

O DIREITO AO TRABALHO NO CONJUNTO MAIS AMPLO DOS DIREITOS HUMANOS. ASPECTOS DE SUA PROTEÇÃO JURÍDICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Marcus Moura Ferreira*

Posto que seja algo muito singelo, este artigo é dedicado à memória de D. Hélder Câmara. Em vida, deu-se a cumprir o imperativo categórico de Kant: “Age de modo a tratar a humanidade, não só em tua pessoa, mas na de todos os outros homens, como um fim e jamais como um meio.”

1 - DIREITOS HUMANOS: CEGAS ESPERANÇAS? (BREVE ABORDAGEM DE SUA EVOLUÇÃO)

Sendo Bobbio um desses espíritos luminosos que se tomam em larga consideração sempre que proferem uma palavra que seja sobre determinado assunto¹, ouçamo-lo sugerir, ao leitor de uma de suas mais notáveis obras, este exercício tão elementar quanto persuasivo a respeito dos direitos humanos (tema a que o seu talento criador há décadas dedica o mais valoroso contributo): “Ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda longo. E

* Juiz do Trabalho da 34ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

¹ Tome-se em termos tal asserção, evidentemente. As idéias são a força motriz da vida, mas não se deve atribuir a qualquer delas critério de predomínio absoluto e de perpetuidade; no seu universo rico e transformador, o talvez único valor absoluto é justamente o da sua pluralidade. Por melhor elaborada que seja uma qualquer representação do pensamento acerca de um tema determinado, tal não exclui outras possíveis formulações, submetendo-se todas elas ao confronto das divergências. Todo o sistema de crenças humanas, e a própria ciência, se constroem a partir da circularidade, do pluralismo e do embate de idéias. Dir-se-á que idéias existem, tão naturalmente aceitas por todos os homens, como a noção de justo, por exemplo, dada a sua posição central entre os valores humanos, que seriam assim absolutas. Mas aí se trata dos valores considerados em si mesmos, que se expressam em noções, concepções, idéias. Norberto Bobbio é um dos mais importantes pensadores da segunda metade do século XX e uma referência imprescindível para o estudo e o adensamento teórico dos direitos do homem. Nem por isso, suas concepções, embasadas em argumentação muito bem estruturada e altamente persuasiva, podem ser tomadas como verdades incontestáveis. É questionável que relegue a plano secundário de interesse o aspecto alusivo aos fundamentos dos direitos humanos, pela razão de que os valores da convivência humana, indefiníveis e variáveis conforme as épocas históricas, não se justificam, mas assumem-se. Ora, o pragmatismo desse raciocínio obscurece a dimensão ética dos direitos fundamentais, a sua autonomia e prevalência sobre todos os demais direitos. Os fundamentos são indissociáveis

ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado²”.

Diagnóstico, advertência e predição do futuro a um só tempo, estas cortantes palavras do grande filósofo e jurista realçam o estágio aflitivo, angustiante e, não raro, lamentável em que se encontram os direitos humanos, não exatamente em sua formulação, pois as declarações de direitos, teoricamente consideradas e no momento histórico em curso, atendem à essencialidade das aspirações sociais e às exigências dos povos, mas em sua inflexão real e prática sobre extensas e sofridas camadas da população dos quadrantes todos da terra.

O problema da efetividade dos direitos humanos já nasce com as respectivas declarações, desde a edição dos documentos setecentistas (na França, Inglaterra e Estados Unidos), e atravessa as diversas gerações que se seguiram, de modo que hoje e sempre nos debatemos em permanente luta para que se tornem realidade os sonhos iluministas, o ideário inspirador da Declaração Universal de 1948 e os direitos econômicos e sociais. E as ameaças e ações supressivas dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais provêm quase sempre do próprio Estado que os deveria assegurar, das ideologias autoritárias e elitistas e do predomínio do interesse econômico sobre todos os demais elementos do processo social. Some-se a isto um dado característico da contemporaneidade, que é o imobilismo conformista da sociedade de massa, que opera para despolitizar as questões fundamentais, retirando-lhes a sua dimensão substantiva, em estratégia alienante tão ao gosto do reformismo conservador dos tempos que correm.

Mas seja qual for a atitude de pensamento que se possa ter a respeito da efetividade dos direitos fundamentais - do direito ao trabalho, em particular, tal conduta reclama que se examine o tema a partir de sua perspectivação histórica, sinteticamente que seja. Em verdade, o homem e suas instituições, na linha de evolução e continuidade do seu desenvolvimento, são em si e por si mesmos condicionados pelo processo histórico, por isso que não se lhes compreende o estágio atual se não se concede alguma reflexão a sua herança cultural. E como não se conhece, na idade moderna, reatividade tão intensa

das instituições humanas e essa inter-relação é a premissa para que se assumam os direitos, positivando-os e os exercendo. A eficácia dos direitos fundamentais depende, antes, que hajam sido conscientizados como direitos de todos os cidadãos, inscritos na consciência histórica da humanidade. Daí porque adquire inegável relevância a questão pertinente aos seus fundamentos. No caso dos direitos humanos, a sua razão justificativa será sempre a dignidade humana, no que esta encerra os atributos de especificidade do ser a que se refere (historicidade, liberdade, consciência ética, entre outras características reconhecidas pela filosofia e que constituem o fulcro da antropologia cultural). Em verdade, os direitos fundamentais e sua idéia reguladora têm um comprometimento inevitável com a anterioridade que lhe é ontológica: o próprio homem. E tal se compreende exatamente a partir dos fundamentos. A propósito do assunto, leia-se o artigo de Fábio Konder Comparato, *Fundamentos dos Direitos Humanos*, notável abordagem filosófica e crítica, publicado em *Cultura dos Direitos Humanos*, org. por Maria Luíza Marcílio e Lafaiete Pussoli, São Paulo, LTr, 1998, pp. 53/74.

² Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992, pp. 45/46.

quanto a Revolução francesa, é para a Assembléia Nacional de 1789 que nos reconduzimos, pois ali se editou o grande ato do pensamento liberal em toda a sua trajetória, a conhecida *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, em cujo texto declaram-se a liberdade de todos os homens e a igualdade destes em direitos e proclamam-se os seus direitos naturais e imprescritíveis, com o que afirma a dignidade da pessoa humana³.

A França foi berço de outras importantes declarações, sendo que a de 1793, durante o período revolucionário, preocupou-se em amparar, como bem observou o emérito Josaphat Marinho⁴, o direito ao trabalho, ao socorro público e à instrução, numa espécie, queremos crer, de antecipação do conteúdo social prevalente nos documentos editados no século XX, notadamente a partir da Constituição de Weimar, de 1919. E Lucien Jaume registra que “O direito ao trabalho constituiu, em 1848, tema de debate memorável⁵.” Ressalte-se ainda a de 1795, sobre cuja essência se detém Nicola Matteucci⁶, a estatuir ao lado dos “direitos” também os “deveres”, tendência que ganhou corpo no século XIX, tal qual se verifica nos *Doveri dell'uomo*, de Mazzini, e na própria Constituição italiana, cuja primeira parte se denomina *Direitos e deveres do cidadão*, designativo análogo ao do Capítulo I, do Título II, da Constituição brasileira - *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*.

Como a França revela uma inobscurecível vocação libertária, é natural que em seu solo se plantassem e, de certo modo, se imortalizassem as raízes mais fundas do ideário das declarações políticas e jurídicas a exaltar os mais importantes valores humanos. Mas é de justiça, em ligeira retrospectiva histórica, que se registrem os precedentes do *Bill of rights* das colônias americanas que se rebelaram em 1776 contra a Inglaterra e o *Bill* inglês de 1688, embora este último não aludisse aos direitos do homem, mas aos “direitos tradicionais e consuetudinários do cidadão inglês, fundados na *common law*”. Não obstante as diversidades próprias de cada momento histórico em que estas e outras importantes declarações se proclamaram, a nota característica de todas elas é a crença impreterível da civilização na dignidade humana, enquanto valor fundante de uma convivência pacífica, respeitosa e solidária entre as pessoas.

³ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi elaborada em consonância com a visão liberal e universal dos filósofos do século XVIII e segundo os interesses políticos da burguesia. Contrária em tudo aos princípios despóticos da monarquia, aos privilégios da aristocracia e à intolerância do clero, a Declaração foi, na realidade política daquele momento, a certidão de óbito do Antigo Regime. No que afirmou que “A fonte de toda soberania reside essencialmente na nação” modificou profundamente o conceito de Estado. Aliás, a mais expressiva conquista da Revolução Francesa foi exatamente a transformação do Estado dinástico no Estado moderno: nacional, liberal, secular e racional. Cf. PERRY, Marvin, *et al*, especialmente o capítulo escrito por Margaret C. Jacob, in *Civilização Ocidental - Uma História Concisa*, tradução de Waltensir Dutra, São Paulo, Editora Martins Fontes, 1985, pp. 394/445.

⁴ Cf. MARINHO, Josaphat. *Constituição e Direitos Sociais*, in *Direito do Trabalho - Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*, org. por Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro e Rodolfo Pamplona Filho, São Paulo, Editora LTr, 1998, p. 40.

⁵ Cf. JAUME, Lucien. *Les Déclarations des Droits de l'Homme*, apud MARINHO, Josaphat, *ob. cit.*, p. 40.

⁶ Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; tradução de Carmen C. Varriale, *et al*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 12ª edição, 1999, v. 1, pp. 353/354.

⁷ Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Ob. cit.*, v. 1, p. 353.

Os direitos do homem classificam-se, segundo a conotação política e jurídica da tutela ou proteção que por meio deles se pretende alcançar, em civis, políticos e econômicos e sociais⁸, cada qual destes constituindo uma específica e complexa geração de direitos. Entretanto, operam de maneira interdependente e se agrupam em unidade fundamental de que se irradia o seu potencial, a incidir sobre todas as dimensões conhecidas do ser humano.

