuação propriamente dita do judiciário (item 4.2.2). Fala-se, a partir daí, sobre a necessária vinculação do Judiciário aos sentidos e às premissas éticas e morais colocadas na Constituição como antecedentes e antecipadores dos sentidos das leis infraconstitucionais. Em seguida, a abordagem é dividida em duas partes. A primeira (item 4.2.2.1) trata da interpretação infraconstitucional dada pelo TST em dois casos concretos, um com ênfase ao conteúdo material e outro com ênfase ao conteúdo procedimental. Apenas a título de justificativa, a escolha pela análise de decisões trabalhistas está vinculada à notória vocação deste ramo do Judiciário à implementação dos direitos sociais, com destaque para os enunciados nos artigos 7º a 11 da Constituição. A segunda (item 4.2.2.2) trata da interpretação do Supremo Tribunal Federal a respeito da implementação dos direitos sociais,

²⁰² BARRETTO, 2003, op. cit., p. 118.

quando se procura identificar as premissas que informam os argumentos do STF também em duas questões que dizem respeito à concretização de direitos sociais, igualmente privilegiando o aspecto material em uma e o procedimental em outra.

Tem-se consciência de que não se deve crer que a concretização da Constituição, – por intermédio da jurisdição constitucional – seja panacéia para resolver os problemas brasileiros, que são de diversas ordens: educação, previdência, fome, violência etc. Essa visão, como lembra ADEODATO, é ingênuo diante do subdesenvolvimento brasileiro, que se assenta em raízes muito mais profundas.²⁰³ No entanto, não se pode descuidar do papel do Judiciário enquanto parte da composição do Estado brasileiro. Negar completamente a participação e a responsabilidade dos Juízes na concretização de direitos sociais, ainda que reconhecida a inércia da jurisdição, é negar completamente a possibilidade de coerção dos demais poderes da República. Bem lembra CLÈVE, que todos os órgãos constitucionais têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso, ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.²⁰⁴

3.2.1 A judicialização da política e o problema da separação dos Poderes

Há um descompasso no que toca à função institucional do Judiciário brasileiro.

²⁰³ ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional a brasileira: situações e limites*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1, n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 179.

²⁰⁴ CLÈVE, Clémerson Mérlin. *O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

Como afirma FARIA,²⁰⁵ ao passo que a instituição foi concebida no leito do liberalismo individualista para exercer funções instrumentais, políticas e simbólicas no âmbito de uma sociedade estável, com níveis minimamente equitativos de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras, unívocas e hierarquizadas em termos lógico formais, onde os conflitos se revelariam eminentemente interindividuais, ao mesmo passo a realidade socioeconômica caracteriza por enormes desigualdades sociais, regionais e setoriais, por situações de miséria, indigência e pobreza que negam o princípio da igualdade formal perante a lei, impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais.

Como a Constituição de 1988 abriu um leque importante em relação ao reconhecimento de novos direitos, principalmente direitos sociais, o número de demandas ao Judiciário aumentou significativamente em face da ineficiência do Executivo no cumprimento dos objetivos institucionais. Conseqüentemente, o Judiciário passou a sofrer pressões pela resolução de demandas de repercussão social, em descompasso com seu histórico funcional, como se disse, cunhado em termos do ideário liberal individualista. O acúmulo de demandas em razão da explosão de litigiosidade pede respostas que o Judiciário não está acostumado a dar. Em muitos casos, julgar não significa apenas e tão-somente estabelecer o certo e o errado com base na lei, mas também assegurar a concretização dos objetivos por ela previstos,²⁰⁶ através da garantia de execução de programas sociais tendentes à realização dos objetivos postos na Constituição que, em geral, se

²⁰⁵ FARIA, José Eduardo. *A crise do Judiciário no Brasil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande

mostram bastante amplos.

Esta forma de atuação que se espera do Judiciário acarreta o fenômeno denominado judicialização da política. Neste caso, o Judiciário enquadra o Executivo na tentativa de obrigá-lo a oferecer os serviços que se traduzem em direitos sociais. O contexto de crise fiscal, de limitação de recursos para financiamento de políticas públicas, de cortes no orçamento, acaba gerando críticas no sentido de que o Judiciário invade uma área de atuação que não lhe é afeta e repercute em obstaculização à implementação de decisões judiciais.²⁰⁷

Neste contexto de crise orçamentária e fiscal o Executivo utiliza-se da Medida Provisória na tentativa de minimizar os efeitos danosos da globalização da economia no âmbito orçamentário interno e, com isso, aumenta o emaranhado legislativo que exige cada vez mais esforços interpretativos do Judiciário. Evidentemente, o cipoal de leis não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair critérios constantes e precisos de interpretação, desembocando no aumento das possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidos à magistratura.²⁰⁸

O conflito que se estabelece entre o Judiciário e o Executivo em função da amplitude cada vez maior do intervencionismo judicial na discricionariedade da Administração Pública resgata críticas que se baseiam na clássica separação dos poderes do Estado. Não há dúvidas que a crítica não se coaduna com a complexa realidade social contemporânea, pois se coloca sobre pressupostos construídos no

do Sul: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 17-8.

²⁰⁶ Idem, p. 22.

²⁰⁷ Idem, ibidem.

²⁰⁸ Idem, p. 27.

seio do ideário liberal. Como já se viu,²⁰⁹ a idéia de separação dos poderes nasce com o objetivo de diminuir o poder do monarca no absolutismo e, com isso, descentralizar o poder, colocando-o nas mãos da burguesia. Os ideais iluministas em que se inseria o pensamento de MONTESQUIEU estavam localizados no contexto do racionalismo científico e, como não poderia deixar de ser, refletem uma época determinada na história da humanidade. O transporte incondicional para a atualidade desconsidera a agregação histórica de sentidos – traduzida pela agregação de funções – ao que se entende por Estado. No limiar da idade contemporânea, o Estado era concebido ainda como um algoz da sociedade, um mal necessário, porque no absolutismo que o antecedeu demonstrou isso. Logo, a necessidade de se controlar os poderes estatais se traduziu em limitações impostas pela sociedade com mecanismos de estratificação e contenção de poderes, a serem exercidos estritamente dentro da lei, ou seja, sem extrapolação. A possibilidade de efetivação destas medidas era concreta dentro de um contexto de limitada complexidade. Hoje, contudo, a complexidade da sociedade globalizada causa inúmeras interferências significativas, mudando a compreensão acerca do Estado. Suas funções se avolumaram no decorrer do tempo com a responsabilidade assumida em relação à realização de uma sociedade mais justa e com todos os desdobramentos que este objetivo acrescentou. Portanto, a separação de Poderes só pode ser vista enquanto possibilidade de realização democrática, nunca contra este objetivo. Ou seja, apenas enquanto mecanismo de freios e contrapesos, de forma integrada, revelando o Estado como um todo dinâmico, mas unitário.

²⁰⁹ Vide capítulo 1, sobre a evolução normativa dos direitos humanos; e capítulo 3, subtítulo 3.1.1, sobre a configuração das funções estatais no paradigma racionalista.

Diante da constitucionalização dos direitos sociais, o Judiciário encontra-se em um impasse: de um lado está a escolha em emitir ordens positivas numa tentativa de rearranjo do gerenciamento das mais básicas prioridades em termos de recursos públicos contra a vontade política predominante, e de outro está a escolha que pode depreciar perigosamente toda a eficácia dos direitos e princípios do Estado de Direito, cedendo aos Poderes Executivo e Legislativo um privilégio de optar pela negação do direito constitucionalmente declarado.²¹⁰

No entanto, não há muito espaço para dúvidas. Tomando-se em conta as competências constitucionais dos Poderes estatais, notadamente em suas dimensões pró-ativas em face do plexo de direitos e garantias sociais delimitadas, as funções institucionais do Estado se condicionam ao cumprimento não-facultativo do que lhes foi estabelecido.²¹¹ Ou seja, obrigatoriamente os poderes devem realizar os mandamentos constitucionais, não podendo o Judiciário negar-se a fazê-lo quando chamado para isso. Se o Executivo e o Legislativo se furtam à concretização dos objetivos estabelecidos na Constituição, cabe ao Judiciário o dever de apontar os desvios e corrigir as distorções e, com isso, proteger a democracia.

3.2.2 A hermenêutica e a vinculação do Judiciário aos fundamentos éticos dos direitos sociais

²¹⁰ MICHELMAN, Frank I. *A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 135.

²¹¹ LEAL, Rogério Gesta. *O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 170.

Toda discussão travada em termos de efetividade dos direitos sociais deve ter como pano de fundo a concepção da hermenêutica como filosofia e não mais como método de interpretação.

No campo do Direito, a produção de sentido que se materializa na interpretação acontece primordialmente sobre textos normativos que, por sua vez, dependem do sentido previamente dado pela Constituição. A Constituição é, assim, o fator estruturante e, como a palavra mesmo diz, constituinte, do ordenamento jurídico. Do mesmo modo que para se entender qualquer coisa se precisa ter elementos suficientes que atribuam sentido constitutivo a esta coisa, também para compreender uma norma tem-se que ter o sentido constitutivo dado pela Constituição. Quer dizer, não se pode interpretar um texto jurídico desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição.²¹²

Evidentemente, tal característica histórica implica em sentidos desprendidos da necessária condição de possibilidade das normas mesmas. O fundamento, que é a Constituição, acaba contribuindo de forma precária com o sentido das normas, resultando na baixa constitucionalidade de que fala STRECK. Significa dizer que a interpretação, que é compreensão da totalidade do ordenamento – porque sem interpretar não existimos –, carece de fundamento constitucional. Sem o sentido constitucional, o sentido da norma ou o sentimento que se tem a respeito da norma tende a ser fraco, porque descasado da força constituinte. O ser, em termos heideggerianos, do ordenamento jurídico que aparece como Constituição é

²¹² STRECK, op. cit., p. 209.

constituição de sentido do próprio ordenamento.²¹³ Não pode ser esquecido, pois.

Está-se falando, como se vê, de algo que tem a ver com a função institucional do Judiciário. É ele o responsável por atribuir sentido oficial às normas. Afinal, se várias interpretações são possíveis a respeito de um texto legal, é o sentido que o Judiciário atribui a este texto que vale, que permanece como impositivo, ainda que com valor restrito aos casos submetidos à sua análise. Em outras palavras, em termos de eficácia e validade, o Judiciário tem a última palavra.

Se assim é, e se qualquer decisão desse tipo está ligada a pré-compreensões acerca da realidade social e acerca da norma, então o Judiciário não pode deixar de considerar os pressupostos constitutivos da norma, ou seja, os sentidos que lhe atribui a Constituição. O Judiciário está vinculado à Constituição na medida em que é esta que confere valor e validade à interpretação. Vale lembrar que o texto legal não é norma em si, é só informação que necessita de agregação de sentidos, transformando-se, só então, em norma.

Assim, a baixa constitucionalidade é o fenômeno que mostra, na interpretação das leis, os sentidos que prescindem do sentido conferidos pela Constituição.

Ao se revelarem os pré-juízos da interpretação, os pressupostos, as pré-compreensões decorrentes do ambiente jurídico em que o operador do direito se insere, evidencia-se que a tradição brasileira não privilegia a função constituinte de sentido da Constituição.

²¹³ Constituição (com letra maiúscula) como o ente; e constituição (com letra minúscula) que se mostra como sentido, como ser daquele ente.

Falta à interpretação tradicional ou clássica a conformidade em relação ao que lhe confere o sentido primordial (primeiro), e a Constituição é este modo de ser de todo o direito em um ordenamento jurídico. A Constituição constitui a sociedade e por isso ela provoca mudanças na realidade. Compreender o sentido da Constituição é essencial para fazer valer o que aparece no texto constitucional, para o que se quer constituir.

Inserir-se, aqui, a questão dos fundamentos éticos da sociedade democrática. O Estado Democrático de Direito é assentado em fundamentos morais que estão revelados no texto constitucional e não são dispensáveis no momento da interpretação. A compreensão deste sentido ético, materializado nas leis morais do imperativo categórico, é estritamente necessário para constituição do sentido ético que está na base do reconhecimento dos direitos sociais.

Pode-se dizer então, com segurança, que, de modo análogo ao esquecimento do ser de que HEIDEGGER fala na filosofia, no direito presencia-se o esquecimento dos sentidos éticos expressos na Constituição. Tais sentidos são mostrados no texto constitucional. O esquecimento desse modo de ser da Constituição é resultado da obscuridade formada pelo paradigma metafísico da filosofia da consciência, que não deixa ver o sentido existencial da hermenêutica. Presencia-se ainda aquele *locus* do jurista formado na tradição, que vê a hermenêutica como método de interpretação e concebe as normas como dotadas de sentido intrínseco, que lhe é (seria) atribuído (e não constituído) pelo legislador.

