

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA VISÃO CRÍTICA DA REALIDADE BRASILEIRA

Dinaura Godinho Pimentel Gomes^(*)

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Breves considerações a respeito do papel do Estado Democrático de Direito em face dos direitos fundamentais sociais. 3. A caótica realidade de inobservância dos Direitos fundamentais sociais no contexto da globalização econômica - 4. Direito fundamental ao trabalho como suporte do direito à vida com dignidade - 5. Conclusões

1. Introdução

... De que vale o direito à locomoção sem o direito à moradia adequada? De que vale o direito à liberdade de expressão sem o acesso à instrução e educação básica? De que valem os direitos políticos sem o direito do trabalho? De que vale o direito ao trabalho sem um salário justo, capaz de atender às necessidades humanas básicas? De que vale o direito à

^(*)Juíza do Trabalho - Titular da 1ª Vara de Londrina (TRT- 9ª Região) - Doutora em Direito do Trabalho e Sindical pela Università Degli Studi di Roma - La Sapienza, com revalidação pela Universidade de São Paulo - USP - e Pós-doutorado em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica - PUC-SP. Coordenadora e Professora da Escola da Magistratura do Trabalho em Londrina.

*liberdade de associação sem o direito à
saúde...?*¹

O Estado Democrático de Direito se assenta na democracia e na efetividade dos direitos fundamentais, estes sob o prisma sua indivisibilidade e interdependência: direitos civis e políticos, incorporados pelos sociais, porque não há direito à vida sem o provimento das condições mínimas de uma existência digna.

Este é o modelo adotado pelo Brasil, sob a égide do Estado Democrático de Direito, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inaugurou a *era dos direitos fundamentais*. Em seu art. 6º, proclama como direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados...”. E, em seu art. 3º, estabelece, como fins do Estado, “ 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; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com efeito, a Lei Maior, ao adotar esse novo paradigma, ampliou a dimensão dos direitos fundamentais, justamente para propiciar o pleno exercício da liberdade real, através da intervenção do próprio Estado, de modo a garantir a igualdade

¹ Nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade no Prefácio à obra de Jayme Benvenuto Lima Jr. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. São Paulo: Renovar, 2001.

substancial, em complemento à igualdade formal antes apenas afirmada.

Com essa passagem, os direitos sociais constituem-se o núcleo normativo do Estado Democrático de Direito, no sentido de se garantir a todos idênticas condições e oportunidades, ou seja, a igual dignidade para todas as pessoas. Exsurge daí manifesta relação entre a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ao se consagrar, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da prevalência dos direitos humanos, os quais, no âmbito das relações internacionais, são reconhecidos como unidade indivisível, fundados em valores intrínsecos à racionalidade humana (CF, art.4^o inciso I).

Entretanto, mesmo diante dessa reafirmação dos direitos fundamentais com a nítida incorporação dos direitos sociais, atualmente, vem prevalecendo, de forma paradoxal, a ideologia neoliberal a reger a globalização econômica. Com ela, em total afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, basilar do Estado Democrático de Direito, a busca do lucro tem sido posta como a *essência da democracia* e o Ser Humano colocado *a serviço da economia*. Daí decorre a disseminação da miséria, em grande parte provocada pelo desemprego estrutural.

Ora, após a conquista do Estado Democrático de Direito, não se pode, desse modo, fragilizar a democracia, considerada o único regime político capaz de propiciar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, como preleciona *José Afonso da Silva*².

² SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: Revista de Direito Administrativo, Vol. 212, p. 93.

Urge, portanto, fazer valer a Constituição brasileira - para que não seja vista como mera folha de papel, no dizer de LASSALLE - através da tomada de urgentes medidas, norteadas pela idéia de justiça, no sentido de se efetivar a promoção e proteção dos direitos à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, tendo como vertente de correspondência a igualdade de oportunidades para todos os indivíduos, em oposição às graves e crescentes desigualdades sociais geradas pela globalização econômica.