Inicialmente, declaram-se os direitos civis em atitude de elementar respeito à personalidade moral da pessoa. Aí está o primeiro movimento, de primacial importância, no sentido moderno por que se compreendem as declarações de direitos. No seu âmbito, assegura-se o espaço vital da liberdade para o exercício dos próprios desígnios, em contraposição ao arbítrio do Estado, que se obriga desde então a não impedir ou dificultar essas manifestações de afirmação pessoal em todos os níveis - de pensamento, de crenças diversas, políticas, ideológicas e religiosas, de reunião, de atividade econômica e tantas quantas possam expressar a personalidade e o desejo do indivíduo de entrar em relação com o mundo. Trata-se de uma atitude cultural típica do século XVIII, marcado pelas idéias do grande apelo libertário que se propunha à construção de novas realidades humanas e de um mundo completamente novo, para cuja conformação o Estado concorre com uma petrificada passividade, limitando-se e abstendo-se, dada a concepção filosófica então dominante de que o direito natural antecede a toda e qualquer organização política e social. Daí o caráter tão afirmativo das esferas de liberdade pessoal e dos direitos que as asseguram.

Sucede que os direitos de liberdade individual não bastam para o exercício compartilhado do poder político. A emergência dos grupos sociais contribui decisivamente para a formação do Estado democrático e representativo, no qual o poder decisório se desconcentra e se distribui por entre instâncias de representação da vontade popular. Propugnam-se e consolidam-se, em continuidade evolutiva, os direitos políticos. O sentido de liberdade adquire uma conotação transcendente da individualidade, para assegurar a participação do cidadão nas deliberações do Estado, por intermédio dos partidos políticos e pelo exercício do sufrágio universal.

Assim se desenvolve, em torno dos direitos civis e políticos, a concepção filosófica, jurídica e política dos direitos do homem, com o conseqüente papel absenteísta atribuído ao Estado, até que os fatos abrem veredas novas ao movimento de idéias, já ao final da primeira guerra mundial. O social entra com grande força no horizonte da humanidade, a expressar o amadurecimento de exigências novas, múltiplas e complexas e a reclamar a presença ativa do Estado, como elemento insubstituível de organização das forças vivas da sociedade e de regulação da vida

⁸ Já se está tratando, hodiernamente, de um outro grupo, o dos direitos difusos, transindividuais, cujo conteúdo material abriga os grandes temas da sociedade pós-industrial, como o direito à proteção do ambiente ecológico. Como o presente artigo propõe uma reflexão localizada no campo dos direitos sociais e centrada no direito ao trabalho, faz-se aqui apenas esta restrita alusão aos direitos de última geração.

social. A Constituição de Weimar, de 1919, torna-se uma referência para o constitucionalismo democrático, cumprindo o papel pioneiro de infundir racionalidade à organização do Estado e de proclamar, agora em tom e termos muito claros, ao lado dos direitos civis e políticos, os direitos sociais correspondentes às demandas da época. Esta Constituição, elevando-se sobre todas as demais que se promulgaram em um mesmo contexto histórico, revestiu-se de impressionante poder de influência e expansão, pela força renovadora de suas disposições⁹.

Seguiu-se à segunda guerra um amplo movimento de solidariedade internacional e um grande esforço de cooperação para que se viabilizassem ações que promovessem os valores mais caros ao homem, profundamente atingidos pelos efeitos devastadores daquela conflagração mundial, que dissipou e nulificou quantos avanços haviam sido até então conquistados e incorporados à realidade política. Em 1948, tomou-se um compromisso internacional de extraordinária relevância, através da Assembléia Geral das Nações Unidas, sob a forma e denominação de Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento altamente construtivo, corajoso e emancipatório, embora promulgado em período de graves inquietações, quando “dois terços da humanidade ainda viviam em regime colonial¹⁰”.

Penetrando a questão social em seus artigos 22 a 28, declara os direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade da pessoa humana: direito ao trabalho, à escolha do trabalho, a condições satisfatórias de trabalho, à proteção contra o desemprego, ao salário digno, ao repouso, à liberdade sindical; ao lazer, a um nível de vida que assegure ao trabalhador e à sua família a saúde e o bem-estar, a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e os serviços sociais necessários; direito à previdência e ao seguro social no caso de desemprego, enfermidade, invalidez, viuvez e velhice; direitos especiais à maternidade e à infância; direito à educação, à instrução técnica e profissional; à cultura e a uma ordem social e internacional em que os direitos fundamentais sejam plenamente efetivos, entre outras promulgações.

⁹ Entre suas normas, a Constituição de Weimar decreta a necessidade de “proporcionar ao conjunto da classe operária um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162); estabelece a competência da República Federal para legislar sobre “direito operário” e “socialização das riquezas naturais e de empresas econômicas” (art. 7º, incisos 9º e 13); diz que a ordem econômica deve “garantir a todos uma existência humana digna” (art. 151); prescreve que “as energias do trabalho” ficavam “sob a especial proteção da República” (art. 157) e que o “conteúdo” e as “limitações” do direito de propriedade seriam “deduzidos da lei” (art. 153); sobre a função social da propriedade, definiu que o “seu uso deve constituir, ao mesmo tempo, um serviço para o mais alto interesse comum” (art. 153) (MARINHO, Josaphat. *Ob. cit.*, pp. 41/42).

¹⁰ Cf. ALVES, José Augusto Lindgren. *A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade, in Cidadania e Justiça*, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, n. 5, 1998, p. 6. Este autor relata que os países afro-asiáticos eram quase todos colônias ocidentais e não tiveram voz nas negociações que precederam a Declaração, sendo certo que os países socialistas se abstiveram na votação. Acrescenta a perspicua observação de que “Os direitos consagrados pelo documento entraram gradativamente nas consciências de seus nacionais (dos países colonizados), auxiliando-os, inclusive, nas lutas pela descolonização.” (p. 9)

É irrecusável a influência que a Declaração de 1948 exerceu, nos anos seguintes, sobre os ordenamentos jurídicos de diversos países da comunidade internacional. A conversão ou transposição daqueles valores para as Constituições dos Estados soberanos, na segunda metade do século XX, constituiu um passo definitivo para a universalização dos direitos fundamentais. Àquela altura, despertadas as consciências, criaram-se em quase todo o mundo entidades de proteção dos direitos humanos, que já articulavam ações solidárias para submeter os governos dos Estados nacionais a critérios de aferição de sua legitimidade¹¹.

No Brasil, uma extensão mais profunda de efeitos se instalou com a Constituição de 1988, que assumiu a feição das denominadas constituições abertas, pelo aspecto analítico e extenso de seu texto e a variedade das questões neste incluídas. Tal característica se reflete nos direitos fundamentais, que albergam valores de suma importância para a vida política, econômica e social do país. O constituinte assimilou em profundidade o critério de relevância constitucional, em razão do qual se constrói o sistema normativo sobre questões e temas essenciais, identificados em momentos diversos, inclusive durante o processo de elaboração da Carta¹². Em razão deste critério, a Constituição não apenas estatuiu os direitos fundamentais e consagrou o princípio democrático da solidariedade, como criou novos e importantes instrumentos processuais para efetivar aqueles direitos, como é o caso do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão¹³. Também por isso, a ordem constitucional vigente reconheceu a importância das formações sociais intermediárias, realidade viva do processo social brasileiro, e facilitou-lhes o acesso à jurisdição, atribuindo-lhes poderes de titularidade coletiva para a maior expansão possível dos direitos fundamentais¹⁴.

¹¹ A positivação, nas Constituições modernas, dos princípios contidos na Declaração de 1948 é um dado eloquente sobre quão fundamentais são os valores que neles se contêm; logo que constitucionalizados, passam a ser princípios estruturantes e ordenadores do Estado Democrático. No Brasil, o fato de o legislador constituinte os ter exaltado ao plano constitucional (direitos individuais e coletivos, art. 5º; sociais, arts. 6º a 11, da nacionalidade, arts. 12 e 13; políticos e de organização partidária, arts. 14 a 17), para logo demonstra a sua historicidade e a força da soberania popular a impor limitações aos poderes constituídos do Estado, que dela dependem e em cujo nome atuam. É de tal modo importante que se positivem ditos valores na Constituição que, a partir daí, até o aspecto semântico ganha uma dimensão nova e importante, tanto que é mais adequado falar-se em “direitos fundamentais do homem” em lugar da clássica denominação “direitos humanos”. E não se trata de mero jogo de palavras, mas de atitude concreta de pensamento e ação, capaz de expressar, em sua força vocabular, que não se está tratando mais de valores abstratos ou só conceituais, mas de norma constitucional positiva, concreta e real, verdadeiro núcleo do sistema de direitos e dos critérios de interpretação constitucional. Ao centro do sistema constitucional, os direitos fundamentais muito revelam do conteúdo ideológico-político do ordenamento, cuja compreensão é essencial para se articular a estrutura normativa com os valores reais da sociedade.

¹² Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1999, p. 16, nota de rodapé n. 26.

¹³ Tornaremos ao Mandado de Injunção e à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão no item 5.

¹⁴ Tal conclusão se impõe da compreensão do art. 5º, XXI, e do art. 8º, III, da Constituição da República, entre outros dispositivos. Também deflui da magna importância que o texto constitucional deu ao Ministério Público, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127 e seguintes).

Assim, no cenário mais geral, é importante registrar que a Constituição brasileira de 1988, incidindo sobre uma porção da realidade mundial, repercute, amplifica e fortalece a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o que não é pouco para o caráter proclamatório desta. Com efeito, destacam-se no texto constitucional os seguintes princípios da organização estatal brasileira: [...] A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político (art. 1º). No art. 3º, explicitam-se estes princípios da República por meio dos seguintes “objetivos fundamentais”: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Em suas relações internacionais, o país rege-se pelos princípios enumerados no art. 4º, entre estes o da “prevalência dos direitos humanos”. E após exaustiva declaração dos direitos individuais e coletivos, no art. 5º, § 2º, dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Em sua latitude e conceituação atual, os direitos individuais e coletivos estão assegurados no art. 5º; os sociais nos arts. 6º a 11; os da nacionalidade nos arts. 12 e 13; os políticos e de organização partidária nos arts. 14 a 17.

A propósito, e em linha ainda retrospectiva, cumpre mencionar o quanto se internacionalizou, na última década, o debate sobre os direitos humanos, em virtude de conferências mundiais do mais alto significado, valendo destacar as de Viena (direitos humanos), do Cairo (sobre população), de Copenhague (sobre o desenvolvimento social), de Beijing (sobre a situação e os direitos da mulher) e a de Istambul (sobre os assentamentos humanos).

De outra parte, há muito a lamentar, tão devastadores os desatinos praticados contra os direitos do homem. Os anos mais recentes testemunharam o genocídio em Ruanda, a limpeza étnica na Bósnia, no Kosovo, no Timor Leste e na Tchetchênia, a guerra limpa da Otan, e, no plano da desestruturação econômica e social, a “repetição a intervalos cada vez menores de desastrosas crises monetárias e financeiras¹⁵”, subproduto da globalização no que esta tem de mais convulsivo e perverso.