Isso repercute indiscutivelmente na prevalência do direito infraconstitucional e na baixa constitucionalidade. Os limites, parâmetros, princípios e intenções reveladas no texto constitucional não espelham a interpretação do direito dos códigos. Contrariamente ao que era de se esperar com o surgimento de novas idéias fundamentais com a Constituição nova, não só programática, mas mais pragmática, interferente, comprometida com a promoção da igualdade real no âmbito social, ainda seus sentidos não apareceram como necessário reflexo da experiência (que é interpretação) do direito que em relação a ela é fundado. Torna-se claro que em se mudando o fundamento, muda-se também o sentido do direito. Mudando a Constituição, muda necessariamente o direito infraconstitucional, ainda que permaneçam os textos. O sentido muda. O terreno novo é a Constituição (que é ente) e o que ela mostra é o sentido através do seu ser (constituição de sentido). Embora o sentido novo esteja encoberto pela tradição, há necessariamente o estranhamento. “Por isso, cabe-nos a tarefa de des-cobrir/suspender os pré-juízos que cegam, abrindo uma clareira no território da tradição”.²¹⁴

Nesse território da tradição dominam os pré-juízos advindos de uma ‘baixa constitucionalidade’, de uma ‘constitucionalidade pequeno-gnosiológica’, a qual, como já se viu, tem seguido os caminhos trilhados pelo Direito construído no território da infraconstitucionalidade, onde a Constituição não tem servido, sequer, como necessário *topos* limitador da ‘liberdade’ de conformação do legislador.²¹⁵

Por outro lado, também não se pode esperar que a Constituição seja o último paradoro da instância interpretativa. Evidente, pois interpretar é um existencial e

²¹⁴ Idem, p. 220.

²¹⁵ Idem, ibidem.

como tal não pode estar limitado a um “repertório-de-conceitos-abstratos”.²¹⁶

Temos assim que o fundamento recebe a sua essência da sua participação no ser e que o ser impera como ser, na medida em que participa da essência do fundamento. Todavia, pela razão já apontada (o ser não tem um fundamento), é mais correto dizer que o ser se manifesta fenomenologicamente. O fundamento é, assim, um caráter transcendental existencial, porque o manifestar-se constitutivo deste processa-se de acordo com o modelo do fundamento, não mais um modelo de fundamentação clássica kantiana, mas que pode ser descrito a partir de um transcendental transformado fenomenologicamente. Isto quer dizer que funda seu ser sem fundamento. O ser, enquanto fundamento do ente, é fundamento sem fundo (grund-los), abismo (ab-grund).²¹⁷

O compreender é estar inserido no contexto histórico. Esse contexto é formado pelos nossos pré-juízos. No direito, é formado marcadamente pelo conteúdo paradigmático da modernidade calcada na filosofia da consciência. Tudo isso é pré-compreensão e é com ela que se encara o novo. Precisa-se dela para identificar o novo. No novo, então, ou diante do novo, é que ocorre uma parada que é condição de possibilidade para a evolução do círculo hermenêutico. Diante da Constituição, vista com os olhos da tradição, é preciso rever o que era sentido para o sentido novo. Tem-se então, a evolução da espiral hermenêutica. Com o novo sentido superando a tradição passa-se a compreender de modo diferente, e compreendendo de modo diferente se constrói sentidos novos diante do que os entes nos mostram, no caso o direito infraconstitucional. A circularidade é, neste sentido, autocompreensão.

Portanto, o fundamento que é a Constituição é um modo de ser que vai se alterando na medida em que vai sendo, na medida em que os horizontes de

²¹⁶ Idem, p. 224.

²¹⁷ Idem, p. 228.

possibilidades de significação desse fundamento vão se fundindo, numa constante circularidade interpretativa. Não se pode furtar a este fundamento porque se está inserido nele. A Constituição é modo de ser do ordenamento, é como o ordenamento aparece para o jurista. “Nenhum jurista pode ignorar a Constituição! O ente ‘Constituição’ já é alcançado pré-ontologicamente na compreensão do *Dasein*, no modo de ser da compreensão proto-hermenêutica. *Como existente, é onticamente conhecido e se constitui no mais próximo do intérprete*. No entanto (...) é também o mais distante, o desconhecido e o que constantemente se considera em seu significado ontológico”.²¹⁸

O problema fundamental é a observação do ser desse ente que é a Constituição. O esquecimento desse ser, que ocorre porque não se suspendem os pré-juízos que conformam o processo de enunciação de sentido, implica uma circularidade viciosa, não constitutiva, não existencial. A pré-compreensão viciada (porque improdutiva quando não deixa espaço à palavra do novo) emperra a possibilidade de ver a Constituição como fenômeno.

3.2.2.1 Dois casos de baixa constitucionalidade na interpretação do Tribunal Superior do Trabalho

Considerando-se o que está dito a respeito da importância dos sentidos dados pela Constituição e a vinculação dos juristas ao significado que as normas ganham com a contribuição constitucional, pretende-se exemplificar a tese com dois casos de interpretação judicial em descompasso com a Constituição. Destaca-se a

²¹⁸ Idem, p. 234.

importância desse apontamento prático pela possibilidade de materialização das premissas abordadas. Afinal, só é possível falar em tese a partir da realidade. A busca pelo fundamento teórico desvinculado do caso empírico é equivalente a tratar da possibilidade de uma essência invisível, à qual os fenômenos se enquadrariam. Ao contrário disso, a interpretação só é possível diante dos fenômenos, por isso a análise da realidade é o suporte necessário para o que já foi dito.

A escolha de dois casos específicos de posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em matéria de concretização de direitos sociais tem um duplo significado.

Em primeiro lugar, como já se disse, o Judiciário Trabalhista é a instância judicial em que a concretização de direitos sociais se apresenta de modo mais significativo. É na Justiça do Trabalho que a maioria da população tem contato com o Poder Judiciário e é nela que a parcela menos favorecida da sociedade deposita seus sonhos e suas esperanças. Por isso, o judiciário trabalhista afirma-se como uma Justiça Social atrelada às suas origens, nascida de pressões dos trabalhadores explorados e, conseqüentemente, como recurso do Estado na imposição de limites ao liberalismo capitalista, que se fortalecia no auge da revolução industrial. Sendo assim, os fundamentos das decisões do Tribunal Superior do Trabalho servem com perfeição para demonstrar a dificuldade que os operadores do direito têm em colocar a Constituição como fundante, como modo de ser do direito infraconstitucional.

Em segundo lugar, mas não em importância, o Tribunal Superior do Trabalho é o órgão judicial mais próximo da cúpula do judiciário no Brasil em matéria trabalhista.

Suas decisões versam sobre matéria que encontra divergência na jurisprudência dos tribunais trabalhistas dos Estados. Como órgão que eminentemente tem a função de uniformizar a jurisprudência, as decisões representam o assentamento de posições que se confirmam na maioria dos julgamentos dos órgãos judiciais de instâncias inferiores. Ainda que não vinculantes, servem de parâmetro e em geral são reproduzidas, reproduzindo-se, com elas, a baixa efetividade dos mandamentos constitucionais.

Elegeram-se dois casos em tese, um com ênfase para o conteúdo material e outro para o conteúdo procedimental: a) o primeiro trata da negação dos direitos sociais reconhecidos no artigo 7º aos trabalhadores contratados pela Administração sem realização de concurso público e b) o segundo diz respeito à legitimação ampla dos sindicatos profissionais na substituição processual dos trabalhadores integrantes das respectivas categorias. O primeiro caso permanece assente na jurisprudência do TST. O segundo sofreu alteração em 2003, após o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se a respeito e confirmar que os julgados do TST estavam em desconformidade com fundamentos constitucionais.

Evidentemente, a eleição desses casos é aleatória e poderia mesmo ser tachada de pouco representativa. No entanto, o objetivo do trabalho é demonstrar como os prejuízos decorrentes da tradição liberal condicionam os juristas. Qualquer decisão poderia ser escolhida, mesmo aquelas em que o objetivo constitucional foi atingido, porque o que interessa para este estudo não é o resultado específico, mas os fundamentos, que podem ou não se revelar atrelados a pressupostos da tradição liberal, independentemente do resultado a que conduzem.

O primeiro caso em que se percebe a baixa incidência dos pressupostos da Constituição de 1988 nos julgamentos do TST é o da contratação de trabalhadores sem prévia realização concurso público pela Administração Pública, onde se lhes nega o alcance dos direitos sociais reconhecidos no artigo 7º. Também neste caso o TST editou Súmula (nº 363), que se encontra em vigor:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.²¹⁹

Como se vê, a jurisprudência trabalhista unificada coloca óbice à extensão dos direitos sociais elencados no artigo 7º aos trabalhadores que, embora prestando serviços como quaisquer outros, não tenham sido contratados mediante aprovação em concurso público. Evidentemente, a ressalva do TST tem fundamento na moralidade do serviço público e tenta obstaculizar, ou não legitimar, eventuais fraudes perpetradas pelos administradores. Em tese, a balança pesa mais em favor da preservação do patrimônio público do que em prol da efetivação dos direitos sociais para o trabalhador considerado na sua individualidade. Defensável sob o ponto de vista da coletividade, o certo é que a tese coloca sob a exclusiva responsabilidade do trabalhador os ônus pelas irregularidades da Administração Pública, deixando-o sem férias (art. 7º, XVII, da Constituição), sem décimo terceiro salário (art. 7º, VIII), sem adicionais de horas extras (art. 7º, XVI), de atividades

²¹⁹ Os dispositivos constitucionais citados são os seguintes: "Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, Do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (...); § 2º A não-observância do disposto nos

insalubres ou perigosas (art. 7º, XXIII) e de trabalho noturno (art. 7º, IX), sem salário família (art. 7º, XII) e o mais.

A interpretação do TST em relação aos dispositivos do artigo 37, II, e § 2º, da Constituição da República não considera que o valor social do trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, segundo a expressão do art. 1º da Constituição. Logo, a irregularidade na contratação do trabalhador e a constatação de que o trabalho foi efetivamente prestado não deveria levar à restrição do alcance dos direitos sociais, mas sim à responsabilização do administrador. Não pode haver dúvida, a responsabilização do trabalhador coloca em segundo plano o valor do trabalho, em desprezo da efetivação dos direitos sociais.

Ora, se a Constituição agrega ao trabalho um valor social, ou seja, se lhe dá uma dimensão e uma importância para a construção dos objetivos da sociedade, a interpretação infraconstitucional não pode ser desvalorizada, quer dizer, não pode desprezar esses valores.

É de se reconhecer que o ditame do dispositivo constitucional (art. 37, § 2º) considera nula a contratação do trabalhador contratado sem aprovação em concurso. Portanto, nada há de equivocado na declaração de nulidade do ato. O problema em relação ao prejuízo da implementação dos direitos sociais está ligado aos efeitos que a interpretação infraconstitucional confere à declaração, pois simplesmente desconsidera que o trabalho foi prestado nas mesmas condições que as de qualquer outro trabalhador. Mais do que isso, a interpretação do Judiciário

incisos II e III implicará em nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei."

Trabalhista cristalizada em Súmula coloca em pé de igualdade todos os trabalhadores contratados na mesma situação, independentemente de terem contribuído ou mesmo terem tido ciência da fraude perpetrada pelos administradores. Mesmo que se argumente que a lei é de conhecimento de todos, é inegável que da grande maioria da população não se pode exigir, pelo menos razoavelmente, o conhecimento da Constituição, pelo simples fato da ausência de acesso ao ensino fundamental. Seria prudente deixar ao julgador a análise de cada caso para que fosse avaliada a participação do trabalhador no ilícito e aí sim determinar as conseqüências e os efeitos da nulidade da contratação.

O que se denota é um conflito entre os interesses da coletividade refletidos no artigo 37, III, da Constituição, e os direitos fundamentais sociais refletidos no artigo 7º. A resolução dada pelo TST é em favor da coletividade e em prejuízo dos direitos sociais do trabalhador, em afronta aos fundamentos e objetivos da sociedade brasileira, refletidos nos artigos 1º e 3º da Constituição: o respeito à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos, sem preconceitos. Com efeito, a dignidade humana só se realiza materialmente, com ações que implementem as condições razoáveis de existência. O reconhecimento do direito que assegura tais ações é conforme os preceitos éticos erigidos pelo Estado Democrático de Direito, o não-reconhecimento não é.

Após análise do conflito entre os efeitos previstos no artigo 37, § 2º, da Constituição e o princípio da dignidade humana, GIORDANI, citando FRANCO MONTORO, lembra que "*as pessoas não são sombras, não são aparências, são*

realidades concretas e vivas", e, justamente por isso, não podem desabar sobre os ombros da pessoa trabalhadora os efeitos da contratação nula pela falta de concurso público.²²⁰ Agrega-se a esta conclusão o fato de que a Constituição não pode ser interpretada por partes, mas sim como um todo, onde sobrelevam os seus valores e sentidos.