Destarte, ao se proclamar e reconhecer a todo *SER HUMANO* o *direito a ter direitos*, no âmbito internacional, emerge a premente necessidade de se consolidar e efetivar, no Brasil, os direitos fundamentais sociais, como condição de existência do paradigma de Estado Democrático de Direito, instituído com a Carta de 1988.

2. Breves considerações a respeito do papel do Estado Democrático de Direito em face dos direitos fundamentais sociais

No âmbito internacional, a passagem do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito deu-se pela extensão dos direitos civis e políticos à grande maioria de cidadãos, justamente em face da conquista do direito ao voto através da forte provocação dos movimentos sociais. Desse modo, a primeira dimensão de direitos fundamentais, consubstanciados na liberdade, segurança e propriedade, foi historicamente complementada, em face do legado do socialismo, pelos direitos sociais, culturais e econômicos - também considerados de segunda geração - para garantir a todos os indivíduos condições existenciais mínimas, mediante participação

do “bem-estar social”, entendido, nas palavras de *Celso Lafer*³, como bens que os homens, através do processo coletivo, vão acumulando no tempo.

Essa integração dos direitos sociais aos direitos fundamentais veio, portanto, para salvaguardar os direitos civis e políticos. Com isso, os textos constitucionais de grande parte de países do Ocidente passaram a tratar como direitos fundamentais tanto a categoria de direitos civis e políticos quanto a dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos civis e políticos foram constituídos como direitos de resistência e de oposição perante o Estado Liberal, enquanto os direitos fundamentais sociais desde logo foram reconhecidos como direitos a serem obtidos através do Estado, a quem cabe assegurar o bem-comum e a justiça social.

A trajetória evolutiva do Estado, inspirada nesses novos conceitos, impôs o cânone da dignidade da pessoa humana, basilar no sistema constitucional, como um dos fundamentos da organização nacional para ser melhor observado e bem mais concretizado, mediante a adoção efetiva de hábeis instrumentos, em nível internacional e no seio de cada Estado-nação, direcionados à efetiva consagração dos valores éticos e jurídicos da liberdade, justiça, segurança e solidariedade.

Em outras palavras, ao se proclamar e reconhecer a todo *SER HUMANO* o direito a ter direitos, no âmbito internacional, emerge para o Estado-nação a obrigatoriedade de consolidar e

³ LAFER, Celso. In: *A Reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 127.

efetivar, normativamente, os direitos fundamentais sociais, como condição de existência do paradigma adotado de Estado Democrático de Direito, como se deu no seio da sociedade brasileira, com a Carta de 1988.

Com efeito, não bastou mera conquista de uma Constituição moderna, a reger o modelo de Estado Democrático de Direito, em 1988. Hoje, com muito atraso, impõe-se concretizá-la “pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa”, como salienta *Gisele Cittadino*⁴, ao salientar que é a abertura constitucional que vai permitir que cidadãos, partidos políticos, associações, entre outros, passem a integrar o círculo de intérpretes da Constituição. Com isso da democratização do processo interpretativo pode resultar, ao menos, o início da concretização da Lei Maior.

Assim, de um lado, exige-se a participação efetiva dos cidadãos, organizados em vários segmentos, dotados de desenvolvida capacidade e consciência ético-jurídica, para controlar diretamente não só a atuação, mas também as omissões do Poder Público, no que concerne à observância dos ditames constitucionais; e, do outro, um Poder Judiciário, operante, firme e corajoso, “com vontade de Constituição”, na feliz expressão de *Konrad Hesse*⁵.

⁴ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 15.

⁵ Expressão notável de KONRAD HESS. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 19.

Nesse particular, *Nelson Saldanha*⁶ ensina que a Constituição não é um mero dado, é uma obra, uma realização, uma tentativa permanente de ajuste recíproco das intenções textualizadas e das circunstâncias existenciais da sociedade política. Isso exige permanentemente um melhor redimensionamento do papel do jurista do próprio Poder Judiciário, no sentido de *constituir* o direito, de buscar o seu sentido ético, dando cumprimento aos preceitos de modernidade que estão na Constituição.