No Brasil, os fatos sociais, infelizmente, não se conciliam com as declarações de direitos. Com efeito, a nota inexaurível dos direitos do homem é entre nós designada pela valência semântica da palavra fundamental (direitos e garantias fundamentais), a explicitar que tais direitos são mais importantes que todos os demais, como se lê em dicções centrais do texto constitucional, como referido, não constituindo exagero algum dizer-se que os direitos fundamentais são a ossatura do Direito Constitucional Positivo brasileiro, pelo evidente compromisso dos seus princípios e

¹⁵ Cf. RICUPERO, Rubens. *No apagar das luzes*, Folha de S. Paulo, 19.12.99.

normas instituidores com as liberdades públicas e com a utopia¹⁶, pelo menos, das transformações sociais tão necessárias ao país. Mas isso, quase sempre, é ignorado e banalizado pelos poderes e órgãos públicos encarregados de promover a realização prática desses mesmos direitos. Não obstante o nível ótimo da Constituição de 1988, no que respeita à estruturação normativa dos direitos fundamentais, o que se vê, no campo e nas cidades, é a violação organizada, sistemática e repulsiva de todos os direitos e prerrogativas do cidadão, pela ação e omissão da sociedade mesma e dos entes públicos, geralmente dirigidas contra os pobres e miseráveis, tratados que sempre são como o rebotalho do gênero humano. A brutalidade do cotidiano se dirige geralmente contra negros, homossexuais, índios, presos, analfabetos, portadores de HIV, deficientes físicos e mentais, desempregados, crianças e despossuídos de direitos elementares, para os quais as palavras “direitos civis, políticos, econômicos e sociais” não têm qualquer significado real, já que os respectivos conteúdos não fazem parte de sua experiência vivida¹⁷.

É exatamente este o ponto em que nos encontramos: temos uma Constituição moderna, comprometida com os valores éticos e substantivos essenciais à realização das dimensões mais sensíveis do homem, e uma realidade cruel, que transita ao longe da superfície da ordem jurídica e das práticas que legitimam uma sociedade democrática e socialmente justa. O Estado brasileiro não se ocupa de criar uma dinâmica social nova e abrangente, de sorte a se poder afirmar que lhe cabe a decisiva responsabilidade pelo abismo que se formou entre os direitos positivados e a vida¹⁸.

Respondendo, à maneira de síntese, a questão proposta no título (cegas esperanças?), devemos dizer que as deliberações do espírito humano nem por isso se projetam na vida real, se não conseguem mobilizar as energias das pessoas e não criam um comprometimento da consciência mesma. É no campo da participação ativa da cidadania que se travam as batalhas dessa luta pela implementação prática dos direitos humanos. Não é obra da natureza, mas de gerações que se sucedem e são chamadas todo o tempo a optar diante da alternativa em que se desenrola o seu destino - ou se tornam livres e promovem o bem e a justiça ou se perdem nos caminhos obscuros da opressão.

¹⁶ Damos à palavra “utopia” o significado de algo que se deve tomar em conta como um desafio a vencer-se, um objetivo histórico a conquistar-se. Não tem razão de ser, para a radicalidade do processo de lutas e transformações sociais, o sentido comum e conformista que se atribui a tal palavra (fantasia, ilusão, sonho irrealizável). Como propõe José Eduardo Faria, a utopia deve ser vista “na sua dimensão constitutiva da realidade presente” (Cf. *Direito e Globalização Econômica - implicações e perspectivas*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, pp. 153/154).

¹⁷ É indispensável a leitura do livro *Democracia em pedaços - Direitos Humanos no Brasil*, de Gilberto Dimenstein, São Paulo, Companhia das Letras, 1996, baseado em relatórios da *Human Rights Watch/Americas*, para se compreender a gravidade do problema da violação dos direitos humanos no Brasil. Contendo dados atuais sobre a crise social, desnudando os caminhos da barbárie no país, desfazendo mitos e a desinformação muita vez proposital, a referida obra é um relato comovente ao tempo em que nos impele a tomar consciência e posição a respeito da proteção e efetividade dos direitos fundamentais.

¹⁸ O Estado é responsável pela situação referida, mas também o é a sociedade civil, até porque ambos são instituições inseparáveis. Boaventura de Souza Santos, sociólogo e jurista português de grande prestígio, trata da questão com a propriedade de sempre: “As transformações por que passaram recentemente as sociedades capitalistas aproximaram e interpenetraram de tal maneira o Estado e a sociedade civil que cada um deles se está progressivamente a transformar no duplo do outro [...] a distinção entre Estado e não-Estado torna-se cada vez mais problemática, tal como se torna cada vez mais difícil determinar onde acaba o Estado e a sociedade civil começa”. (*O estado e o direito na transição pós-moderna*, Revista Humanidades, Brasília, Editora UNB, v. 7, p. 273)

2 - OS DIREITOS SOCIAIS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO TRABALHO

Os direitos civis e políticos jamais terão o mínimo de efetividade se não forem antes atendidos pressupostos econômicos e sociais, capazes de satisfazer necessidades elementares de alimentação, educação, saúde, trabalho, previdência e outras tantas que o desenvolvimento das condições históricas incorpora gradualmente à condição humana. Os direitos econômicos e sociais dão conteúdo material e expressão de realidade aos direitos básicos de liberdade. Somam-se todos eles em interação dialógica e convergente, completam-se no conjunto dos direitos fundamentais da pessoa.

No Brasil, as carências materiais são de tal ordem que afetam substancialmente a utilidade dos direitos essenciais de liberdade. Direitos individuais e coletivos somente se realizam, em condições satisfatórias, em sociedade democrática que seja capaz - não menos do que isto - de erradicar a miséria. Em sua razão última, os direitos sociais postulam a realização da justiça social para reduzir radicalmente as desigualdades e nivelar as oportunidades de acesso aos bens materiais e incorpóreos essenciais à vida digna.

Não obstante a interação a que nos referimos, e a interdependência entre os direitos civis e os sociais, é inegável que a incidência mais ampla destes últimos é um tanto mais complexa que a dos primeiros. Em que é precária a implementação dos direitos individuais básicos (pense-se no direito de não ser torturado nem submetido a tratamento desumano ou degradante, consolidado no art. 5º, III, da CF, em contraposição à violência policial praticada nas ruas e nas delegacias), ela ainda enfrenta menores dificuldades que a dos direitos econômicos e sociais. Em primeiro lugar, há um caráter de inegável transcendência em relação aos direitos de liberdade, pois esta é uma idéia tão consensual quanto universalmente aceita. Demais disso, como remarca Luis Roberto Barroso, no *Estado democrático de direito (última geração do modelo burguês)* "Cristalizaram-se as diretrizes do liberalismo, que se impuseram sobre as forças derrotadas da aristocracia e da realeza¹⁹", dado que põe em relevo o aspecto da herança cultural da liberdade individual a reproduzir-se em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos. Por fim, há uma questão de natureza operativa, qual seja a de que os direitos civis e políticos envolvem, geralmente, a abstenção do Estado ou de um terceiro para que se realizem, enquanto os direitos econômico-sociais, a fim de que possam criar uma base material para o desenvolvimento humano, dependem, genealogicamente, de condutas afirmativas do Estado, consubstanciadas em prestações positivas que lhe são atribuídas pela Constituição e pelas leis integradoras dos mandamentos fundamentais.

A realidade é que não basta que se proclamem os direitos sociais, sob o plexo jurídico do sistema de direitos, se no aspecto da operatividade não se fizer presente a indispensável mediação estatal.

¹⁹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1993, 2ª edição, p. 101.

No quadro normativo e institucional das democracias contemporâneas, um dos lugares centrais é reservado ao trabalho humano. Em seu sentido mais amplo, o trabalho, seja qual for o modo pelo qual se manifeste no universo da produção - físico, mecânico, técnico, intelectual - é a pedra angular da vida econômica e social, pois é através dele que o homem coloca sua energia dinâmica e criadora a serviço de si próprio, do seu semelhante e da coletividade²⁰.

Produzindo a riqueza e realizando a existência do homem, seu agente, o trabalho é a mais impressionante e inigualável força de transformação da Natureza, em processo que se desenvolve por etapas, desde as primitivas civilizações dos tempos históricos mais remotos, ao momento presente do mundo da comunicação, da informática e da tecnologia. Em seu historicismo, o trabalho será sempre o elemento central de ação do homem sobre a Natureza, em correlações incessantes e em movimento incansável de transformações. Se homem e Natureza são, reciprocamente, a consciência um do outro, o elemento dessa combinação é exatamente o trabalho, com toda a sua provisão de força.

É claro que estamos a tratar do trabalho livre, mas não nos esqueçamos que o máximo de degradação já se fez sentir em longos períodos da trajetória humana, pelo estigma da escravidão institucionalizada de que o Brasil livrou-se tão tardiamente. Desgraçadamente, porém, o trabalho escravo ainda se faz presente no país, ostensivamente ou por dissimuladas maneiras, como noticia Gilberto Dimenstein em seu precioso livro a que antes nos referimos²¹.

Fixemo-nos então na questão da proteção jurídica. Fato material-histórico, portanto pré-constitucional e legal, manifestação plena de essencialidade ao tempo em que é realidade vasta e complexa, ao trabalho humano deve destinar-se especialíssima tutela, que promova os valores sociais que dele resultam.

A Constituição da República deu aos direitos sociais e ao trabalho, em particular, maior amplitude que as anteriores. Declara que “São direitos sociais a educação, a saúde, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados” (art. 6º), os quais são melhor compreendidos e complementados no texto da *Ordem Social*, que se contém no Título VIII e em seus Capítulos (direitos relativos à previdência e assistência social, à cultura e ao desporto, à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, ao meio ambiente, arts. 193 e seguintes). Enuncia, no art. 7º, o elenco dos direitos individuais dos trabalhadores urbanos e rurais, entre outros que visem à melhoria de sua condição social. Nos arts. 8º a 11, estatui os direitos coletivos dos trabalhadores, principalmente os de greve e de associação sindical. No Título da Ordem Econômica, distingue como princípio a “busca do pleno emprego” (art. 170, VIII), com o que pretende que o trabalho seja “A base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica”, como anota, com a habitual proficiência, José Afonso da Silva²².