No tocante à questão da legitimidade ampla dos sindicatos de trabalhadores na substituição processual dos trabalhadores, o TST havia firmado jurisprudência, através de Súmula publicada em 1993, que expressava o seguinte: "*o art. 8º, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato*". Por sua vez, o artigo 8º, inciso III, da Constituição prevê que "*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*".

Embora o dispositivo constitucional não faça qualquer ressalva quanto à amplitude da substituição processual dos trabalhadores pelos sindicatos, o TST manteve até 2003 o mesmo posicionamento que adotava anteriormente à Constituição de 1988.

Sintomaticamente, o principal argumento do Tribunal Superior do Trabalho era sempre a limitação infraconstitucional à amplitude da substituição. Transcreve-se, a seguir, parte do acórdão proferido nos autos do processo RR – 420498/1998, publicado no DJ de 16/05/2003:

²²⁰ GIORDANI, Francisco A. da Motta Peixoto. ***A contratação de servidor público sem concurso x princípio da dignidade humana – colisão de direitos outro enfoque: consequências.*** In: Revista LTr. Ano 66, nº 07, julho/2002. São Paulo: Editora LTr, 2002, p. 07/816.

A norma do artigo 8º, III, da Constituição da República não autoriza a substituição ampla e irrestrita pelo sindicato, porquanto *hão de ser observadas as hipóteses previstas em lei de natureza infraconstitucional*. A legitimação extraordinária do sindicato encontra-se preconizada no parágrafo único do artigo 872 da CLT, alcançando tão-somente os empregados associados à entidade sindical, não abrangendo, por conseguinte, a substituição de todos os integrantes da categoria profissional (sem grifo no original).^{221 222}

O mencionado parágrafo único do artigo 872 da Consolidação das Leis do Trabalho assim dispõe:

Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão.

O texto da legislação ordinária, citada pela decisão do TST, é datado de 30.07.1954 e foi introduzido pela Lei 2.275/54. Dois são os desdobramentos da incidência deste dispositivo legal. O primeiro é a limitação da legitimidade da representação processual do sindicato aos seus associados em todos os casos que não digam respeito às questões tratadas nos dissídios coletivos. O segundo é que mesmo nestes, a atuação do sindicato fica restrita à discussão do cumprimento da decisão.

Não há dúvida, portanto, que tal legislação é extremamente limitadora e não se coaduna com os novos parâmetros que a Constituição elegeu para a compreensão do papel dos sindicatos na sociedade brasileira. As Constituições anteriores não

²²¹ O teor completo do acórdão está reproduzido no anexo 1.

²²² O artigo 872 da CLT trata do cumprimento das decisões proferidas em dissídios coletivos, isto é, em processos em que se discutem condições de trabalho, entre sindicatos de empregados e de empregadores ou entre aqueles e empresas.

tratavam da função dos sindicatos na defesa dos interesses da categoria profissional. Logo, a inovação da Constituição de 1988 não poderia deixar de ser vista, não poderia ser ignorada, pois apresentava-se como novo, como constituinte de novos sentidos, de novas significações. O texto da legislação ordinária que lhe era anterior ou adquiriu novo sentido ou deixou de possuir legitimidade, pois o que lhe dava sustentação (a ausência de disposição constitucional) foi substituído.

A disposição constitucional de 1988 está colocada em um contexto completamente distinto do da legislação ordinária. A inflação de litigiosidade demanda instrumentos mais adequados à efetivação de direitos do que os próprios do paradigma liberal-individualista. Assim, bem lembra VIANA, diante da instabilidade no emprego e das insuficiências estruturais do Estado brasileiro, a substituição processual ampla aparece como corolário dessa idéia, pois garante o acesso à Justiça tanto para os empregados como para os desempregados, ficando, tanto uns quanto outros à salvo das retaliações patronais. Em outras palavras, é a substituição processual que pode impedir a demora invisível representada pelas demandas que não chegam sequer a serem ajuizadas. Ao mesmo tempo, é a substituição processual que torna um pouco menos ilusório o direito de resistência do trabalhador, que hoje só existe se assegurada a atuação sindical no plano coletivo. Como se vê, a substituição processual preconizada pela Constituição tem muitos aspectos que contribuem definitivamente para o aumento da eficácia social de todas as normas de proteção ao trabalhador.²²³

²²³ VIANA, Márcio Túlio. ***A nova competência, as lides sindicais e o projeto de reforma.*** Disponível em: <eletrônico:http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/artigos/mtv_reforma.doc>. Acesso em 01.03.2006.

Aliás, mesmo na vigência da citada Súmula, o Ministro do TST, RONALDO LOPES LEAL, reconheceu que o dispositivo constitucional do inciso III do artigo 8º protege os interesses que, embora resultantes de lesões individuais, coincidem com direitos e interesses transindividuais, porque concernem a todos os membros de uma comunidade sindical. Segundo o Ministro, a Justiça do Trabalho não poderia voltar as costas ao que há de mais adequado e moderno para a solução de problemas sociais, entre eles os quais avulta o caráter individualista de suas demandas em cotejo com a massificação das lesões, estimulando a conflitualidade individualista que, absurdamente, já chegou a dois milhões de ações anuais. Neste contexto, completa o Ministro: “O Enunciado nº 310, em tal contexto, padece de invencível anacronismo.”²²⁴

O Supremo Tribunal Federal analisou esta questão e reconheceu que a Constituição dava amplitude maior à função do sindicato na defesa dos interesses da categoria, o que levou ao cancelamento da Súmula do TST, através da Resolução 121/03. A primeira decisão proferida pelo STF que abordou a questão foi no Mandado de Injunção nº 347-5, cujo relator foi o ministro Néri da Silveira, onde se lê:

Estipulando o art. 8º, III, da Constituição, que ao Sindicato cabe a defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, não parece efetivamente possível na espécie deixar de reconhecer-lhe legitimidade para pleitear, como o faz, na defesa dos direitos da categoria de servidores a que se refere a inicial, em ordem a lograrem condições de auferir as vantagens funcionais decorrentes da isonomia de vencimentos indicada na peça introdutória. Distinta a situação das entidades associativas, cuja legitimidade para representar seus filiados, judicial ou extra-judicialmente, depende de expressa autorização.

²²⁴ Revista do TST, vol. 66, nº 1, jan/mar 2000, p. 19.

Ainda que não relacionada aos objetivos que orientam a disposição constitucional, máxime em relação aos componentes éticos e democráticos do Estado brasileiro após o advento da Constituição de 1988, o STF forçou o desprendimento dos pré-conceitos que se colocavam na interpretação infraconstitucional. Posteriormente à decisão do STF e ao cancelamento da Súmula 310, o TST tem se posicionado da seguinte forma:

Com a superação da Súmula 310 do TST e da nova jurisprudência consolidada nesta Corte, *na esteira do posicionamento do STF de o inciso III do artigo 8º da Constituição ter contemplado autêntica hipótese de substituição processual generalizada*, em relação a qual é dispensável a outorga de mandato pelos substituídos, pois é o substituto que detém legitimação anômala para a ação, *o alcance subjetivo dela não se restringe mais aos associados da entidade sindical, alcançando ao contrário todos os integrantes da categoria profissional*.

Por conta dessa nova e marcante singularidade da substituição processual, no âmbito do processo do trabalho, extraída da interpretação do artigo 8º, inciso III, da Constituição, depara-se não só com a desnecessidade da prévia qualificação dos substituídos (...) (sem grifos no original).²²⁵

3.2.2.2 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de concretização dos direitos sociais

No item anterior fez-se a análise de dois entendimentos de jurisdição infraconstitucional à luz da hermenêutica e da necessária vinculação do Judiciário aos sentidos da Constituição.

Pretende-se, a partir de agora, identificar as premissas que orientam as decisões do STF em outras duas frentes, à luz da Constituição: a fixação do valor do

²²⁵ Voto do Ministro Barros Levenhagen, que atuou como relator no PROC. Nº TST-RR-662/2004-099-03-00.8, publicado no DJ de 28/04/2006.

salário mínimo; e a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as controvérsias envolvendo trabalhadores do serviço público frente às disposições da Emenda Constitucional 45. Igualmente aqui, privilegia-se a análise de uma questão de conteúdo predominantemente material (a do salário mínimo) e outra de conteúdo procedimental (referente à competência). Em ambos os casos, quer-se apontar quais os argumentos que se prendem aos sentidos éticos postos pelo paradigma democrático na Constituição brasileira de 1988 e quais eventualmente possam ser considerados deles desconectados.

Em primeiro lugar, parece bastante significativo observar como o Judiciário entende a questão da fixação do montante do salário mínimo frente às disposições constitucionais. Não é desconhecido o alcance bastante amplo que o texto constitucional atribui ao valor do salário mínimo. Assim, em que medida este mandamento é ou pode ser violado e com que argumentos se debatem sobre tal assunto é questão que revela a posição do STF dentro do quadro teórico sobre os fundamentos dos direitos humanos de viés social. Revela-se o comprometimento ou o descomprometimento com os fundamentos éticos dos direitos sociais ao se aproximar ou ao se afastar da interpretação constitutiva de sentido que se impõe diante da ineficácia das concepções racionalistas.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da fixação do valor do salário mínimo na apreciação do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 1458-7²²⁶ interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Nesta ação, a Confederação questionava o reajuste concedido

²²⁶ Vide Anexo 2, onde consta o inteiro teor do voto do Ministro Celso de Mello, relator.

ao salário mínimo pela Medida Provisória n. 1.415/96. Argumentava que a norma constitucional, ao se referir a reajuste, deixa implícita a necessidade de um parâmetro a ser utilizado para tal finalidade que tenha relação com a preservação do poder aquisitivo do valor do salário mínimo e que a adoção de qualquer outro critério ofende a norma constitucional.

No enfrentamento da questão, o Ministro relator CELSO DE MELLO optou por destacar dois aspectos, um referente à inconstitucionalidade da ação ou da omissão do Executivo, outro processual, atinente ao cabimento da concessão da liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Da primeira parte do voto podem-se retirar conclusões sobre o posicionamento ideológico da cúpula do Judiciário, tendente a reforçar a necessidade de implementação de políticas concretizadoras dos direitos sociais. Da segunda, as limitações que são colocadas, utilizando-se questões processuais que demonstram posições fortemente atreladas ao paradigma liberal-individualista.

Em primeiro lugar, o Ministro CELSO DE MELLO reconhece a obrigação do Estado em fixar um salário mínimo compatível com o suprimento das necessidades vitais básicas e em colocar em ação um programa social de implementação dos direitos sociais. Em seu voto, o Ministro escreve:

Na realidade, a nova Constituição Federal de 1988, nesse específico ponto, nada mais fez senão reiterar compromisso assumido pelo Estado brasileiro na esfera internacional. É que o Brasil subscreveu em 1970, no âmbito da OIT, a Convenção n. 131, já incorporada ao sistema de direito positivo interno (Dec. n. 89.686/84), comprometendo-se a adotar, no plano nacional, mecanismos vocacionados a operar reajustamentos periódicos

necessários à preservação do real valor do salário mínimo (art. 3º, da Convenção OIT n. 131).

Vê-se, portanto, que o legislador constituinte brasileiro delineou um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público – e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) –, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório.

Reconhecida a obrigação do Estado, o Relator admite que há efetiva inconstitucionalidade na Medida Provisória e que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão é o instrumento disponível para o questionamento da omissão parcial do Estado na edição da MP questionada:

Em suma: o valor mensal de R\$ 112,00 – que corresponde a um valor salarial diário de R\$ 3,73 – é aviltante e é humilhante. Ele, na verdade, reflete importância evidentemente insuficiente para propiciar ao trabalhador e aos membros de sua família um padrão digno de vida.

A quantia em referência confere atualidade à crítica do eminente Professor Osiris Rocha, para quem "A consciência nacional sabe que o trabalhador brasileiro, com o mínimo, não atende nem ao mínimo. Faz mágica de sobrevivência." (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 66, p. 452-457, verbete "Salário").

Tenho para mim que a norma em causa, precisamente por haver fixado valor insuficiente à integral realização do comando inscrito no artigo 7º, IV, da Carta Política, configura típica hipótese de inconstitucionalidade por omissão parcial, que admite e autoriza, como instrumento válido de impugnação, a utilização da via jurisdicional, inclusive da própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º).