A tarefa do Estado Democrático de Direito consiste justamente em criar condições materiais para a realização dos direitos fundamentais: civis, políticos e sociais. Para tanto, “quaisquer estudos a respeito da efetividade dos direitos sociais devem incluir necessariamente o comportamento dos operadores, que protagonizam a sua implementação, isto é, todas as pessoas, autoridades, organismos públicos, grupos de pressão, operadores sociais, etc”⁷. Desse modo, enquanto o neoliberalismo aponta para a desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno, nas palavras de *Lenio Streck*⁸.

⁶ SALDANHA, Nelson. O Poder Constituinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 88.

⁷ Cf. KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 39.

⁸ STRECK, Lenio Luiz, O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 197.

É hora de se assumir, nesse país, uma posição de defesa da Constituição em vista da concretização dos direitos fundamentais sociais. Lamentavelmente, após quase vinte anos da conquista de um Estado Democrático de Direito, a nação brasileira ainda vem se destacando, em nível internacional, pela escandalosa desigualdade social que apresenta, em face da ineficiência das políticas públicas na área social, em total afronta à Lei Maior.

Se ao Poder Judiciário não cabe criar políticas públicas, a ele compete, contudo, impor a execução daquelas já estabelecidas na Constituição ou em leis ordinárias. No atual cenário de descaso político diante dos graves problemas sociais que inviabilizam o desenvolvimento e a garantia do direito à vida com dignidade, exige-se, sim, um Judiciário intervencionista que ouse “controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciar da “programaticidade principiológica da Constituição”, como enfatiza Andreas J. Krell⁹.

É por isso que se impõe disseminar, cada vez mais, o sentimento constitucional dos juristas e operadores do Direito em prol da realização dos direitos fundamentais, mediante a revitalização do primado da liberdade (que agasalha os direitos civis e políticos) em sintonia com o primado da igualdade (consubstanciado nos direitos sociais, econômicos e culturais)¹⁰.

⁹ KRELL, Andreas J., op. cit. 97.

¹⁰ Nesse sentido indaga Lenio Streck: enfim, qual a função da justiça constitucional. Para quem se faz o Direito? E ele mesmo responde: “parece que a resposta pode ser encontrada na materialidade constitucional, que tem como holding o núcleo essencial que aponta para a realização do Estado Social (art. 3º, da CF), a partir do efetivo resgate das promessas da modernidade, historicamente sonegadas à imensa maioria da população...”. In: op. cit. p. 209.

Urge dar aplicação predominante aos princípios e regras constitucionais em face de todo o ordenamento jurídico, o que, de certa forma leva a afastar da prática forense a excessiva ênfase às normas infraconstitucionais (Código Civil, Código Comercial, Consolidação das Leis do Trabalho, entre outros diplomas legais).

3. A caótica realidade de inobservância dos direitos fundamentais sociais no contexto da globalização econômica

A salvaguarda dos direitos civis e políticos, originários do Estado Liberal clássico, no contexto do Estado Democrático de Direito passou a pressupor a realização dos direitos sociais¹¹. Vale dizer, nesse modelo, o princípio da dignidade da pessoa humana, referência de todos os direitos fundamentais, impõe a melhoria considerável nos níveis de vida da população, na luta contra a pobreza absoluta e a miséria, porque sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparece as condições iniciais de liberdade, na precisa assertiva de *Ricardo Lobo Torres*¹². Vale dizer, não pode haver direito à vida sem o direito à vida com dignidade.

Constituem os direitos sociais o núcleo normativo do Estado Democrático de Direito, tal como estabelece o preâmbulo da Constituição Federal, ao proclamar a instituição de um Estado

¹¹ Cf. BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 118.