²⁰ José César de Oliveira deu à literatura jurídica contribuição de incedível valor ao tratar do trabalho humano em todas as fases da história e da evolução do Direito do Trabalho. É indispensável a leitura do seu *Formação Histórica do Direito do Trabalho*, in *Curso de Direito do Trabalho - Estudos em Memória de Célio Goyatá*, org. por Alice Monteiro de Barros, São Paulo, LTr, 1994, pp. 29/93.

²¹ *Ob. cit.*, especialmente o capítulo denominado *Trabalho Escravo*, pp. 163/177.

²² Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2ª tiragem, 1990, p. 668.

A Constituição brasileira trata das grandes questões atinentes ao universo do trabalho, valendo ressaltar com que inquebrantável firmeza dispõe sobre a negociação coletiva (art. 7º, VI, XIII, XIV, XXVI; art. 8º, VI e art. 114, §§ 1º e 2º), cuidando também da liberdade sindical, da greve, da proteção contra a automação, da saúde dos trabalhadores, do trabalho da mulher e do menor, temas de real significado para o progresso social das relações de produção no país e de inegável atualidade para o Direito.

3 - O DIREITO DO TRABALHO COMO DIMENSÃO NORMATIVA RELEVANTE E PARTICULARIZADA DO DIREITO SOCIAL AO TRABALHO. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO JURÍDICA

O Direito nasce da realidade, do processo histórico e dos valores que, num dado momento, são positivados na ordem jurídica. Em áreas sensíveis, tem origem nas lutas e transformações sociais, na liberdade e na justiça social conscientizadas, na ruptura, quando isso é possível, dos padrões impostos pelos grupos de dominação, enfim, na busca permanente do que Roberto Lyra Filho chama de *itinerário libertador*²³.

O Direito é força operante se o seu conteúdo corresponder às realidades humanas. Assim, o sujeito de direito é, antes que tudo, o próprio homem tomado em sua dimensão jurídica; a relação jurídica se dá entre pessoas, sendo certo que a vida humana transcorre em permanente relação, sem a qual a ninguém seria dado reconhecer a própria individualidade²⁴; a pessoa jurídica, que se contrapõe ao sujeito-homem, tem a sua conceituação completamente elaborada graças ao paralelo com a pessoa natural²⁵.

Ao condensar em princípios e normas as inumeráveis formas de conduta, o Direito encerra uma acepção globalizante. Não obstante sejam ilimitáveis as realidades jurídicas, à semelhança da vida social que lhe é subjacente, o certo é que regras e princípios, constitutivos de tais realidades, agrupam-se em sistema regulador e em unidade orgânica. Essa unidade, entretanto, não opera por si só. A realidade social, em constante processo de diferenciação, entra a dissecar o Direito em áreas extensoras e de inflexão jurídica; abrem-se, assim, no ordenamento, setores diversos, cada qual dotado de específica e inconfundível virtualidade, como que direito palpável, visível.

Criam-se círculos de apropriação de matérias jurídicas próprias e autônomas, que se qualificam pela presença de sujeitos, relações jurídicas e pretensões, a se entrelaçarem todos no espaço em que cada área se constitui.

²³ Citado por SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *Movimentos Sociais e Práticas Instituintes de Direito: Perspectivas para a Pesquisa Sócio-Jurídica no Brasil*, publicado em *Ensino Jurídico OAB - 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*, 1997, p. 133.

²⁴ Antônio Álvares da Silva ressalta o aspecto relacional da pessoa humana, como se colhe desta concisa, elegante e precisa afirmação: "Porém a Justiça está no meio. A paz se obtém quando seus pratos se equilibram e o justo verdadeiro é sempre a composição equitativa de interesses. Conforme lembra Artur Kaufman, a pessoa não é apenas objeto do ordenamento jurídico e das instituições humanas. Ela é essencialmente 'relação'. Sua vida se forma em comunidade com os demais." *Efetividade do Processo do Trabalho e a Reforma de suas Leis*, Belo Horizonte, Editora RTM, 1997, p. 67.

²⁵ Cf. DANTAS, F. C. de Santiago. *Programa de Direito Civil* (Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito, entre 1942 e 1945), Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979, p. 206.

A disciplina jurídica se forma e não é produto de elaboração artificiosa, mas uma tentativa de melhor compreender as variedades específicas que se surpreendem na unidade genérica do ordenamento jurídico²⁶.

Em movimento constante, de adaptação à realidade, de expansão dos próprios limites, de reconstrução teórica, de melhor aplicação prática, de evolução, a disciplina jurídica se faz agregar, como o corpo à alma, de um *certo modo de ser*; trata-se então de algo peculiar em que pontuam traços inconfundíveis, sob cuja inspiração se concebe o complexo normativo de tal ou qual setor jurídico e se aplica a sua preceituação.

O Direito do Trabalho é bastante elucidativo do quanto dissemos até agora. A sua estruturação é densamente informada de princípios de proteção jurídica e de normas tutelares. Tais princípios e normas incidem sobre pressupostos do mais alto significado, a saber, o trabalho em sua transcendência e como fundamento da vida constitucional do país (CF, art. 1º, incisos III e IV; art. 170, *caput* e inciso VIII), o trabalhador, como fonte dessa energia criadora, e toda a problemática do trabalho.

A proteção ao trabalho situa-se ao vértice dessa disciplina, ao lado de outros tantos institutos jurídicos. Todos estes atuam em unidade de ordenação lógica e são os valores dominantes por cujo intermédio se corporifica, juridicamente, um dos direitos sociais de mais intensa essencialidade.

O Direito do Trabalho contém, portanto, a disciplinação jurídica do trabalho subordinado. É a dimensão particularizada da prestação laboral em regime de emprego. Por mais que se confirmem, das últimas décadas a esta parte, em relação ao emprego, mudanças profundas na sua concepção, no seu perfil, nas suas múltiplas formas, no seu exercício prático e, até, na sua própria existência, já que se antecipa, por razões preocupantes, mas ponderáveis, o seu fim tal como o conhecemos, o fato é que dele dependem ainda, e em grande escala, a economia mundial e a sobrevivência humana. Obviamente, a fenômeno de tamanha envergadura o Direito dedica a mais exaustiva atenção, captando os aspectos prismáticos de sua multifária realidade.

É manifesto que o direito ao trabalho não se resume ao emprego, ao regime jurídico do trabalho subordinado, ao Direito do Trabalho. Todo tipo de atividade laboral é digna em si mesma e merece a necessária proteção jurídica. Certamente por isso, Celso Ribeiro Bastos, referindo-se ao art. 7º, critica o constituinte que teria confundido os direitos sociais com os trabalhadores que mantêm vínculo de emprego²⁷. Mas a crítica é um tanto demasiada. De um lado, a Constituição é expressa em incluir o trabalho como direito social (art. 6º), como fundamento da República (art. 1º, IV) e da Ordem Econômica (art. 170) e, de outro, não há como ignorar a relevância do emprego para a vida econômica e social. Ele é o próprio núcleo dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, dispostos nos arts. 7º a 11. Na realidade, a Constituição soube dar coexistência, juridicamente bem equacionada, ao trabalho, enquanto direito social, e aos direitos dos trabalhadores, pois ambos são inseparáveis.

²⁶ Cf. OLEA, Manoel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*, tradução de C.A. Barata da Silva, Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1969, pp. 9/10.

²⁷ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, São Paulo, Saraiva, 1989, v. 2, pp. 397/398.

De resto, em seus traços fundos, os princípios constitucionais alusivos ao trabalho ou são expressão política de postulados históricos do Direito do Trabalho, como a idéia de que o trabalho não é mercadoria, mas uma relação social de indisputável primacialidade, ou são a concretização de preceitos tutelares específicos, vinculados há muito na legislação laboral, a que se deve atribuir a normatividade máxima, para que não se lhes suprimam os efeitos reguladores em plano infraconstitucional.

Importam muito, para concretizar-se o direito fundamental de que se trata, os princípios de proteção do Direito do Trabalho. Releva então fixar o que são princípios e o que é proteção.

Com efeito, a dogmática jurídica não se compreende sem se perscrutar os princípios que sobre ela caem. A ausência dessa compreensão é que fragiliza a concepção dos positivistas, que não se ocupam de outras tantas correlações do Direito, porque se satisfazem com a validade apenas das normas legais, o que é relevante, mas não deve excluir a consideração das exigências éticas e dos sistemas de valores que conduzem a práxis do homem em direção ao bem-comum.

Como se sabe, as palavras têm várias acepções discerníveis. Não obstante os múltiplos sentidos, revelam sempre uma estrutura central e comum, que cada qual delas expressa diversamente. É uma questão de gênero e espécie. No interesse da síntese, pode-se dizer que a palavra princípio ou tem o significado de início e condição primeira de uma dada existência, ou de uma proposição ou formulação predominante na constituição de um elemento determinado. Miguel Reale se refere aos princípios como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, a condicionar a validade das demais asserções que compõem dado campo do saber²⁸.

Os princípios se criam no mundo da cultura em seus incontáveis domínios e fornecem o indispensável suporte à tarefa, indissociável da evolução humana, de construir e reconstruir, em seu conjunto, as estruturas de vida segmentadas.

E de princípios jurídicos pode-se dizer que são a projeção dessa idéia de fundamentalidade, por isso entram em todo o Direito para conferir-lhe racionalidade, direção e harmonia. Formulações preceptivas, os princípios integram a ordem jurídica, completando-a e corrigindo-lhe as distorções, a suprir bem o aplicador da norma contra as omissões e imperfeições desta, visando, enfim, ao sentido último de justiça.

Aos princípios jurídicos se atribui, em diversas análises críticas e classificatórias, o caráter geral de abstração em grau relativamente elevado²⁹. Não nos parece que seja isso aplicável em rigor, pois se certo princípio é condição da existência de alguma coisa, o existir dessa coisa qualquer é bastante para demonstrar a manifesta conformação real dele, o aspecto estruturante e concreto de sua elaboração e incidência, tanto que, modernamente, se lhe atribui o papel mesmo de norma jurídica, embora de natureza distinta das demais categorias de normas, como as regras jurídicas³⁰.

²⁸ Cf. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Editora Saraiva, 24ª edição, 1999, p. 305.

²⁹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Editora Almedina, 1992, 5ª edição, p. 172.