Em teoria, pois, o STF encontrou argumentos que enfatizam a necessidade de implementação dos direitos sociais e que se coadunam com a impositividade dos

imperativos morais do Estado Democrático de Direito. Não obstante mais tarde, no próprio voto, serem encontrados impeditivos processuais à concretização dos direitos reconhecidos, revela notar que a fundamentação teórica está preocupada em se manter atrelada aos mandamentos constitucionais. Podem ser destacados importantes elementos que demonstram a preocupação do Ministro Relator com a preservação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e com a preservação dos imperativos constitucionais. Neste sentido, lê-se no voto que

o Estado não pode dispensar tratamento inconseqüente às diretrizes constitucionais que definem, a partir da identificação das necessidades sociais básicas do trabalhador e de sua família, os critérios que devem orientar o legislador na fixação do salário mínimo, *sob pena de se admitir que a classe operária seja titular de direitos abstratos e destinatária de proclamações retóricas tão elegantes na forma quanto vazias de significação em sua própria essência* (sem grifo no original).

O relator também destaca que

a questão do salário mínimo não é uma simples questão de ordem técnica. É, sobretudo, um problema de natureza social, com graves implicações de caráter político, pois revela, na exata definição do seu valor, o real compromisso do programa governamental com a justa remuneração do trabalho e com a plena emancipação da classe trabalhadora de sua inaceitável condição de opressão social e de arbitrária exploração econômica.

Como já se disse antes, o reconhecimento da necessidade de implementação de um programa de erradicação da pobreza, de valorização da dignidade humana e do respeito aos valores do trabalho, não se faz sem ações, sem medidas de ordem prática. Com efeito, o posicionamento e a interpretação do alcance da disposição constitucional que trata da composição do salário mínimo é irretocável. Contudo, é desprovida de efetividade. Como o discurso dos direitos humanos, reconhecidos na

legislação internacional e desrespeitados na prática, o direito social ao salário mínimo justo é desrespeitado pela ausência de coatividade na decisão do Judiciário. Embora o Judiciário reconheça sua vinculação ao sentido contitucional, não é capaz de fazer valer sua função institucional obrigando o executivo e o legislativo a agir em conformidade com os objetivos da sociedade refletidos na norma constitucional. No próprio voto do Ministro CELSO DE MELLO revelam-se os impedimentos encontrados, lembrando-se, antes, que a apreciação da questão se deu em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que o relator considerou o remédio apto para o caso:

A hipótese versada nos presentes autos refere-se – como já precedentemente enfatizado – a uma alegação de típica situação de inconstitucionalidade por omissão parcial, eis que o Poder Público, considerado o valor que estipulou para o salário mínimo, cumpriu, de maneira imperfeita e insatisfatória, o encargo que lhe foi imposto pela própria Constituição. (...)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (*RTJ* 133/569, rel. Ministro Marco Aurélio; ADIn n. 267-DF, rel. Ministro Celso de Mello), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF.

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.

Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.

Em outras palavras, o relator reconhece a procedência do pedido, mas nega a possibilidade de efetivação da tutela pretendida! Embora não haja dúvida que os fundamentos do voto têm em consideração os princípios democráticos refletidos na Constituição do Estado brasileiro, eles não estão comprometidos com a imperatividade das leis morais do imperativo categórico. O imperativo moral impõe que a finalidade da ação seja observada de modo que possa servir de parâmetro universal. O Judiciário não está apartado da obrigação de concretizar, de providenciar a implementação dos direitos sociais, ainda que de modo subsidiário à Administração Pública. Já se disse, a separação dos Poderes nada mais é do que um dos resquícios do liberalismo clássico, superado pela democratização do Estado de Direito. O não atendimento do Executivo e do Legislativo às imposições constitucionais dá legitimidade ao Judiciário para atuar quando chamado para suprir as insuficiências.

O recurso a argumentos processuais de impossibilidade de fixação de normas em abstrato se revela um artifício para negar a função interventora do Judiciário, em prejuízo da efetivação dos mandamentos constitucionais.

Uma segunda questão que se apresenta, com maior destaque para as repercussões procedimentais, diz respeito à competência da Justiça do Trabalho para apreciar as controvérsias envolvendo trabalhadores do serviço público, frente à Emenda Constitucional 45. Ocorre que a referida Emenda operou profundas modificações na competência da Justiça do Trabalho. O artigo 114 da CF, que dispunha no seguinte sentido:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos *entre trabalhadores e empregadores*, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. (sem grifo no original)

Passou a ter a seguinte redação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – *as ações oriundas da relação de trabalho*, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (...) (sem grifo no original).

Aparentemente sem maiores alterações, a substituição da expressão "*dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores*" para "*ações oriundas da relação de trabalho*" trouxe, na verdade, uma amplitude muito maior. Quando a redação anterior se referia a dissídios (ou lides) que envolvem trabalhadores e empregadores, entendia-se que a expressão "empregadores" estava referida diretamente ao contrato de emprego – que é o contrato de trabalho em sentido estrito, firmado nos moldes da CLT –, estando excluídas, naturalmente, as relações de trabalho em que o ente público estivesse envolvido e que não estivessem firmadas sob a égide das leis trabalhistas.²²⁷

A reação a esta medida constitucional foi de duas ordens. Por um lado, o

²²⁷ Ressalve-se que já havia entendimento em sentido contrário, de que a expressão empregadores não estava direcionada à expressão emprego em sentido estrito, mas em sentido lato, ou seja, a qualquer tipo de uso de força de trabalho. Vide, a respeito, publicação deste autor: FLINKERBUSCH, A. O. **Apontamentos preliminares sobre jurisdição trabalhista e hermenêutica**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. v. 33 – 2005. Porto Alegre: HS Editora, 2005, p. 72 e seq.

Procurador Geral da República, na defesa dos interesses do Poder Executivo, intentou ADIN com vista a manter a competência da Justiça Federal Comum para tais litígios, pois a União não teria condições materiais de se defender em cada uma das unidades judiciárias da Justiça Federal do Trabalho. Por outro lado, a ação também foi interposta pela Associação dos Juizes Federais – AJUFE, sob os argumentos de inconstitucionalidade procedimental. Neste caso, embora não evidenciados na petição inicial, as razões eram eminentemente políticas, pois diziam respeito à manutenção de poder jurisdicional, tanto é que transparece no teor da petição inicial a preocupação dos Juizes Federais Comuns com "transtornos imensos" com a redistribuição dos processos à Justiça do Trabalho.

Em apreciação do pedido de liminar, o relator Ministro NELSON JOBIN, preliminarmente afastou as alegações de inconstitucionalidade procedimental e, após, decidiu dar "interpretação conforme a Constituição" ao dispositivo questionado, para retirar da competência da Justiça do Trabalho as lides estabelecidas entre servidores contratados sob regime especial e a Administração Pública. Na liminar, que foi referendada pela composição plena do STF no julgamento definitivo, lê-se:

(...) a não inclusão do enunciado acrescido pelo SF em nada altera a proposição jurídica contida na regra. (...) não há que se entender que a Justiça Trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela lei 8112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT. (...) em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito 'ex tunc'. dou interpretação conforme ao inc. I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/04. Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inc. I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/04, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a (...) apreciação (...) de

causas que (...) sejam instauradas entre o poder público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem (...) (sem grifo no original).

Com o julgamento, as potencialidades oferecidas pelo novo texto constitucional foram podadas.

Inegavelmente, a ampla capilaridade da Justiça do Trabalho proporcionaria um acesso muito mais amplo à Justiça. Trabalhadores vinculados à Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal que prestam serviços nos mais longínquos rincões poderiam socorrer-se da Justiça do Trabalho e não dependeriam de deslocamento para Municípios servidos de Varas Estaduais ou Federais. Esta disseminação da Justiça Trabalhista, no entanto, dificultaria a defesa da União e dos Estados em Juízo, certamente, não em função dos deslocamentos, mas em função do aumento significativo de demandas pelo acesso facilitado ao Poder Judiciário.

Em segundo lugar, a vocação e a experiência dos Juízes do Trabalho no tratamento dos problemas típicos dessa relação que envolve a prestação de trabalho humano não foram consideradas. Se a Justiça do Trabalho firma-se como uma Justiça eminentemente social, porque é a que mais distribui renda e, não obstante as críticas às limitações que efetivamente se percebem, ainda é a que mais concretiza direitos sociais, nada pode ser mais ilegítimo e em desacordo com a Constituição do que a negação da ampla competência trabalhista à Justiça Especializada.

Os argumentos do Ministro relator são altamente retóricos. Em primeiro lugar, não há dúvida que as relações de trabalho regidas pela CLT são diferentes das

relações de trabalho submetidas a regimes próprios. No entanto, ambas as relações são relações de trabalho, isto é inegável. Então, se o novo texto não exclui qualquer relação de trabalho da competência da Justiça do Trabalho, não cabe ao intérprete fazer restrição, sob pena de violar o sentido constitucional. Em segundo lugar, o fundamento nos "princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da ausência de prejuízo" se mostra vazio de conteúdo, pois em sentido contrário se poderia argumentar: "com base nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da ausência de prejuízo, reconhece-se a competência da Justiça do Trabalho".

CONCLUSÃO

Bastante citado em várias obras que tratam dos direitos humanos, BOBBIO afirma, num dos seus mais conhecidos textos, que o problema dos direitos do homem não é um problema de justificação, mas de implementação. Em suas palavras:

o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim

qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.²²⁸

Embora a Constituição brasileira seja comprometida com os valores éticos e substantivos essenciais à realização das dimensões mais sensíveis do homem, não é preciso demonstrar cientificamente que ela se coloca em um cenário cruel, que transita ao longe da superfície da ordem jurídica e das práticas que legitimam uma sociedade democrática e socialmente justa.²²⁹

Reconhece-se, então, que o autor italiano tem razão em relação à inefetividade dos direitos humanos – e, poder-se-ia acrescentar, daqueles direitos humanos de caráter social, com maior ênfase. Mas, ao argumentar que os fundamentos não são importantes, BOBBIO desvincula a base dos direitos do problema pragmático, da vivência cotidiana. Com isso, contribui com a dificuldade de concretização. Os componentes históricos e filosóficos que determinam a importância dos direitos humanos estão intrinsecamente interligados ao seu aspecto político no momento da implementação, de modo que sua compreensão ampla é determinante na eleição das prioridades do Estado.

Historicamente se pode entender a evolução da idéia de direitos humanos em suas múltiplas dimensões, como direitos humanos e sociais (para ficar nos limites deste estudo). Paralelamente aos eventos históricos, desenvolve-se uma percepção cada vez mais rica sobre a razão da existência dos direitos do homem: diante da opressão do absolutismo, percebe-se a necessidade da liberdade; diante da

²²⁸ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 25.

²²⁹ FERREIRA, Marcos Moura. ***O direito ao trabalho no conjunto mais amplo dos direitos humanos. Aspectos de sua proteção jurídica no direito constitucional brasileiro.*** In: Revista

crueldade da revolução industrial, compreende-se a necessidade da igualdade e assim por diante.

Sob o enfoque filosófico lançam-se os argumentos que contribuem para a formação da consciência acerca dos direitos humanos e sociais. Se as dificuldades conceituais encontradas na leitura do texto constitucional originam-se na falta de uma fundamentação lógico-racional para os direitos sociais,²³⁰ então, o resgate da tradição filosófica é instrumento necessário à consecução dos fins do Estado Democrático de Direito.

Ainda que carente de maior aprofundamento, que não caberia nos limites deste trabalho, a retomada dos elementos históricos e filosóficos evidencia seu valor na análise do problema da inefetividade dos direitos sociais. Sem ouvir a multivocidade dos direitos humanos, o debate caminha para a construção de obstáculos como a "reserva do possível", o "mínimo existencial" e a secundarização dos direitos de igualdade em relação aos direitos de liberdade. Desse modo, a busca da investigação histórica e filosófica complementa a proposta fenomenológica hermenêutica, porque contribui para que não se abandonem formulações que foram responsáveis pela consolidação dos direitos humanos e sociais em prol de fundamentos conjunturais. A tradição histórica e filosófica funciona como instância necessária à interpretação, reforçando a importância dos argumentos ético-racionais para a construção de pressupostos válidos na concretização dos direitos sociais.

do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 63, n. 3 (jul./set. 2000), Brasília: Editora Síntese, 2000, p. 56.

²³⁰ BARRETO, 2003, op. cit., p. 108.

Vista sob outro ângulo, toda investigação está posta em torno da construção da noção de dignidade humana. Desde as primeiras legislações que reconheceram o valor da pessoa, a dignidade que lhe é inerente ganha destaque. A separação dos interesses do Estado dos interesses dos particulares, o respeito à vida e à integridade física, a garantia da livre iniciativa e da propriedade, o reconhecimento de necessidades vitais básicas e da responsabilidade do Estado no seu suprimento são etapas indissociáveis que desembocam na impositividade dos direitos humanos em todos os níveis, simplesmente pela densificação da dignidade humana ao longo do tempo. A esta evolução agregam-se ainda os elementos de caráter filosófico, quando argumentos racionais e lógicos são utilizados para justificar o valor do homem enquanto ser social.