³⁰ Para o estudo aprofundado dos princípios jurídicos e sua estruturação sistemática, v. Canotilho, *ob. cit.*, todo o Capítulo 2, da Parte II, pp. 171 e seguintes. Igualmente importante é a obra de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, *Princípios de Direito e Outros Estudos*, Belo Horizonte, RTM, 1997, pp. 11/54.

Com o determinar o sentido a imprimir-se à norma, tendo em conta os interesses que se objetivam em bens juridicamente considerados, razão por que não se lhes pode negar o caráter de também fonte do direito, os princípios têm um notável fundo exegético, dirigindo-se ao juiz na aplicação da lei, como há pouco asseveramos, com o que revelam força interpretativa capaz de esclarecer, orientar, complementar, vivificar e até, suprir o conteúdo real de uma regra dada, somando-se, portanto, ao grande esforço hermenêutico de atualização do Direito.

Por seu turno, a palavra proteção, que é o ato de proteger, cuidar, socorrer, amparar, guardar, adquire realce para o Direito à medida em que signifique uma função jurídica, denotativa de defesa de bens e interesses. E somente se concebe em sua plenitude se lhe ajunta uma conotação especial que é a coerção, emanação do poder estatal para que se respeitem os efeitos da proteção às faculdades, interesses e bens jurídicos.

Dito isto, princípios jurídicos especiais do Direito do Trabalho os tem, haja vista a sua especificidade e a realidade social sobre que atua. Ao centro, como já visto, o princípio da proteção, que se funda na necessidade de compensar-se a desigualdade econômica flagrante entre as partes no contrato de trabalho, desfavorável ao empregado; por isso, a este se reconhece a proteção jurídica em medida supostamente compensatória. Aí reside não só o princípio tutelar como a própria “raiz sociológica do Direito do Trabalho”, “imaneente a todo o seu sistema jurídico”, na precisão de linguagem de Süssekind³¹.

O princípio em foco revela-se por meios das seguintes diretivas: a) princípio *pro operario*, segundo o qual o juiz deve decidir, em caso de dúvida, em favor do empregado³², pela razão de “Que a ordem jurídica, ao organizar, em apartado, as relações entre empregado e empregador, teve em vista, primordialmente, a tutela do trabalho”, segundo a pontuação aguda de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena³³; b) princípio da norma mais favorável, cuja aplicação supõe a prévia concorrência de regras jurídicas, que se resolve pela aplicação da que for mais favorável ao trabalhador, ainda que isso importe a obliteração

³¹ Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo, *et al*, *Instituições de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1991, v. 1, p. 128.

³² A jurisprudência trabalhista tem mitigado a tal ponto o *in dubio pro misero* que praticamente o reduziu a mera proclamação destituída de qualquer efeito. Contam-se inúmeros julgados que solucionam situações altamente controvertidas pela distribuição, entre as partes, do ônus probatório, sem outra qualquer consideração pelos princípios de tutela próprios do Direito laboral, em aplicação rigorosa de critério processual civil que sempre acarreta para o empregado a mais notória dificuldade para demonstrar as suas alegações, já na indicação das testemunhas, que geralmente dependem do emprego, como na obtenção de outros elementos materiais, quase todos incluídos na esfera de domínio do empregador. Hoje, tal princípio se invoca apenas para criticar-se o sentido de proteção do Direito do Trabalho. É claro que as condições históricas mudam e a rapidez e a universalidade da informação oferecem ao trabalhador (especialmente ao trabalhador urbano) a maior possibilidade de discernimento, o que, entretanto, não autoriza desconhecer a permanência de sua sujeição à força econômica, a justificar, portanto, a incidência do princípio de proteção necessário ao reequilíbrio dos litigantes. Continuam pois existindo os supostos materiais justificadores de sua privilegiação jurídica.

³³ *Ob. cit.*, p. 34.

circunstancial da hierarquia legal; c) princípio da condição mais benéfica, que se desdobra do anterior para dar aplicabilidade precedente àquela condição contratual que melhor atenda ao interesse do empregado; d) princípio da irrenunciabilidade dos direitos, sem o qual todo o complexo de imperativos do Direito do Trabalho riuira ao gesto de renúncia do seu destinatário, geralmente ditado por pressão econômica direta ou indireta, mas forte o bastante para reduzir-lhe a nada o poder de resistir.

Por último, na seara ainda dos princípios especiais do Direito do Trabalho, a concorrer para que se assegure o máximo possível de efeitos ao direito fundamental de que se trata, referimo-nos também ao da primazia da realidade, pelo qual se prestigiam sempre a objetividade, a substância e a intenção manifesta, em lugar da aparência, da forma e da dúvida, para desvendar-se a situação real, em defesa do direito discutido³⁴. É princípio caro ao Direito, uma vez que a índole deste é servir, tanto quanto possível, aos problemas reais.

É útil ter aludido aos princípios de Direito do Trabalho, receptores que são do fluxo de proteção ao trabalho humano enquanto direito fundamental, com o propósito de os recolocar, modestamente embora, em círculo habitual de meditação sobre a temática jurídica, e para reconhecer-lhes, quando não mais se lhes dá a atenção devida, um domínio próprio que ainda ocupam, um *locus*, de onde jamais poderão ser expelidos, a não ser que se suprima toda a preceituação tutelar que deles deriva.

4 - UMA QUESTÃO NOVA, DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, APLICÁVEL AO TEMA: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ATUALIDADE DESTA CLÁUSULA PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO

O uso indevido do poder, vale dizer, o abuso deste em suas diversas formas, constitui o pior de todos os males praticáveis pelo Estado. Controlar e reger o exercício do poder, para proibir-lhe as exorbitâncias e os desvios, constitui um imperativo para que se assegure o postulado do Estado Democrático. Esse excesso de poder, contra o qual a sociedade democrática deve prover-se de meios eficazes de defesa, não se verifica somente na ilegalidade manifesta ou no abuso desabrido, qualquer que seja, do agente estatal, eis que ambos se põem a descoberto ao primeiro e mais elementar juízo de delibação; revela-se também, em certas situações, na discricionariedade do ato do administrador ou do legislador, sob cujo pretexto, eventualmente, ocultam-se restrições desmedidas e inaceitáveis a direitos fundamentais.

Sobrevém, então, por construção doutrinária e jurisprudencial³⁵, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, para dar garantia de incolumidade à estrutura, ao significado real, à extensão, ao alcance, aos efeitos, em suma, à compreensão dogmático-jurídica dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais, colocando-se como parâmetro técnico e valorativo de enorme importância, indispensável à proteção do núcleo constitucional em que tais direitos se albergam.

³⁴ MARINHO, Josaphat. *Ob. cit.*, p. 47.

³⁵ O Supremo Tribunal Federal tem se valido muita vez do princípio da proporcionalidade para decidir questões de invalidação de atos administrativos e de inconstitucionalidade de leis. E assim, contribui para se formar uma visão mais clara do referido princípio. Ainda faremos breve menção, no item em desenvolvimento, a algumas das decisões do STF, importantes para a compreensão do tema.

Trata-se, com efeito, de mecanismo capaz de aferir, presentes que sejam os seus requisitos, da racionalidade e da razoabilidade ou não de atos do poder público que possam implicar uma eventual interferência na fruição dos direitos fundamentais, visto que, em certas e específicas situações, a técnica de contrastar o ato normativo (a lei, principalmente) à Constituição não é bastante em si para decretar-se um juízo claro sobre a sua constitucionalidade. Como se sabe, não é incomum que o ato legislativo possa incorrer em imperfeição intrínseca, por desnecessário, inadequado ou exorbitante, de sorte a comprometer a sua relação “meio-fim”, em situação de excesso que produza restrição a direito fundamental, não obstante a aparente regularidade formal e material por que se exteriorize³⁶.

Direitos fundamentais há que têm a sua operatividade, senão condicionada, dependente, pelo menos, da configuração que lhes possa dar o legislador da lei complementar ou ordinária. Sucede que o legislador, no preencher o espaço que se lhe reconhece para regulamentar os institutos jurídicos essenciais ao exercício dos direitos subjetivos, ou promove a maior otimização possível destes, em perfeita sintonia com o princípio da máxima eficácia dos direitos constitucionais, ou, de outro modo, conforma-lhes a latitude a uma certa medida ditada pela realidade, circunstancial que seja, não podendo, nesta última hipótese, saltar do terreno da razoabilidade para o da restrição pura e simples.

Em concisão lapidar, Luis Roberto Barroso assim se refere ao conteúdo jurídico e aos requisitos do princípio em questão: “O princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha³⁷.”

³⁶ “A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim - *means-end relationship*, segundo a nomenclatura norte-americana - da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de razoabilidade e de racionalidade, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política”, consoante o elevado magistério de Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Editora Forense, 1989, p. 157.

³⁷ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Entre a lei e a Justiça: O princípio da razoabilidade no direito brasileiro*, in *AMAERJ notícias n. 41* (órgão informativo da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro).

Questão recorrente, para bem exemplificar o tema, é o da rejeição, pelos tribunais, de discriminação, por motivo de idade ou outro qualquer, para inscrever-se em concurso público, diante do princípio normativo fundamental da isonomia. Entrementes, aceita-se eventual restrição, disposta em lei, que justifique a limitação de idade à vista de certa e consistente especificidade das atribuições da função, ou seja, pela aplicação de critério fundado de razoabilidade. Uma decisão do Supremo Tribunal Federal, publicada no DJU de 24.05.94, tendo sido seu Relator o Ministro Marco Aurélio, consigna que “Em linha de princípio, impende entender que a Constituição reserva à lei estipular requisitos e condições ao provimento de cargos públicos, por via de concurso, também no que concerne a qualificações profissionais inclusive idade”, embora “As restrições da lei à admissão ao concurso para provimento de cargos ou ao exercício de ofício, decerto, não podem constituir obstáculo desarrazoado à aplicação dos princípios de acessibilidade de todos aos cargos públicos ou da liberdade para o exercício de ofício ou profissão.”

O fundamento do princípio da proporcionalidade é a cláusula *due process of law*, em seu alcance substantivo (*substantive due process*), a permitir que o Juiz examine as leis e atos administrativos sob aspecto de sua racionalidade e razoabilidade, o que não lhe era permitido pela visão tradicional da teoria da separação de poderes³⁸. A propósito, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados pertinentes à questão, situa o fundamento constitucional da razoabilidade no art. 5º, LIV, da Constituição. Tome-se como exemplo o acórdão proferido nas ADIn 966-4 e 958-3, nas quais se debateu a inconstitucionalidade de disposição da Lei 8.713, de 30.09.93, que estabeleceu normas para as eleições gerais de 03 de outubro de 1994, valendo destacar, pela relação direta com o aspecto ora abordado, o seguinte trecho do voto do Ministro Moreira Alves:

“A Constituição em seu art. 5º, inciso LIV - e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas - estabelece que: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é o óbvio, tendo em vista, inclusive, o inciso II, do art. 5º, que diz: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Esse princípio constitucional que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade³⁹.”

³⁸ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Idem ibidem*.

³⁹ O acórdão é em parte transcrito por Suzana de Toledo Barros, in *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília, DF, Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 121. Esta é uma das obras mais completas sobre o assunto; nela a autora faz exaustiva análise de todos os aspectos do princípio da proporcionalidade e de sua tormentosa aplicação.

É interessante notar que o princípio da proporcionalidade, conquanto tenha ingressado com visível força na jurisprudência constitucional dos últimos anos, já se delinear, desde algumas décadas, em decisões do Supremo Tribunal. Veja-se, por exemplo, a ementa que se segue, alusiva ao *Habeas Corpus* n. 45.232, julgado em 21.02.68, sobre a inconstitucionalidade do art. 48, do Decreto-lei 314/67 (Lei de Segurança Nacional), Relator o Ministro Themístocles Cavalcanti:

“A inconstitucionalidade é decretada por ferir os arts. 150, *caput* e 150, § 35, da CF, porque as medidas preventivas que importam na suspensão dos direitos ao exercício das profissões e o emprego em empresas privadas tiram ao indivíduo as condições para prover a vida e a subsistência. O § 35, do art. 150, da Constituição de 1967, compreende todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela Constituição. A inconstitucionalidade não atinge as restrições ao exercício da função pública porque a legislação vigente sobre funcionários públicos, aplicável à espécie, assegura uma parte dos vencimentos dos funcionários atingidos pelo art. 48, do referido Decreto-lei. A inconstitucionalidade se estende aos parágrafos do art. 48, porque estes se referem à execução das normas previstas no artigo e consideradas inconstitucionais⁴⁰.”

Ainda quando não seja restritiva de direito, e até concessiva, a lei deve atender a critério de razoabilidade, pena de incorrer, também aí, em vício de inconstitucionalidade, como decidiu o Supremo Tribunal em relação à Lei 1.897, de 05.01.89, do Estado do Amazonas, cujo art. 9º, § 2º, foi impugnado por conceder benefício pecuniário desarrazoado a servidor público inativo. Na ementa do acórdão proferido na ADIn 1.158-8, o Relator, Ministro Celso de Mello, consignou o seguinte:

“A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério de razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado.

Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa.”

⁴⁰ RTJ 44, pp. 322-334. Suzana de Toledo Barros faz uma ampla análise do voto do Ministro Themístocles Cavalcanti a respeito da desproporcionalidade das medidas adotadas em caso de prisão em flagrante ou denúncia por crime definido como atentado à segurança nacional. *Ob. cit.*, pp. 102/104.

Dito isto, é fácil atinar com a relevância do princípio da proporcionalidade para assegurar-se a integridade do direito ao trabalho e dos direitos subjetivos que o asseguram, em face do sistema constitucional. Nos tempos atuais, em que se apregoa e se promove a revisão do sistema normativo tutelar do trabalho, com o propósito de diminuir-lhe substancialmente o grau de proteção, tal princípio é utilíssimo para defender de intervenção indevida os “valores sociais do trabalho” (Constituição, art. 1º, IV), para que estes se não transformem em inútil declaração retórica⁴¹.

A idéia de desregular amplamente os direitos trabalhistas, e algumas práticas a ela correspondentes já em curso, na realidade visam ao desmonte do sistema legal de proteção ao trabalho e aos que o prestam em regime de emprego, para ao final projetar a relação capital x trabalho no plano do contratualismo, em conduta típica do modelo neoliberal, incidindo, exatamente aí, o caráter restritivo aos direitos subjetivos fundamentais, de natureza trabalhista, a exigir, portanto, o mais acurado exame de constitucionalidade das normas por cujo meio essas medidas se implementam, o que envolve o parâmetro da proporcionalidade em seus subprincípios de adequação, necessidade e razoabilidade.

E tal reflexão, no campo do Direito Constitucional do Trabalho, cumprirá, em ordem primeira de relevância, ao Juiz do Trabalho, pela competência material que a Constituição lhe atribui para as questões ligadas ao trabalho. E como se traduz, em última análise, em ponderação de valores, a aplicação prática do princípio da proporcionalidade deve exigir do Juiz que este se empenhe em sua racionalidade crítica para não permitir que restrições do legislador se oponham, mesmo reflexivamente, à eficácia plena dos direitos fundamentais e, em perspectiva, dos direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores, sobretudo no momento atual em que o discurso, as práticas e as técnicas de controle social do neoliberalismo apropriam-se dos centros decisórios de poder político e, em nome de suposto equilíbrio macroeconômico, intentam reduzir ao mínimo, quando não pretendem extinguir, pura e simplesmente, o conteúdo social das estruturas normativas de proteção aos trabalhadores e assalariados, penosamente construídas nos últimos cinquenta anos. É claro que não se deve entender daí que a aplicação do princípio em questão, na Justiça do Trabalho ou em qualquer outro setor do Judiciário, possa ser vista como uma porta aberta à intromissão da função jurisdicional nas demais funções estatais, de resto, expressamente vedada no art. 2º, da Constituição. Por certo que ordenar a vida social é atribuição do Poder Legislativo, mas os limites dessa atuação, para evitar que a lei inconstitucional opere a redução de direitos fundamentais, controlam-se pelo Poder Judiciário consoante critérios hermenêuticos fundados na própria Constituição, como é o caso do princípio da proporcionalidade.

⁴¹ O mais perverso paradoxo gerado pelo modelo neoliberal é exatamente este: promove-se a desregulamentação dos mecanismos de proteção ao trabalho, não obstante a precariedade da situação em que vive e labuta a maioria dos trabalhadores, sendo o trabalho infantil um lamentável exemplo dessa degradação. Vale dizer: quanto mais necessária se torna a ampliação do sistema de proteção, tendo em vista a dramaticidade de situações como a do trabalho infantil e a do trabalho escravo, mais se quer dismantelar o mínimo ainda existente, em si mesmo precário.

5 - MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: INSTRUMENTOS DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. UM PARADOXO DECISIVO: O SUPREMO TRIBUNAL RESTRINGE O MANDADO DE INJUNÇÃO

A experiência constitucional brasileira, desde o primeiro momento de sua história, é evada de promessas não realizadas, numa sucessão melancólica de frustrações que se acumularam a cada Constituição promulgada. É o divórcio do país real e do país legal, provocado, no plano dos direitos fundamentais, pela inoperância crônica do legislador, que não edita, como lhe compete, as normas indispensáveis à plena e máxima operatividade dos direitos constitucionais. E a falta desse direito infraconstitucional inviabiliza para sempre o exercício de direito ou liberdade ou prerrogativa constitucional, em omissão violadora da própria Constituição.

No que respeita ao Direito Constitucional do Trabalho, são de todo lastimáveis os efeitos dessa conduta omissiva. Basta conferir algumas das dicções do texto constitucional, para se ter uma medida do problema: (relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa), “nos termos de lei complementar”; (proteção do salário) “na forma da lei”; (proteção do mercado de trabalho da mulher) “nos termos da lei”; (aviso prévio proporcional ao tempo de serviço) “nos termos da lei”; (adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas) “na forma da lei”; (proteção em face da automação), “na forma da lei” etc (art. 7º). O art. 5º, ao enunciar os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, é igualmente repleto de expressões que tais, o mesmo ocorrendo em quase toda a preceituação atinente à Ordem Econômica e Financeira, cuja relevância para os direitos sociais é de todo irrecusável, visto que se funda “na valorização do trabalho humano”, “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” etc (art. 170).

Não expedir medidas regulamentadoras dos direitos constitucionais é tão grave e tão inconstitucional quanto editar leis que violem a Constituição. O Direito - o Direito Constitucional mais que qualquer outro - existe para realizar-se, e “Realizar a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer Constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização”, consoante a incisiva e esclarecedora lição de Canotilho⁴².

É preciso ter claro que não se proscvem apenas as ações ilegais, arbitrárias ou abusivas dos poderes públicos. Proscvem-se também as omissões do poder político, pois estas são lesivas sempre que postergam a realização, para milhões de pessoas, de direitos fundamentais impostergáveis.

Em verdade, a tradicional omissão dos poderes públicos na concretização dos direitos constitucionais sempre foi facilitada pela ausência, nas Constituições brasileiras, de instrumentos de proteção ao exercício daqueles direitos. Ao tempo da Constituinte, e mesmo antes dela, no âmbito da Comissão Afonso Arinos, debateu-se longamente sobre essa problemática questão, sendo inegável que a solução encontrada, de

⁴² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ob. cit.*, p. 207.

criar ações constitucionais destinadas "... a garantir o cumprimento de preceitos constitucionais ainda não integrados por normas regulamentadoras que devem ser produzidas através de atuação direta do Poder Legislativo e/ou Executivo⁴³", deveu-se em grande parte à atuação de juristas de nítida feição progressista entre os que participaram ativamente do processo de elaboração do texto constitucional⁴⁴.

O Constituinte da atual Carta apercebeu-se do problema desde logo. Estava ciente de que a positivação dos direitos fundamentais era, como sempre, o início apenas de uma monumental batalha, cuja derrota antecipada somente não se decretaria se se criassem, concomitantemente, mecanismos capazes de promover a efetividade da Constituição em seu núcleo estruturante.

Criaram-se então duas ações constitucionais, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

Examinemo-las em rápida passagem.

Diz o art. 5º, inciso LXXI: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

Logo se percebe que a normativa se dirige a um ponto matricial: a omissão do legislador ordinário, tornando inócuo o direito assegurado na Constituição. Inércia tal pode e deve ser suprida pelo Poder Judiciário, no exercício da função estatal que lhe é própria de decidir questões concretas, conotada agora - essa atividade jurisdicional - de um poder específico e altamente construtivo, que se concentra no Juiz para que este concretize, à vista do pedido e do ordenamento jurídico, o direito constitucional do impetrante, substantivando-o em medida que se revele adequada para proporcionar o atendimento satisfatório da pretensão de fruir tal direito. O Juiz competente elabora, portanto, a norma para o caso, para preencher a lacuna deixada pelo legislador, em atenção à situação do impetrante, assim proferindo o que se poderia chamar de sentença normativa de injunção.