Considerando-se que as ameaças aos direitos humanos e sociais quase sempre provêm do próprio Estado, ou de omissões do Estado, ressalta-se a importância da interpretação dos direitos humanos e sociais constitucionalmente garantidos. O Judiciário é a instância de Poder que se apresenta como recurso em busca da realização do que a lei garante. Então, a concepção que os juízes e os demais operadores do direito têm acerca da dignidade humana e do alcance dos direitos humanos e sociais é determinante no resultado dessa busca pela efetividade. Se o que se pensa a respeito dos direitos sociais está submetido a barreiras, dificilmente se alcançarão os objetivos constitucionais.

Assim, a matriz hermenêutica é a condição que possibilita a ligação entre os fundamentos filosóficos e a concretização dos direitos sociais. A hermenêutica clássica congela os significados e abstrai a importância dos elementos históricos e

filosóficos que atuam na formação do sentido da dignidade humana, enfraquecendo seus significados e abrindo portas a obstáculos que se avolumam na mesma proporção do enfraquecimento da idéia. O casamento dos pressupostos fornecidos pela tradição – abordados nos dois primeiros capítulos – com a prática hermenêutica que se insere legitimamente no paradigma do Estado Democrático de Direito – de que se tratou no terceiro capítulo – apresenta-se como necessidade para superação de barreiras epistemológicas e práticas.

Em síntese, o enriquecimento do conhecimento que se tem dos direitos humanos e sociais através da ampliação dos horizontes históricos e filosóficos fornecidos pela tradição, e o desenvolvimento de uma prática que leva em conta a autoridade dessa dimensão da questão e que também não descuida de evitar as trincheiras em que se escondem as práticas conservadoras, são indispensáveis para a realização da igualdade social e, por efeito, dos imperativos éticos do Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. ***Jurisdição constitucional a brasileira: situações e limites***. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1, n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

AGI, Marc. ***René Cassin, père de la Déclaration universelle des droits de l'Homme***. Paris: Livraria Acadêmica Perrin, 1998. Disponível em: <http://www.france.org.br/abr/label/label34/cassin.html>. Acesso em 28.11.2005.

ALEXY, Robert. ***Teoría de los Derechos Fundamentales***. Madrid: CEC, 1993.

ARENDT, Hannah. ***As Origens do Totalitarismo***. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. ***Da revolução***. São Paulo: Editora Ática, 1988.

ARISTÓTELES. ***Ética a Nicômacos***. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. ***Processo e Ideologia***. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARRETTO, Vicente de Paulo. ***Direitos humanos e sociedades multiculturais***. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

_____. ***Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?*** In: BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **O direito no século XXI: Desafios epistemológicos.** In Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, 2005.

_____. **Reflexões sobre os direitos sociais.** In.: Sarlet, Ingo Wolfgang (org). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **Os direitos humanos como direitos subjetivos – da dogmática jurídica à ética.** In: SARLET, Ingo, Wolfgang (org.). Jurisdição e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos.** Fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Et all. **Dicionário de Política.** Brasília: Edumb, 1993.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

_____. **Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil.** A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau et al. org. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2002.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A Opacidade do Direito.** São Paulo: LTR, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Bel Rey, 2003.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ática, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CLÈVE, Clémerson Mérlin. **O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do Direito**. Curitiba: HDV, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **A Constituição Alemã de 1919**. In: Biblioteca Digital de Direitos Humanos. DHNET.

_____. **A democratização dos meios de comunicação de massa**. In: *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau et al. org. São Paulo: Malheiros, 2001.

COUTINHO, Aldacy Rachid (org.). **Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Populações tradicionais e a conversão da diversidade biológica**. In: Baldi, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FARIA, José Eduardo. **A crise do Judiciário no Brasil**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Mitos e conflitos: os direitos humanos no Brasil**. In *A crise do direito numa sociedade em mudança*. José Eduardo Faria org. Brasília: UnB, 1989.

_____. [s.n.] In: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

FERREIRA, Marcos Moura. **O direito ao trabalho no conjunto mais amplo dos direitos humanos. Aspectos de sua proteção jurídica no direito constitucional brasileiro**. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho*. Vol. 63, n. 3 (jul./set. 2000), Brasília: Editora Síntese, 2000.

FLINKERBUSCH, A. O. **Apontamentos preliminares sobre jurisdição trabalhista e hermenêutica**. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. v. 33 – 2005. Porto Alegre: HS Editora, 2005.

_____. **Uma perspectiva crítica sobre a aplicação do Direito do Trabalho em vista da concepção do Direito como tecnologia**. In: COUTINHO, Aldacy Rachid (org.). *Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2000.

GARCÍA-PELAYO, Manoel. **Las Transformaciones del Estado contemporâneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GIORDANI, Francisco A. da Motta Peixoto. **A contratação de servidor público sem concurso x princípio da dignidade humana – colisão de direitos outro enfoque: conseqüências.** In: Revista LTr. Ano 66, nº 07, julho/2002. São Paulo: Editora LTr, 2002.

GRAU, Eros Roberto et al. (org.). **Direito Constitucional.** Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HAYEK, Friedrich A. **O Caminho da Servidão.** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Língua de Tradição e Língua Técnica.** Lisboa: Passagens, 1965.

_____. **Ser e tempo.** Petrópolis: Vozes, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Ícone, 2003.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HÖFFE, Otfried. **Derecho Intercultural.** Barcelona: Gedisa, 2000.

JOHNSON, Paul. **A História do Cristianismo.** Rio de Janeiro: Imago, 2001.

JUNGES, José Roque. **O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo.** In: Osowski, Cecília Irene (org). Teologia e humanismo social cristão: traçando rotas. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha.** Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

KTING, et al., apud. Keown, Damien. **Budismo e direitos humanos.** In: Baldi, César Augusto. Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Humanos no Brasil**. Desafios à Democracia. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997.

_____. **O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Jurisdição e direitos fundamentais. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado Editora, 2006.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro, Renovar .

LYRA Filho, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2001.

MACEDO, Sílvio de. **História do Pensamento Jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MENDES, Antônio Celso. **Direito; ciência, ideologia, política**. Curitiba: HDV, 1984.

MICHELMAN, Frank I. **A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Jurisdição e direitos fundamentais. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado Editora, 2006.

MOREIRA, Vital. **O futuro da Constituição**. In: GRAU, Eros Roberto et al. (org.). Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

MUZAFFAR, Chandra. **Islã e direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NEWTON, Michael. **Savage Girls and Wild Boys**. A History of Feral Children. Londres: Faber and Faber, 2002.

PANIKKAR, Raimundo. **Seria a noção de direitos humanos uma concepção ocidental?** In: BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988**. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1, n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. **A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas.** In Baldi, César Augusto (org). Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RADBRUCH, Gastão. **Filosofia do Direito.** Coimbra: Armênio Amado, 1974.

ROBLES, Gregório. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual.** Barueri: Manole, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** São Paulo: Martin Fontes, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Bel Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente – Contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Jair Ferreira. **O que é pós-moderno.** São Paulo: Brasiliense, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. (org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SODER, José. **Direitos do Homem.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de; KRETSCHMANN, Ângela. **A universalidade dos direitos humanos no discurso internacional.** Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito – Unisinos. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial.** In Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOSI, Giuseppe. **História e atualidade dos Direitos Humanos.** Texto disponível em: <<http://www.espdh.hpg.ig.com.br/texto1.html>>. Acesso em 29.11.2005.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Historia de los derechos humanos y garantías.** Buenos Aires: Heliasta, 1993.

VIANA, Márcio Túlio. **A nova competência, as lides sindicais e o projeto de reforma.** Disponível em:

<eletrônico: http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/artigos/mtv_reforma.doc>. Acesso em 01.03.2006.

VIDAL NETO, Pedro. **Estado de Direito**. Direitos Individuais e Direitos Sociais. São Paulo: LTr, 1979.

WARAT, Luiz Alberto. **Manifestos para uma ecologia do desejo**. São Paulo: Acadêmica, 1990.

ANEXO 1

Acórdão Inteiro Teor

PROCESSO: RR **NÚMERO:** 420498 **ANO:** 1998
PUBLICAÇÃO: DJ - 16/05/2003

PROC. N° TST-RR-420.498/1998.0

C:

A C Ó R D ã O

2ª Turma

JCDSD/rp/d/jr

NULIDADE DA SENTENÇA

Não há violação do artigo 165 do CPC, pois, como bem esclareceu o Tribunal Regional, a sentença, de forma fundamentada, afastou a incidência do artigo 830 da CLT, quanto à ausência de autenticação, no tocante à impugnação dos documentos; e ademais, restou registrado ainda, que houve manifestação do Juízo de 1º grau sobre os documentos indispensáveis à propositura da demanda, às fls. 152. O recurso de revista não preenche os requisitos do artigo 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido.

AÇÃO DE CUMPRIMENTO SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL AMPLITUDE

A legitimação extraordinária do sindicato alcança apenas os empregados associados à entidade sindical, não abrangendo todos os integrantes da categoria profissional. Recurso de revista conhecido e provido.

INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Não há como se conhecer do recurso de revista quando não vislumbradas as hipóteses do artigo 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido.

INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Extraí-se do julgado regional que não houve tese acerca do conteúdo de dispositivo constitucional citado, nem tampouco sobre a tese contida no aresto de fls. 274, qual seja, a impossibilidade de equiparação salarial entre empresas, o que atrai a incidência do Enunciado n° 297 do TST. O recurso de revista não merece conhecimento por força do Enunciado n° 297 do TST. Recurso de revista não conhecido.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

O recurso de revista não merece conhecimento, por ausência de prequestionamento. Recurso de revista não conhecido.

AÇÃO RESCISÓRIA

O recurso de revista encontra-se desfundamentado. Recurso de revista não conhecido.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Recurso de revista conhecido e provido nos termos do Enunciado 310, VIII, do TST.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-420.498/1998.0, em que é Recorrente TECHINT ENGENHARIA S.A. e Recorrido SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL, TERRAPLENAGEM, ESTRADAS, PONTES E CONSTRUÇÃO DE MONTAGEM - SINTRACONST.O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, por meio do acórdão de fls. 248/259, negou provimento ao recurso ordinário patronal, relativamente à preliminar de nulidade da sentença, substituição processual, inépcia da petição inicial e equiparação salarial. Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista, às fls. 263/271, sustentando, em suma, a nulidade da sentença; que a substituição processual limita-se aos empregados substituídos; que há inépcia da petição inicial em face da ausência de identificação individualizada dos substituídos; que há inépcia da petição inicial em relação ao pedido de equiparação salarial e que a ação rescisória em trâmite prejudica o andamento da presente ação de cumprimento. Aponta ofensa aos artigos 5º, LV, da Constituição Federal; 461 da CLT e 165 do CPC; e contrariedade ao Enunciado nº 310 da Súmula de Jurisprudência Uniforme desta Corte. Colaciona aresto.

Admitido o recurso de revista (fls. 283/284), não foram apresentadas contra-razões (certidão às fls. 286v). Sem remessa dos autos à D. Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do artigo 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

V O T O**1. NULIDADE DA SENTENÇA****CONHECIMENTO**

Renova a reclamada a arguição de nulidade da decisão de 1º grau, eis que a rejeição da impugnação aos documentos suscitada pela demandada tornou nula a sentença; e que as conclusões do MM. Juiz basearam-se em opiniões pessoais, sem qualquer fundamentação. Aponta vulneração do artigo 165 do CPC. Colaciona aresto. O Tribunal a quo, examinando a questão epigrafada, às fls. 250, consignou:

...a sentença recorrida examinou a matéria referente à falta dos documentos indispensáveis à propositura da demanda, como se verifica da leitura do penúltimo parágrafo de fls. 152. Desse modo não pode ser aceita a alegação da empresa de que o Juízo não fundamentou a sua decisão quanto à impugnação dos documentos juntados com a inicial, não existindo violação do referido art. 165 do CPC.

Há mais. Se existia omissão na sentença quanto à determinada matéria, deveria a reclamada ter oposto embargos de declaração para obter o pronunciamento do Piso quanto ao ponto omissivo, e não agora, em sede recursal, arguir a nulidade da sentença.

Não há violação do artigo 165 do CPC, pois, como bem esclareceu o Tribunal Regional, a sentença, de forma fundamentada, afastou a incidência do artigo 830 da CLT, quanto à ausência de autenticação, no tocante à impugnação dos documentos; e ademais, restou registrado ainda, que houve manifestação do Juízo de 1º grau sobre os documentos indispensáveis à propositura da demanda, às fls. 152.

Assim sendo, diante da razoável interpretação dada ao dispositivo, incide

o óbice do Enunciado nº 221 do TST.

O aresto de fls. 267 não se presta aos fins colimados porque oriundo do STJ. Pertinência do artigo 896, a, da CLT.