Trata-se, pois, de ação constitucional de extraordinário alcance, a demonstrar o quanto a Constituição se preocupou em proteger a sua própria efetividade e o quanto quis fortalecer o Judiciário, entregando-lhe o poder de suprir, em cada situação concreta, a ação normativa exigível com que não se houve o Estado-legislador. Foi esse, sem dúvida, um dos lances de maior descortino e coragem da Constituição brasileira de 1988.

No mesmo plano de proteção instrumental dos direitos constitucionais, aplicável ao trabalho enquanto direito fundamental, encontra-se a ação de inconstitucionalidade por omissão, de competência do Supremo Tribunal Federal. Diz o texto constitucional: "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", como se vê do art. 103, § 2º.

⁴³ Cf. QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão - Teoria e Prática*, RJ, Editora Forense, 1995, p. 1.

⁴⁴ Cf. CITTADINO, Gisele. *Ob. cit.*, p. 50, nota 79.

Ora bem, tendo o mandado de injunção a finalidade de assegurar prontamente o exercício do direito, para obviar a ausência de norma regulamentadora, a ação de inconstitucionalidade por omissão, de seu turno, tem por objetivo comunicar e advertir ao Poder competente para que pratique o ato tal (normativo ou administrativo) indispensável à eficácia plena de direito constitucional.

Trata-se assim de instrumento de pressão política e jurídica, legitimamente exercida sobre o Poder que se omite e se coloca em mora em relação a qualquer dos direitos fundamentais, por isso que deve ser prontamente advertido da sua inação, com a força judicial de que se reveste a sentença do Supremo Tribunal, para que opere a medida reclamada.

Em que pese o fato de inscrever-se a ação de inconstitucionalidade por omissão no contencioso jurisdicional abstrato do Supremo Tribunal Federal, tanto que tratada no art. 103, § 2º, da Constituição, isso não lhe retira o nítido caráter de medida de proteção aos direitos constitucionais, por isso que José Afonso da Silva a considera análoga aos remédios constitucionais⁴⁵. É como se estivesse prevista no art. 5º, entre os direitos fundamentais, porque em função destes é que foi instituída, sem nenhuma dúvida.

É de lamentar-se que não se tenha logo atribuído ao Supremo Tribunal Federal a competência para normatizar a questão objeto da ação de inconstitucionalidade enquanto perdurasse a omissão do legislador, em medida que assim respeitasse a discricionariedade do Poder Legislativo e, no mesmo passo, atendesse ao interesse público de que se concretizem os direitos sociais o mais rapidamente possível, particularmente, o Direito Constitucional do Trabalho e sua amplíssima incidência sobre milhões de trabalhadores.

Mas o que há de preocupante é o fato de o Supremo Tribunal Federal ter reduzido, em sua extensão prática, o mandado de injunção aos mesmos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão, dele retirando a função essencial de garantia integradora do ordenamento jurídico, extremamente útil à efetividade dos direitos econômicos e sociais, especialmente considerável quando se trata dos direitos trabalhistas, cuja eficácia, em grande parte, depende da edição de normas regulamentadoras que não se editam quase nunca. Para se compreender a omissão legislativa, basta remarcar, a título de um só entre diversos exemplos que poderiam ser dados, a não regulamentação, já passados quase doze anos, do art. 7º, inciso I, da Constituição, sobre a "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa".

Com efeito, tornou-se notório, desde o seu julgamento, o Mandado de Injunção n. 107/90, de que foi Relator o Ministro José Carlos Moreira Alves. Neste caso, o Tribunal, por maioria, entendeu que o Mandado de Injunção tem por finalidade obter do Judiciário a declaração de inconstitucionalidade por omissão de Poder, órgão, entidade ou autoridade, aos quais se deve dar ciência desta situação para que adotem as providências necessárias, exatamente como ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

⁴⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 47.

Com todo o respeito que temos ao Tribunal (Supremo por nome e definição, como a ele se referiu um dos seus mais eminentes membros em todos os tempos, o Ministro Aliomar Baleeiro, permitindo-nos acrescentar que, com seus erros e virtudes, o Supremo Tribunal Federal é instituição republicana de primeira grandeza, que se eleva sobre as demais pelo papel de preeminência que lhe reserva a Constituição brasileira), a realidade é que ele reduziu a nada, praticamente, o Mandado de Injunção como instrumento processual e constitucional de proteção dos direitos fundamentais e do Direito Constitucional do Trabalho.

Ora, comunicar a omissão a quem a está praticando constitui solução, no mínimo, inadequada, pois superpõe o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão, como se a Constituição houvesse criado duas vias para atingir a uma mesma finalidade, a par de constituir também uma solução transversa, já que o cidadão não tem legitimidade para a ação de inconstitucionalidade, mas a terá, obliquamente, através do Mandado de Injunção.

Não surpreende assim que sobreviesse exaltada reação no meio jurídico àquela decisão. A José Carlos Barbosa Moreira coube a talvez mais veemente condenação: “Não podemos, de maneira alguma, e eu me escuso pelo tom enfático que talvez esteja dando a estas minhas últimas palavras, não podemos de maneira alguma franzir as sombrancelhas e distanciar-nos algidamente daquilo que a Constituição trouxe (falando especificamente do mandado de injunção). Não podemos sabotar a Constituição⁴⁶”.

Em julgamentos posteriores, alguma coisa mudou, mas não o bastante para que o STF desse ao Mandado de Injunção a latitude que sempre se esperou desta ação para que se tornasse a guardiã das garantias constitucionais. De toda sorte, no MI 232/92, o Ministro Moreira Alves fixou o prazo de 180 dias para que se editasse norma regulamentadora e autorizou o impetrante a fruir o direito requerido se a omissão legislativa persistisse após aquele prazo. Situação semelhante se verificou no MI 283/91, de que foi Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, que deferiu o prazo de 60 dias para suprir-se a omissão legal, sendo certo que a não edição da norma regulamentadora importaria a satisfação, pelo impetrante, do direito invocado, mediante as condições fixadas pelo juízo de 1º grau⁴⁷. Mas, *data venia*, estas decisões conferem aos impetrantes algo muito semelhante a uma “vitória de Pirro” (na perspicua expressão do Ministro Marco Aurélio, cuja posição no Tribunal, ainda minoritária a respeito da questão, confere a mais ampla efetividade ao Mandado de Injunção), pois em sua essência ainda obscurecem (menos ostensivamente talvez que o decidido no MI 107/90) o caráter substantivo do Mandado de Injunção, em

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa *apud* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *In Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito - Por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1997, p. 180. O livro de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira é uma das melhores e mais completas contribuições da doutrina brasileira ao tema, além de oferecer preciosos elementos para a compreensão da função jurisdicional à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ver ainda Sérgio Reginaldo Bacha, *Mandado de Injunção*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1998.

⁴⁷ MI 107/90, RTJ 133; MI 232/92, RTJ 137; MI 283/91, RTJ 135.

razão do qual este remédio processual e constitucional deve viabilizar o exercício de direito fundamental tão logo presentes os requisitos de sua admissibilidade. É lamentável, mas a realidade é que as decisões do Tribunal não reconhecem a esta ação constitucional de primeiríssima relevância o que ela tem de contundente emanção do sistema democrático restaurado e ampliado pela Constituição de 1988 - a manifesta vontade do Constituinte de que se façam cumprir os direitos fundamentais, tanto assim que outorgou ao Supremo Tribunal uma espécie de Poder normativo para resguardar, no caso concreto, tais princípios e disposições.

Em verdade, não se deu chance a que se testasse a eficácia do Mandado de Injunção, tão esperada quanto frustrada. A Constituição é um documento político e a sua aplicação deve atender aos anseios de emancipação da cidadania, sempre insatisfeitos e adiados. É inegavelmente uma decepção o ter-se criado uma ação especial para proteger o sistema de direitos constitucionais, vale dizer, para dar efetividade ao núcleo da própria Constituição, e, em contraposição, formar-se uma jurisprudência reducionista, que se recusa a infundir ao procedimento a maior densidade possível. Infelizmente, retirou-se do Mandado de Injunção toda a sua consistência e virtualidade operativa e decidiu-se pela não-realização do direito concretamente, ou seja, pelo adiamento do problema, o que sempre será uma solução ruim ou péssima para as questões sociais do país. Direitos econômicos e sociais, que dizem respeito a interesses de milhões de trabalhadores, poderiam ter sido implementados, até porque já se passaram quase 12 anos da promulgação da Carta, e permanece a inércia legislativa quanto à expedição de normas regulamentadoras da Constituição.

É de se esperar que a reforma do Judiciário, em curso no Congresso Nacional, contenha algum adendo à norma do art. 5º, inciso LXXI, para, dizendo embora o que ali já está dito, expresse com mais incisiva dicção o caráter substantivo do Mandado de Injunção, para tornar irrefutável a concretização, por sentença, dos vários direitos fundamentais que a omissão dos Poderes públicos tem sonegado sistematicamente à cidadania brasileira.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Positivar, no texto da Constituição, os direitos fundamentais, com a perspectiva de se criar uma sociedade justa e solidária e um sistema normativo adequado a este objetivo, constituiu, por certo, uma etapa do mais alto significado para o processo de reconstitucionalização do país. Entretanto, não se tratava apenas de, vencido o autoritarismo de duas décadas, recobrar o funcionamento normal das instituições democráticas do Estado de Direito, mas de promover mudanças profundas e inadiáveis rumo à satisfação das mais crescentes, complexas e variadas demandas que caracterizam a sociedade em seu atual estágio. Para tanto, redefiniram-se competências institucionais; ampliaram-se as formas de participação política para incorporar os grupos e classes marginalizados; reconheceu-se às formações sociais em geral o caráter de instâncias de representação política e jurídica, para permitir-lhes maior acesso aos centros decisórios de poder; expandiram-se não somente os direitos civis e políticos, como os direitos sociais, principalmente estes, com a pretensão de que criem uma base material mínima indispensável para o desenvolvimento humano; fortaleceram-se os Poderes Legislativo e Judiciário e criou-se um Ministério verdadeiramente Público em lugar de

um órgão burocrático e subalterno; enfim, redimensionaram-se as esferas privada e pública, de sorte que os paradigmas do Estado liberal e do Estado social possam conciliar-se no Estado Democrático de Direito⁴⁸, a que cumpre realizar, em última instância, o postulado de uma cidadania para todos, e não apenas para os que sempre se colocaram no topo da hierarquia de privilégios por eles mesmos estabelecida.