NÃO CONHEÇO.

2. AÇÃO DE CUMPRIMENTO SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL AMPLITUDE

CONHECIMENTO

Inconformada com a decisão regional, a reclamada interpõe recurso de revista baseada em divergência jurisprudencial. Alega que a condenação não pode beneficiar os empregados não-associados, sendo imprescindível a comprovação da qualidade de associado do empregado substituído.

O Tribunal Regional (fls. 255), analisando a questão, entendeu que a substituição processual abrange todos os empregados da categoria e não apenas os empregados associados: É que a substituição processual se relaciona com toda a categoria e não somente com associados da entidade sindical.

O aresto de fls. 268 autoriza o conhecimento do recurso de revista por trazer tese diametralmente oposta àquela consignada no acórdão regional, qual seja, a de que a substituição processual feita pelo sindicato não alcança todos os integrantes da categoria, mas apenas os empregados associados.

CONHEÇO, por divergência jurisprudencial.

3. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

CONHECIMENTO

Neste tema, sustenta a empresa que foi contrariado o Enunciado nº 310 do TST, em face da decisão de 1º grau que deixou de considerar a determinação legal existente, no sentido de identificar os representados, de forma individualizada, delegando tal procedimento para a fase de execução. Colaciona aresto.

A Corte de 2º grau, examinando a questão em comento, registrou in verbis: Acontece que o Sindicato-autor juntou às fls. 07 a lista dos empregados substituídos, obedecendo ao disposto no inciso V do Enunciado 310 do TST. Note-se que o referido inciso só exige a identificação completa do empregado substituído para o início da execução. (fls. 254)

Quanto à contrariedade ao Enunciado nº 310, a recorrente não especifica qual o inciso que teria sido contrariado, sendo, pois, genérica a alegação. E, ainda que assim não fosse, o TRT afirmou que foi juntado o rol de substituídos, o que atenderia o Enunciado nº 310, V, do TST.

O aresto de fls. 272 estabelece a necessidade de identificação dos substituídos em hipóteses de substituição processual dos associados. Ocorre que, no caso em tela, houve juntada do rol de substituídos às fls. 07, quando da propositura da ação de cumprimento, sendo inespecífico o paradigma.

Ressalte-se que, tendo sido provido o item 2 deste recurso, tem-se que a condenação limita-se aos substituídos que forem associados da entidade sindical e empregados na base territorial do Sindicato, à época da vigência da sentença normativa objeto desta ação de cumprimento.

NÃO CONHEÇO.

4. INÉPCIA DA INICIAL EQUIPARAÇÃO SALARIAL

CONHECIMENTO

Alega a empresa, em suas razões recursais, que o pedido de equiparação salarial é juridicamente impossível, pela não-apresentação de documentos necessários ao desenvolvimento da prestação jurisdicional. Aponta vulneração do artigo 5º, LV, da Lei Maior, e colaciona aresto.

Todavia, extrai-se do julgado regional que não houve tese acerca do conteúdo do dispositivo constitucional citado, nem tampouco sobre a tese contida no aresto de fls. 274, qual seja, a impossibilidade de equiparação salarial entre empresas, o que atrai a incidência do Enunciado nº 297 do TST.

NÃO CONHEÇO do recurso de revista.

5. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

CONHECIMENTO

Afirma o reclamado que não é possível o deferimento de equiparação salarial entre empresas que possuem contratos de prestação de serviços com cláusulas e condições diferentes, um vez que cada contrato possui peculiaridades específicas; e que o artigo 461 da CLT exige a concomitância dos requisitos lá estabelecidos para o deferimento da equiparação salarial. Aduz vulneração do artigo 461 da CLT, e colaciona aresto.

O Tribunal a quo (fls. 257) a partir das conclusões do julgado de 1º grau, deixou claro que em ação de cumprimento não pode ser discutida a possibilidade jurídica de ser efetivada a equiparação salarial. Ocorre que o Colegiado de origem não emitiu pronunciamento expreso a respeito do dispositivo epigrafado, não se configurando, portanto, o pressuposto recursal capaz de alavancar o recurso trabalhista de natureza extraordinária, exigido pelo Enunciado nº 297 deste Tribunal.

Por óbice do Enunciado nº 297 do TST é inservível o aresto de fls. 277 que trata da equiparação salarial entre empregado de empresa tomadora de serviço e prestadora de serviços.

NÃO CONHEÇO.

6. AÇÃO RESCISÓRIA

CONHECIMENTO

Neste tema o recurso de revista está desfundamentado, pois que não foi alegada violação ou divergência jurisprudencial apta a embasar o exame da revista.

NÃO CONHEÇO.

7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional do Trabalho (fls. 258) deferiu os honorários advocatícios com fulcro nos artigos 133 da Lei Maior e 20 do CPC; e que estão presentes os requisitos da Lei nº 5.584/70 porque é na substituição processual que mais avulta a atuação sindical na defesa dos direitos da categoria.

Nas razões de revista, com arrimo na contrariedade ao Enunciado nº 310, VIII, do TST, a reclamada sustenta a impossibilidade de condenação a honorários advocatícios, por atuar, o Sindicato, como autor da ação na condição de substituto processual.

De fato, assiste razão à reclamada, portanto, CONHEÇO do recurso de revista por contrariedade ao inciso VIII do Enunciado nº 310 do TST.

MÉRITO

1. AÇÃO DE CUMPRIMENTO SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL AMPLITUDE

A norma do artigo 8º, III, da Constituição da República não autoriza a substituição ampla e irrestrita pelo sindicato, porquanto hão de ser observadas as hipóteses previstas em lei de natureza infraconstitucional.

A legitimação extraordinária do sindicato encontra-se preconizada no parágrafo único do artigo 872 da CLT, alcançando tão-somente os empregados associados à entidade sindical, não abrangendo, por conseguinte, a substituição de todos os integrantes da categoria profissional. Neste mesmo sentido vem julgando esta Corte, conforme se infere da ementa a seguir reproduzida:

"AÇÃO RESCISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO.

VIOLAÇÃO DA LEI. ARTIGO 872, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. I - É rescindível, por afronta ao artigo 872, parágrafo único, da CLT, a sentença proferida em ação de cumprimento que legitima o sindicato a atuar como substituto processual de associados e não-associados. II - O disposto no artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 não serve de suporte à legitimação do sindicato como substituto processual de não-associados frente à jurisprudência sedimentada na Súmula 310, inciso I, do TST, que não divisa aí hipótese de substituição processual pelo sindicato. III - Não se reconhece divergência jurisprudencial, de modo a cogitar-se de texto

legal de interpretação controvertida, se proferida a decisão rescindenda após a edição de súmula do TST pacificando a tese jurídica. IV - Recurso parcialmente provido para rescindir parcialmente a r. sentença rescindenda e, em juízo rescisório, limitar a condenação em diferenças salariais aos associados do sindicato." (R O AR-358.309/97, julgado em 22/2/99, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 14/5/99).

Finalmente, nos termos do Enunciado nº 277 desta Corte, "as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos". Logo, as diferenças salariais a serem pagas estão circunscritas ao período de vigência da sentença normativa objeto desta ação de cumprimento.

Do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de revista da reclamada para limitar a condenação apenas aos substituídos que forem associados da entidade sindical e empregados na base territorial do Sindicato, à época da vigência da sentença normativa objeto desta ação de cumprimento.

2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Por meio do Enunciado nº 310, VIII, esta Corte já pacificou o seguinte entendimento:

Quando o Sindicato for autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para excluir da condenação os honorários advocatícios.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista em relação à nulidade da sentença, inépcia da petição inicial substituição processual; inépcia da petição inicial equiparação salarial, equiparação salarial e ação rescisória. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista e, no mérito, dar-lhe provimento para limitar a condenação apenas aos substituídos que forem associados da entidade sindical e empregados na base territorial do Sindicato, à época da vigência da sentença normativa objeto desta ação de cumprimento. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação os honorários advocatícios. Brasília, 23 de abril de 2003.

DECIO SEBASTIÃO DAIDONE
Juiz Convocado - Relator

NIA: 3606917

ANEXO 2

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.458-7

Relator: Ministro Celso de Mello

Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS

Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional

Desrespeito à Constituição. Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público.

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

Salário Mínimo. Satisfação das necessidades vitais básicas. Garantia de preservação de seu poder aquisitivo

A cláusula constitucional inscrita no artigo 7º, IV, da Carta Política – para além da proclamação da garantia social do salário mínimo – consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetividade de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo.

O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no artigo 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público – e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) –, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório.

Salário Mínimo. Valor insuficiente. Situação de inconstitucionalidade por omissão parcial

A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.

Inconstitucionalidade por omissão. Descabimento de medida cautelar

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (*RTJ* 133/569, rel. Ministro Marco Aurélio; *ADIn* n. 267-DF, rel. Ministro Celso de Mello), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF.

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.

Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer da ação e indeferir o pedido de medida liminar.

Brasília, 23 de maio de 1996

Sepúlveda Pertence, Presidente

Celso de Mello, Relator

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Celso de Mello – Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que, com fundamento no artigo 102, I, "p", e artigo 103, § 2º, todos da Constituição, pretende o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do artigo 1º e respectivo parágrafo único da Medida Provisória n. 1.415, de 29.4.96, cujo conteúdo normativo é o seguinte:

"Artigo 1º - O salário mínimo será de R\$ 112,00 (cento e doze reais), a partir de 1º de maio de 1996.

Parágrafo único - Em virtude do disposto no caput deste artigo, o valor diário do salário mínimo corresponderá a R\$ 3,73 (três reais e setenta e três centavos) e o seu valor horário a R\$ 0,51 (cinquenta e um centavos)."

A Confederação autora da presente ação sustenta que o Presidente da República, ao fixar o novo valor do salário mínimo em apenas R\$ 112,00, valeu-se, na Medida Provisória em referência, de índice absolutamente inadequado (porque conjuga componentes de variação de preços ao consumidor, ao produtor e ao construtor), incapaz, conseqüentemente, de refletir, com fidelidade, a perda inflacionária sofrida pelos trabalhadores.

O argumento da inconstitucionalidade da autora reside na alegada transgressão estatal da norma inscrita no artigo 7º, IV, da Constituição, que dispõe, em comando imperativo destinado ao Poder Público, que o salário mínimo, nacionalmente unificado, a ser estabelecido em lei, deverá atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, além de sofrer reajustes periódicos que visem a preservar-lhe o poder aquisitivo.

A Confederação promovente desta ação direta, depois de enfatizar que as normas impugnadas eliminam a garantia constitucional de preservação do poder aquisitivo do salário mínimo, critica a absoluta impropriedade do índice de reajuste adotado pela Medida Provisória n. 1.415/96 (IGP-DI), salientando:

"(...)

O salário mínimo que até a data de 30 de abril era de R\$ 100,00 (cem reais), acaba de ser reajustado por índice aleatório, inferior à variação de todos os índices mensurados por institutos oficiais e privados, de reconhecida idoneidade.

A omissão da metodologia de cálculo, ou do processo de apuração do índice utilizado para alterar-se o valor do salário mínimo, importa grave violação de três princípios constitucionais que são o sustentáculo da administração pública, da qual o Excelentíssimo Senhor Presidente da República é servidor público número um (n. 1).

(...)

As razões de ordem econômica, que não se fundamentam no interesse ou na segurança nacional, ao se sobreporem ao ordenamento jurídico vigente, corroem as estruturas democráticas, pondo em risco o Estado de Direito, além de gerar insegurança jurídica à parcela significativa da população, que reclama, também, como outros segmentos da sociedade, o exercício pleno de sua cidadania, pedindo o cumprimento da Constituição, no caso particular, a preservação do poder de compra do salário mínimo, assegurado pelo disposto no inciso IV do artigo 7º da CF.

Diz o artigo 7º, inciso IV da CF '... com reajustes periódicos que lhes preservem o poder aquisitivo...'

O novo salário mínimo ofende a Constituição, porque deixa de reajustar o seu valor anterior de R\$ 100,00. Através de um artifício, fixa-se um novo valor para o mesmo, desconectado da realidade, burlando, de forma flagrante, expressa disposição constitucional, que reclama o reajuste.

Tanto é assim, que o valor fixado, considerada a variação nominal, é inferior a todos os índices, oficiais e não-oficiais atualmente disponíveis, capazes de refletir, de maneira aproximada, a desvalorização do poder de compra do salário.

O índice que mais se aproxima, nos últimos doze meses, é o Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna – IGP-DI, calculado por instituição privada (Fundação Getúlio Vargas), que conjuga componentes de variação de preços ao consumidor, ao produtor e ao construtor. Este mesmo índice é adotado, nos termos do artigo 2º da Medida Provisória em comento, para reajustar os benefícios mantidos pela Previdência Social.