Porém, redefinidos, pela Constituição de 1988, os objetivos e os atores essenciais da democracia brasileira, o certo é que o desenrolar desse novo e almejado quadro político-institucional ocorre sob o signo mundial de novas e fortemente desiguais relações de poder e dominação ditadas pela globalização e todo o seu potencial de transformações ideológicas, geopolíticas e econômicas, em processo de retomada, a partir dos anos oitenta, da hegemonia mundial dos EUA, mediante a estratégica e permanente expansão do capital financeiro como elemento dominante e referencial da nova ordem econômica a que se submetem dramaticamente países e economias dependentes.

Esvazia-se assim o poder dos Estados nacionais, subordinam-se as decisões econômicas de cada país às diretrizes e normas emanadas de organismos internacionais e foros globais, implantam-se políticas cada vez mais agressivas de desregulamentação de direitos sociais (trabalhistas e de seguridade social, principalmente), despolitizam-se os mercados e as relações sociais para que isto facilite ao máximo a livre circulação de capitais, dissemina-se, em resumo, o neoliberalismo, versão radicalizada do pensamento econômico liberal, a dividir o mundo entre ilhas de riqueza e continentes de miséria e exclusão.

Por óbvio, não estamos dizendo que o Brasil (ou qualquer outro país) devesse renunciar a sua integração na economia internacional, ou que pudesse realizar uma tal inserção sem considerar o efeito regulatório próprio de um sistema econômico globalizado. Não nos é dado desconhecer as importantes e profundas transformações no âmbito da concorrência, da competição, da qualidade de produtos e serviços, da importância das relações intercapitalistas. O dilema está no modo pelo qual se dá essa integração diante do caráter desigual das relações de poder entre nações ricas e pobres. A globalização tornou-se um processo de dominação financeira, com enorme capacidade de intervenção hierárquica nos demais processos sociais, por ela desorganizados e reduzidos a uma posição sempre secundária e dispersiva.

É intuitivo que uma tal transformação operasse sensíveis mudanças no universo do trabalho humano⁴⁹. O investimento do capital produtivo encontra-se de longe superado pelo capital financeiro e especulativo, o que afeta o crescimento econômico e agrava o problema do desemprego.

⁴⁸ Para compreender-se o conceito de paradigma, que provém da filosofia da ciência de Thomas Kuhn, e o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, leia-se o excepcional artigo de CARVALHO NETTO, Menelick de. *O Requisito Essencial da Imparcialidade para a Decisão Constitucionalmente Adequada de um Caso Concreto no Paradigma Constitucional do Estado Democrático de Direito*, in *Direito Público - Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1999, v. 1, n. 1, pp. 101/115.

⁴⁹ Concernente aos efeitos da globalização e do neoliberalismo sobre o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho, com amplitude e fundamentada reflexão crítica, a conferência do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, *O Papel da Justiça do Trabalho no Brasil*, publicada integralmente pela Revista do TRT da 3ª Região, n. 59, pp. 53/62.

No Brasil há um contingente imensurável de trabalhadores-empregados que sequer têm a carteira de trabalho anotada, fato constatado diariamente em reclamações na Justiça do Trabalho. À prática violadora de direitos elementares, somam-se aspectos mais estruturais, como o desemprego elevado, a enorme rotatividade de mão-de-obra e os baixos salários. Para logo se vê quão injustificável é o argumento, tantas vezes brandido, de que os direitos trabalhistas e os encargos decorrentes produziram uma nociva combinação entre rigidez do mercado de trabalho e elevado custo do emprego. Por acaso, terá surtido efeito positivo a adoção do contrato de trabalho temporário e da demissão temporária, preconizados pelo Governo como instrumentos modernos e capazes de gerar empregos? A resposta é negativa, claro, e a realidade demonstra que estes e outros expedientes análogos somente fizeram eliminar direitos sem qualquer contrapartida em benefício dos trabalhadores.

Não há como ser menos peremptório: a submissão do Brasil ao denominado *Consenso de Washington*, que é a "... opinião partilhada pelo Departamento do Tesouro, pelo Federal Reserve e pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos, pelos ministérios das Finanças dos demais países do Grupo dos Sete e pelos presidentes dos vinte maiores bancos internacionais permanentemente ouvidos pelos organismos multilaterais⁵⁰", faz desaparecer a pouco a pouco os direitos sociais em sua perspectiva transformadora e condena à marginalidade sócio-econômica milhões de pessoas expulsas do mercado formal de emprego, os sem renda, sem terra, sem teto, sem comida, sem coisa alguma. É a gente cujo grito, no Brasil, já não se pode mais abafar.

O desemprego, a concentração de renda, a desigualdade social, a pobreza estrutural não são fatalidades históricas, mas um desafio a enfrentar-se. A Constituição de 1988 já teria diminuído tamanhas distorções se nos déssemos (os Poderes Públicos, principalmente) a promover-lhe a efetividade, se aplicada fosse em todo o seu potencial de império. Como os governantes que se sucedem no poder buscam modificar a Constituição somente para ajustá-la aos objetivos de seus governos, geralmente ditados pelo interesse do capital financeiro internacional, os direitos econômicos e sociais nunca se assumem como direitos fundamentais e criam um sentimento de vazio e frustração, reduzindo a pouco mais que nada pretensões de igualdade social e de promoção da dignidade humana.

Ou o Direito e, em sentido amplo, os seus operadores (os que o concebem em suas normas e os que o aplicam) se orientam por critérios de justiça social e distributiva, inclusive, ou continuamos a designar os trabalhadores como hipossuficientes, não lhes reconhecendo a sua dimensão social completa e irredutível, que é a cidadania. E a justiça que se lhes faz acaba sendo formal apenas, à moda tão acidamente criticada por João Mangabeira: "Se a justiça consiste em dar a cada um o que é seu, dê-se ao pobre a pobreza, ao miserável a miséria, ao desgraçado a desgraça, que isso é que é deles... Mas bem sabeis que esta justiça monstruosa tudo pode ser, menos justiça⁵¹." Ao que acrescentamos: e o que é do Estado e da sociedade, senão a responsabilidade direta e implacável por essa situação de crescente exclusão e desigualdade que nos impede de aspirarmos a ser uma nação civilizada e digna?

⁵⁰ Cf. FARIA, José Eduardo. *Ob. cit.*, p. 148.

⁵¹ Citado por Lyra Filho, *O que é Direito*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1999, p. 21.

Em linha de arremate, que já se vai longe esta digressão: a trajetória dos direitos humanos é ao mesmo tempo majestosa e dramática. Aliás, a marcha da história nunca é linear, mas acidentada, entrecortada de avanços e recuos. As instituições e seus valores subjacentes podem corresponder aos melhores ou piores desígnios do homem. Os direitos humanos, fundados na dignidade, na ética e na solidariedade, correspondem aos mais elevados propósitos da humanidade. E mesmo que a realidade se afaste tanto dessa inspiração, aqui e alhures, é imperativo prosseguir-se na luta pela sua afirmação e efetividade. Os direitos humanos não são uma dádiva, mas o resultado de um longo e penoso processo de lutas assumidas e travadas pela humanidade. Lutas sempre recomeçadas a cada perda ou ameaça, permanentes e contínuas, até que se comprometa com o seu ideal a consciência moral dos homens. E o Direito é processo dentro deste processo de conquistas, pois a sua concretização geralmente decorre das lutas sociais; seu papel transformador deve ser o de assegurar à “vontade democrática” que esta transite da “periferia” para o “centro” do poder decisório⁵². Daí a razão para que se aprofunde ao máximo a extensão dos efeitos jurídicos que a Constituição possa produzir em direção à efetividade dos direitos fundamentais, tarefa que cumpre, em plano de indiscutível importância, ao Poder Judiciário, pelo papel ativo que lhe destinou a ordem constitucional vigente⁵³.

⁵² A respeito, ver CITTADINO, Gisele. *Ob. cit.*, p. 211, especialmente a referência à idéia de Jürgen Habermas de que “A vontade democrática dos cidadãos deve sair da ‘periferia’ e, atravessando as ‘comportas’ dos procedimentos estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, exercer influência e controle sobre o ‘centro’, isto é, sobre o parlamento, os tribunais e a administração pública.” Tb. LYRA FILHO, Roberto, citado por José Geraldo de Souza Júnior, *ob. e p. cit.*

⁵³ Entenda-se: o processo de aprofundamento da Constituição não deve situar-se no Judiciário, apenas. É de todo necessário que se amplie ao máximo o contingente de intérpretes da Lei Fundamental, para que dele participe a sociedade em seus diversos segmentos, com a conseqüente incorporação de fatores materiais de toda ordem, que fazem a vida comunitária. Em grande parte, a efetividade da Constituição e de todo o seu sistema de direitos depende visceralmente da idéia ou representação que uma determinada comunidade faça a respeito da ordenação jurídica sob cuja disciplina se encontra. É a partir daí que se vivifica o conceito de constituição material. Para que seja triunfante esse objetivo, é importantíssimo que se crie e se fomenta todo o tempo um grande debate constitucional, a envolver todas as camadas sociais, com a decidida participação da mídia, o único instrumento capaz de promover uma ampla interlocução. É isto, exatamente, o que não ocorre no Brasil, por isso que a Constituição, em vez de ser aplicada, é retalhada no Congresso Nacional, sem que a cidadania seja chamada a opinar. Opinião pública, em sociedades pluralistas e democráticas, forma-se no debate público sobre os temas importantes para permitir um maior e mais efetivo controle social das ações do Estado. Entre nós, o Governo, o Congresso e as instâncias decisórias e de influência política preferem à relevância do debate as pesquisas de mera aferição de uma opinião pública a que não se concedeu a oportunidade de ser esclarecida; à noite, comunicam-se os resultados das pesquisas pelo Jornal Nacional. Por esse modo a Constituição não se instala no imaginário das pessoas, não é refletida nem assumida como Lei Fundamental incorporadora dos valores essenciais de uma comunidade histórica concreta; não se cria o tão necessário sentimento constitucional (expressão tão cara a Pablo Lucas Verdú), que expressa uma cidadania ativa e participante.