Ao referir-se a reajuste, a norma constitucional deixa implícito a necessidade de um parâmetro a ser utilizado para tal finalidade que tenha relação com a preservação do poder aquisitivo do valor do salário mínimo. A adoção de qualquer outro critério, esbarra na norma constitucional.

A fixação do salário mínimo em R\$ 112,00 (cento e doze reais) significa um reajuste igual a 12%, inferior, inclusive, ao concedido aos trabalhadores inativos, beneficiários da Previdência Social, o que é inconstitucional a teor do disposto no artigo 5º, *caput*, da CF. Não se concebe que um trabalhador na atividade possa receber menor salário do que o trabalhador inativo. Tal situação colide com o princípio insculpido no *caput* do artigo 170 da CF, que dispõe que 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios':

Não se concebe, portanto, reajuste diferenciado, para o salário mínimo e para o aposentado e pensionista, até porque, segundo dispõe o artigo 201, § 5º da CF, estabelece que 'nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento de trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo'.

(...)"

Com tais fundamentos – e não obstante reconhecendo a autora a ocorrência de hipótese de inconstitucionalidade por omissão – requer seja concedida medida cautelar para suspender, liminarmente, a eficácia das normas ora impugnadas, a fim de que:

"(a) seja declarada a omissão inconstitucional do Excelentíssimo Senhor Presidente da República e do Congresso Nacional, determinando-se o imediato reajuste do salário mínimo, por índice que demonstre a variação real do poder aquisitivo do mesmo, nos últimos doze meses; ou, alternativamente,

(b) que seja declarada a omissão inconstitucional do Senhor Presidente da República e do Congresso Nacional, para que o salário mínimo seja reajustado no mesmo índice dos benefícios da Previdência Social, a teor do que dispõe o artigo 2º da MP n. 1.415, de 1996, a teor do que dispõe o artigo 5º, *caput*, 170, *caput*, e 201, § 5º da CF."

Havendo pedido de medida cautelar, submeto o pleito à apreciação do Plenário desta Suprema Corte.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Celso de Mello (Relator): A autora sustenta que a Medida Provisória n. 1.415/96, ao fixar o novo salário mínimo (R\$ 112,00), teria vulnerado a norma inscrita no artigo 7º, IV, da Constituição, que assim dispõe:

"Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às 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'...)"

O fundamento em que se apoia a pretensão de inconstitucionalidade deduzida pela autora nesta sede processual residiria, em essência, na alegada vulneração, pelo ato normativo presidencial, do princípio constitucional que, em nosso sistema jurídico, consagra e protege a preservação do poder de compra do salário mínimo.

A Confederação autora, ao enfatizar a eiva de inconstitucionalidade que contaminaria a MP n. 1.415/96 (art. 1º e seu parágrafo único), argumenta que o Poder Executivo da União adotou índice inadequado (IGP-DI) na definição do valor salarial ora impugnado, que não reflete, por isso mesmo, a variação inflacionária registrada ao longo do período de um ano.

Ante a situação exposta, a autora ajuíza ação direta de inconstitucionalidade por omissão do Poder Público na efetivação de medidas reputadas imprescindíveis ao adimplemento de determinada prestação estatal imposta pela Constituição da República.

A Carta Política, ao inscrever a garantia jurídica concernente ao salário mínimo dentre os direitos sociais da classe trabalhadora, determinou ao Poder Público que editasse lei veiculadora de valor remuneratório capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, em ordem a permitir-lhes a satisfação dos gastos essenciais com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Mais do que o reconhecimento formal do direito ao salário mínimo, a Constituição da República promulgada em 1988 – demonstrando extrema preocupação com as perdas salariais geradas pelo processo inflacionário – impôs ao Estado a obrigação de adotar mecanismos destinados a preservar o próprio poder aquisitivo do salário mínimo.

Com efeito, a cláusula constitucional inscrita no artigo 7º, IV, da Carta Política – para além da proclamação da garantia social do salário mínimo – consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo.

A preservação do poder aquisitivo do salário mínimo, com a conseqüente conservação de seu valor real, constitui a grande inovação introduzida no tema pela Assembléia Constituinte de 1987/1988, eis que os anteriores documentos constitucionais republicanos, embora inspirados pelo sentimento de solidariedade que emana da idéia social – 1934 (art. 121, § 1º, "b"), 1937 (art. 137, "h"), 1946 (art. 157, I), 1967 (art. 158, I), e 1969 (art. 165, I) – nada dispuseram sobre o princípio em referência.

Na realidade, a nova Constituição Federal de 1988, nesse específico ponto, nada mais fez senão reiterar compromisso assumido pelo Estado brasileiro na esfera internacional. É que o Brasil subscreveu em 1970, no âmbito da OIT, a Convenção n. 131, já incorporada ao sistema de direito positivo interno (Dec. n. 89.686/84), comprometendo-se a adotar, no plano nacional, mecanismos vocacionados a operar reajustamentos periódicos necessários à preservação do real valor do salário mínimo (art. 3º, da Convenção OIT n. 131).

Vê-se, portanto, que o legislador constituinte brasileiro delineou um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público – e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) –, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório.

É por essa razão que Luis Roberto Barroso, ao versar o tema ora em análise, discutindo-o na perspectiva da efetividade dos direitos e garantias de ordem social, expende considerações que devem constituir objeto de necessária reflexão (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2. ed., Renovar, 1993, p. 151-152):

"Esta não é, definitivamente, uma norma programática. Não apenas porque o *caput* do dispositivo refere-se expressamente a um direito assegurado, como também porque o preceito descreve a utilidade a ser fruída – salário capaz de satisfazer as necessidades vitais básicas de um trabalhador e sua família – e específica, embora de modo implícito, a conduta devida: pagar salário que atenda aos requisitos enunciados.

Descumprindo o comando constitucional, um trabalhador, individualmente, ou o sindicato, representando a categoria, poderão requerer ao Judiciário a observância forçada da norma. A efetividade desse preceito é, tecnicamente, menos intrincada do que pode parecer à primeira vista. Confirme-se.

No regime constitucional anterior, o salário mínimo era fixado por decreto presidencial. Atualmente, tal competência transferiu-se para o Congresso Nacional. Se algum empregador pagar valor inferior ao estabelecido, qualquer trabalhador, em dissídio individual, obterá, através da Justiça do Trabalho, a diferença devida. Aqui não se apresenta nenhuma dificuldade.

Quid iuris, se o vício se contiver, não no ato em si do empregador, mas no do Congresso Nacional, por fixar um salário mínimo que desatenda os requisitos constitucionais? Em outras palavras: existe remédio jurídico a ser utilizado contra o ato legislativo que institua um salário mínimo incapaz de satisfazer as necessidades normais de um trabalhador e sua família?

A resposta é afirmativa. Tanto mais agora que o novo texto constitucional simplificou a tarefa jurisdicional ao estabelecer uma série de parâmetro objetivamente aferíveis. No regime da Carta de 1969, a cláusula 'necessidades normais', sem qualquer outro detalhamento, padecia de um conteúdo fluido, algo impreciso, ainda que não indeterminável. Presentemente, todavia, o próprio inciso IV enuncia os fatores a serem tomados em conta na fixação do salário mínimo: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. E muito embora seja impossível erradicar-se totalmente um certo grau de subjetividade, é plenamente possível a um juiz, por dados oficiais ou mediante prova técnica, estimar, *v.g.*, o valor de aluguel de uma habitação modesta em bairro operário, o custo de alimentação valorado por uma cesta básica, as despesas de transporte tendo em vista o preço da passagem, etc. Mesmo quando os valores pudessem oscilar significativamente, de acordo com o que cada um viesse a considerar como padrão mínimo de dignidade, o fato é que há um núcleo central em relação ao qual haverá consenso em qualquer circunstância.

Seria puramente ideológica, e não científica, a negação da possibilidade de o Judiciário intervir em tal matéria. Porque em diversas outras situações em que a Constituição ou a lei utilizam conceitos vagos e imprecisos, é exatamente ao juiz que cabe integrar, com sua valoração subjetiva, o comando normativo. Assim se passa, por exemplo, quando ele fixa o valor da 'justa indenização' na desapropriação (CF/88, art. 5º, XXIV); quando nega eficácia a ato, lei ou sentença estrangeira por ofensa à nossa 'ordem pública' (LICC, art. 17); ou quando fixa alimentos 'na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada' (C. Civil, art. 400).

Assentada a premissa, é bem de ver que se a União, por seu órgão legislativo, fixa o valor do salário mínimo em quantitativo insuficiente para o atendimento das necessidades vitais básicas de um trabalhador e de sua família, o ato que o institui vicia-se por inconstitucionalidade."

Tudo isso significa, na perspectiva do preceito consubstanciado no artigo 7º, IV, da Carta Política, que a insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configurará um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração, estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.

Não se pode ignorar, neste ponto – tal como adverte Amauri Mascaro Nascimento (*Direito do trabalho na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 117, item n. 14) – que a Carta Federal em vigor no Brasil ampliou o quadro das necessidades vitais básicas consideradas essenciais à composição do valor inerente ao salário mínimo, impondo ao Poder Público o dever de definir o *quantum* apto a satisfazer

as exigências indispensáveis de moradia, de alimentação, de educação, de saúde, de lazer, de vestuário, de higiene, de transporte e de previdência social.

A questão do salário mínimo não é uma simples questão de ordem técnica. É, sobretudo, um problema de natureza social, com graves implicações de caráter político, pois revela, na exata definição do seu valor, o real compromisso do programa governamental com a justa remuneração do trabalho e com a plena emancipação da classe trabalhadora de sua inaceitável condição de opressão social e de arbitrária exploração econômica.

O Estado não pode dispensar tratamento inconseqüente às diretrizes constitucionais que definem, a partir da identificação das necessidades sociais básicas do trabalhador e de sua família, os critérios que devem orientar o legislador na fixação do salário mínimo, sob pena de se admitir que a classe operária seja titular de direitos abstratos e destinatária de proclamações retóricas tão elegantes na forma quanto vazias de significação em sua própria essência.

Há, na realidade, em tema de salário mínimo, uma inderrogável obrigação estatal que vincula o Poder Público ao dever de fixar um piso remuneratório capaz de satisfazer as necessidades primárias de subsistência do trabalhador e dos membros de sua família.

O valor que emerge da norma ora impugnada não realiza os propósitos visados pelo legislador constituinte, eis que basta mera constatação objetiva – independentemente de qualquer discussão técnica sobre os índices aplicáveis – para concluir-se, sem qualquer dúvida, sobre a absoluta insuficiência do *quantum* fixado pelo Governo para o satisfatório atendimento das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família.

A Medida Provisória n. 1.415/96 decididamente não guarda fidelidade à Constituição Federal no ponto em que esta impõe ao Governo da República a dupla obrigação de (a) estipular, para o salário mínimo, importância suficiente e necessária à satisfação das exigências vitais básicas relacionadas pelo próprio legislador constituinte e (b) de proceder a revisões periódicas que efetivamente preservem o poder aquisitivo do salário mínimo.

O exame dos diversos índices resultantes de pesquisas efetuadas por instituições idôneas revela, a partir de uma simples análise comparativa, que a opção governamental pelo valor estipulado na norma impugnada – considerada a realidade sócio-econômica prevalecente na sociedade brasileira – não resiste a um confronto liminar com o texto da Constituição.

Enquanto o Governo Federal, na fixação do salário mínimo, utilizou-se do índice de 12%, as pesquisas efetuadas por instituições qualificadas revelam os seguintes números, todos eles desprezados pelo Poder Público:

ICV/DIEESE: 33,74%

IPC/FIPE: 20,03%

INPC/IBGE: 18,30%

IGP-M/FGV 13,62%

Em suma: o valor mensal de R\$ 112,00 – que corresponde a um valor salarial diário de R\$ 3,73 – é aviltante e é humilhante. Ele, na verdade, reflete importância evidentemente insuficiente para propiciar ao trabalhador e aos membros de sua família um padrão digno de vida.

A quantia em referência confere atualidade à crítica do eminente Professor Osiris Rocha, para quem "A consciência nacional sabe que o trabalhador brasileiro, com o mínimo, não atende nem ao mínimo. Faz mágica de sobrevivência." (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 66, p. 452-457, verbete "Salário").

Tenho para mim que a norma em causa, precisamente por haver fixado valor insuficiente à integral realização do comando inscrito no artigo 7º, IV, da Carta Política, configura típica hipótese de inconstitucionalidade por omissão parcial, que admite e autoriza, como instrumento válido de

impugnação, a utilização da via jurisdicional, inclusive da própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º).

Impõe-se ressaltar que, na tipologia das situações inconstitucionais, também inclui-se aquela que deriva do descumprimento, por inércia estatal, de norma impositiva de determinado comportamento atribuído ao Poder Público pela própria Constituição.

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade, portanto, pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere*, gera, mediante violação positiva, a inconstitucionalidade por ação.

Pode ocorrer, no entanto, que o Poder Público deixe de adotar as medidas que sejam necessárias para tornar efetivos, operantes e exequíveis os próprios preceitos da Constituição. Em tal situação, o Estado abstém-se de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs. Desse *non facere* ou *non praestare*, resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

Cumprir ter presente, neste ponto, a advertência de Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*, 2. ed., Coimbra Editorial, 1988, v. 2, p. 406), que, ao versar o tema, observa:

"Por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial. A violação da Constituição, na verdade, provém umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente atividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional.

(...)

A inconstitucionalidade por omissão não surge apenas por carência de medidas legislativas, surge também por deficiência delas."

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

É por essa razão que J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 46, item n. 2.3.4), analisando a força normativa da Constituição – e assinalando que a eficácia preponderante e subordinante de suas cláusulas impede o reconhecimento de situações inconstitucionais –, acentuam, na perspectiva da inquestionável preeminência normativa da Carta Política, que:

"(...) tanto se viola a Lei fundamental quando as ações estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são *actuados*, dinamizados ou concretizados pelos órgãos que constitucionalmente estão vinculados a fornecerem-lhe operatividade prática.

A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma ação inconstitucional (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma omissão inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito)."

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do magistério doutrinário (Anna

Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição*, Max Limonad, 1986, p. 230-232, item n. 5), *verbis*:

"A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução.

Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional.

Afeta, também, o sentido da Constituição.

Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa inconstitucionalidade (...). Por outro lado, indiretamente, a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental.

Como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados.

De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação.

De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição."

Dentro desse contexto, foi instituída a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, vocacionada a preservar a supremacia da Carta Política e destinada, enquanto instrumento de controle abstrato, a impedir o desprestígio da própria Constituição, eis que – tal como adverte Pontes de Miranda, em magistério revestido de permanente atualidade (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, v. 1, p. 15-16) – "Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior (...). No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem na cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer".

O sentido da preocupação do legislador constituinte, com a possível desconsideração de sua obra pelos poderes constituídos, foi bem realçado por Ritinha Stevenson, ilustre Magistrada federal na Seção Judiciária de São Paulo, que, em passagem referente à Constituição brasileira de 1988 e ao tema da normatização de sua supremacia, dispensou-lhe lúcida análise, *verbis*:

"A Constituição brasileira de 1988 foi prodigamente dotada de normas consagradoras de sua supremacia, o que não deixa de ser um sinal indicador da preocupação ou apreensão do constituinte (e dos cidadãos, indiretamente) com a possibilidade da sua desobediência, ou da desconsideração de tal

supremacia pelos encarregados de lhes dar cumprimento." (*Constituição de 1988: legitimidade – vigência e eficácia – supremacia*, obra escrita em conjunto com Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Helena Diniz, São Paulo: Atlas, 1989, p. 105).

É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por

inércia e omissão, o dever de emanção normativa que lhes foi imposto, infringam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e efetuem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.

O grande publicista do Império, José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, teve, já no século passado, a exata percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgredir, por omissão total ou por insatisfatória concretização de seu dever político-jurídico, os encargos de que se tornou depositário por efeito de expressa determinação constitucional.

Pimenta Bueno, em obra clássica de nossa literatura constitucional (*Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Ministério da Justiça, 1958, p. 45), ao cuidar do tema referente ao desenvolvimento da Constituição e à realização de suas promessas, asseverou:

"Convém, e é justo contar sempre com a razão pública, desenvolver o sistema constitucional, não parar na inação, promover a confecção das leis, das instituições, dos melhoramentos necessários (...), isto é, deduzir as consequências lógicas das promessas constitucionais, para que não permaneçam só em letras mortas."

Também Anna Cândida da Cunha Ferraz, em precisa análise dos graves efeitos decorrentes da inércia do Estado no plano constitucional, adverte:

"A Constituição, obra de um Poder mais alto, solenemente promulgada, destina-se a ser efetivamente observada, cumprida e aplicada (...). E, com efeito, se se aceita a Constituição como obra de compromisso posta pelos constituintes no exercício do Poder Constituinte Originário, que lhes é conferido pelo povo, é de se esperar que a Constituição escrita seja aplicada plenamente, em especial pelos detentores dos poderes constituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário – que, em regra, são titulados, pelo Constituinte, guardiães da Constituição." (*Processos informais de mudança da Constituição*, São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 217-218).

Perfilha o mesmo entendimento, de repulsa à "inatividade consciente na aplicação da Constituição" (v. Anna Cândida da Cunha Ferraz, op. loc. cit.), o ilustre

Professor José Afonso da Silva, para quem não basta "ter uma Constituição promulgada e formalmente vigente; impende atuá-la, completando-lhe a eficácia para que seja totalmente cumprida". (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 212).

O comportamento negativo dos poderes constituídos, que deixam de editar normas regulamentadoras do texto constitucional previstas na própria Constituição, torna inviável – numa típica e perversa relação de causa e efeito – o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas assegurados às pessoas pelo estatuto fundamental.

O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, além de evidenciar o inaceitável desprezo das liberdades públicas pelos poderes do Estado.

Essa constatação, feita por Karl Loewenstein (*Teoria de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1983, p. 222), coloca em pauta um fenômeno que esse autor denominou de erosão da consciência constitucional, que decorre do processo de desvalorização funcional da Constituição escrita.

A guarda da Constituição incumbe, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal, em cujas funções institucionais inclui-se, como magna prerrogativa político-jurídica, o poder de verificação da compatibilidade vertical que necessariamente deve haver entre normas e comportamentos estatais, de um lado, e o texto da Carta Política, de outro, em ordem a preservar a supremacia do estatuto constitucional.

Os processos de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro encontram fundamento de caráter teórico e de índole jurídico-positiva (a) no sistema difuso, que

permite a fiscalização incidental e (b) no modelo concentrado, que faz instaurar o controle normativo abstrato.

A fiscalização abstrata de constitucionalidade, por sua vez, tem, como instrumentos formais de sua realização, (1) a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, "a"), (2) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º) e (3) a ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, "a").

A hipótese versada nos presentes autos refere-se – como já precedentemente enfatizado – a uma alegação de típica situação de inconstitucionalidade por omissão parcial, eis que o Poder Público, considerado o valor que estipulou para o salário mínimo, cumpriu, de maneira imperfeita e insatisfatória, o encargo que lhe foi imposto pela própria Constituição.

É por essa razão que a Confederação autora, sustentando que as normas impugnadas violaram o princípio da preservação do poder de compra do salário mínimo, pretende, em face do que dispõe o artigo 7º, IV, da Carta Política, o reconhecimento do estado de omissão inconstitucional do Poder Público.

A autora, não obstante reconhecendo a existência de omissão inconstitucional na espécie, postula concessão de medida liminar para que se determine, ao Presidente da República e ao Congresso Nacional, desde logo, o imediato reajuste do salário mínimo, por índice que se revele adequado à demonstração da real variação da inflação.

Tratando-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial, como no caso, torna-se inviável a concessão de provimento liminar, eis que o eventual deferimento da medida cautelar importaria em revivescência da legislação revogada (RTJ 101/499 – RTJ 120/64 – RTJ 146/461-462), o que – na hipótese ora em exame – implicaria imediata redução do valor (insuficiente) de R\$ 112,00 para o valor (inaceitável) de R\$ 100,00 por mês, a título de salário mínimo, o que agravaria ainda mais o estado deplorável em que se acham extensos segmentos da formação social brasileira.

Teve nítida percepção da absoluta inviabilidade da medida liminar em sede de controle abstrato, nas hipóteses de inconstitucionalidade por omissão parcial, o ilustre Professor Clémerson Merlin Cléve (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 243-244), que assim apreciou, em obra doutrinária, com expressa citação do autorizado magistério de Gilmar Ferreira Mendes, a própria questão ora versada na presente ação direta de inconstitucionalidade:

"Nos termos do artigo 7º, IV, da Constituição, o trabalhador faz jus a 'salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (...).

Essa norma contém expresso dever constitucional de legislar, obrigando o legislador a fixar salário mínimo que corresponda às necessidades básicas do trabalhador.

Se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão, em processo de controle abstrato da omissão ou no processo de controle abstrato de normas – tal como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht*, a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) (BVerfGE 8, 1 (19), que a lei que fixa o salário mínimo não corresponde às exigências estabelecidas pelo constituinte, configurando-se, assim, típica inconstitucionalidade em virtude de omissão parcial, a suspensão de aplicação da lei inconstitucional – assim como sua eventual cassação no controle de normas – acabaria por agravar o estado de inconstitucionalidade. É que, nesse caso, não haveria lei aplicável à espécie."

Nesse específico contexto – e tal como adverte Gilmar Ferreira Mendes (*Jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 297-298, item n. 4) –, torna-se imperioso preservar, ainda que em caráter excepcional, a norma que realiza, posto que de maneira insatisfatória, o comando constitucional que impõe ao Poder Público a adoção de determinadas medidas.

Em tal caso – e com expressa referência ao problema do salário mínimo –, observa Gilmar Ferreira Mendes que a superação do estado de inconstitucionalidade por omissão parcial reclamará, durante determinado período de transição, como medida indispensável, a conservação da norma jurídica imperfeita, até que, mediante formal apelo ao legislador, sobrevenha a promulgação do ato estatal que dê efetiva concreção ao texto da Constituição.

Cumprir enfatizar que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, rel. Min. Marco Aurélio; ADIn 267-DF, rel. Min. Celso de Mello), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final desta Corte, que, julgando procedente a ação direta, venha a reconhecer o estado de inércia do Poder Público. Em tal hipótese, caberá ao Supremo Tribunal Federal cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização da imposição constitucional.

Na realidade, o reconhecimento formal do estado de omissão inconstitucional imputável ao Poder Público somente pode gerar, nos precisos termos do que prescreve o artigo 103, § 2º, da Carta Política, mera comunicação, ao órgão estatal inadimplente, de que este se acha em mora constitucional.

É inequívoco o sentido da norma inscrita no § 2º do artigo 103 da Carta Política, que, ao assinalar a única e exclusiva providência a cargo desta Suprema Corte, assim dispõe, *verbis*: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

Vê-se, portanto, que, em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional, são extremamente limitados os poderes deferidos pela Carta da República ao Supremo Tribunal Federal, que não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir providimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada – ou editada de maneira insatisfatória – pelo Poder Público. Daí a impossibilidade de concessão de medida liminar em sede de controle concentrado de omissão estatal, eis que, reduzindo-se o pronunciamento final da Corte à mera cientificação do órgão em situação de mora, torna-se evidente que o provimento cautelar não poderá revestir-se de força maior e mais abrangente que a própria decisão concernente ao mérito da causa, a ponto de determinar ao Presidente da República e ao Congresso Nacional a adoção das medidas legislativas adequadas.

Cumprir não desconhecer, neste ponto, a advertência de José Afonso da Silva (*Mandado de injunção e habeas data*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 26, item 9), cujo magistério, ao versar o controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão, salienta:

"A ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa obter o reconhecimento de falta de medida para tornar efetiva norma constitucional, dando-se ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art. 103, § 2º). Quer-se, com o reconhecimento da omissão inconstitucional, que o Poder omisso supra a omissão, expedindo a medida requerida para integrar a eficácia da norma constitucional, a fim de que se torne imediatamente aplicável. Mas a decisão judicial, no caso, se limitará a dar ciência ao Poder competente para as providências cabíveis. Não pode obrigar a produção da medida supridora da omissão, mormente se a medida requerida for lei. Esta é ato político, por excelência. Depende da vontade discricionária do legislador, a quem cabe decidir do seu conteúdo e do momento de sua produção."

Mesmo em Portugal – para referir fonte histórica próxima –, em cujo estatuto fundamental o legislador constituinte brasileiro inspirou-se para conferir positividade à disciplina normativa do tema pertinente às omissões inconstitucionais, não são outros, senão os já assinalados, os efeitos derivados do reconhecimento formal da inércia estatal. Daí a observação de J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional*, 4. ed., Coimbra, Almedina, 1987, p. 833): "A verificação de não cumprimento da Constituição, derivado de omissões legislativas inconstitucionais, obriga o Tribunal Constitucional a dar conhecimento da inconstitucionalidade por omissão ao órgão competente...".

É por tal razão que não se pode, na situação exposta pela autora, sequer cogitar da concessão de medida liminar.

Desse modo, Senhor Presidente – e tendo em consideração as razões expostas –, conheço da presente ação de inconstitucionalidade por omissão, que se revela perfeitamente viável em face da própria natureza da postulação nela deduzida, mas indefiro, por incabível, o pedido de suspensão cautelar de eficácia das normas impugnadas.

É o meu voto.