¹² TORRES, Ricardo Lobo Torres. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

Democrático de Direito *destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*. Entretanto, até hoje, falta a implementação da igualdade material, da justiça social, de garantia e efetividade dos direitos fundamentais. Todos esses preceitos de modernidade, proclamados pela Lei Maior, não foram materializados de forma satisfatória, principalmente, em face do nefastos efeitos da globalização econômica.

Constata-se, cada vez mais, o aumento considerável da desigualdade social, no país, que tem sua raiz no desequilíbrio das condições econômicas mundiais, malgrado o disseminado conhecimento de ser a pobreza extrema fator de degradação ambiental, a privar o homem de seus direitos essenciais à vida com dignidade.

Não tem sido observado um padrão mínimo social, por parte do Estado, a priorizar atendimentos básicos e eficientes de saúde; educação básica com qualidade e a garantia de moradias dignas, entre outras políticas públicas, no vasto campo das necessidades primárias da população carente.

A ONU - ao divulgar que 1/6 da população do planeta vive em favelas - conceitua esse tipo de moradia como aglomerados urbanos que combinam habitações precariamente construídas com acesso impróprio a água potável e a redes de saneamento, espaço per capita inadequado e ausência ou precariedade de títulos de propriedade. Aponta que, no total, 31,6% dos habitantes de cidades vivem em favelas. Consideradas apenas as regiões em desenvolvimento, esse número chega a 43%. Na América Latina e no Caribe, essa proporção é de 31,9%¹³.

¹³ In: Folha de São Paulo, 8 de outubro de 2003, p. A2.

Um outro Relatório divulgado pelo Banco Mundial, no final do ano de 2003, salienta que a América Latina é a região mais desigual do mundo: “os 10% mais ricos da região detêm 48% da renda total. Já os 10% mais pobres dividem 1,6% do bolo. E o Brasil se destaca como sendo o país mais “desigual da região mais desigual”¹⁴.

Infere-se daí que essa teoria globalizante, utilizada como paradigma econômico e político nessas últimas duas décadas, caracteriza-se como um conjunto de políticas e processos a permitirem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social no planeta com o objetivo de alcançar o máximo de benefícios individuais, sempre em prol dos mais ricos, a gerar, com isso, um caótico crescimento da desigualdade econômica e social entre povos e nações¹⁵.

¹⁴ Cf. “Folha de São Paulo, 8/10/2003.

¹⁵ Na época da implantação do euro na Unidade Européia, abrangendo os países da Alemanha, Espanha, França e Itália, embora apresentado no contexto da abertura comercial, como um projeto de modernização, era manifesta a preocupação da massa envolvida, principalmente diante dos dezessete milhões de desempregados. Já se previa que os grandes beneficiários seriam as grandes empresas multinacionais que lá operam, porque, com o enfraquecimento do poder de intervenção dos governos nacionais e sem a existência de um contrapeso a nível europeu, torna-se mais fácil para as empresas livrarem-se das regulamentações do poder público. Por outro lado, também se vislumbrava que apenas um número relativamente pequeno de empresas passaria a operar em escala continental, diante do fechamento de milhares de unidades. “A revista Business Week publicou estimativas de fechamento de quase metade das 166.000 agências bancárias espelhadas pela UE . Isso envolve dezenas de milhares de postos de trabalho”. Cf. SCHUTTE, Giorgio Romano. Sindicalismo na Europa e Sindicalismo Europeu. In: O Sindicalismo na Europa, Mercosul e Nafta. LORENZETTI, Jorge e FACCIO, Odilon Luis Faccio (Organ.). São Paulo: LTr, 2000, p.p. 95 e 97.

Insta realçar a respeito que, no Brasil, o lucro dos maiores Bancos aumentou em 56%, no primeiro trimestre de 2005. Isso significa que, entre janeiro e março de 2005, nos três maiores bancos privados do país - Bradesco, Itaú e Unibanco - os lucros aumentaram em 56%, em relação ao mesmo período de 2004. Só o Bradesco alcançou um lucro recorde de R\$ 1,205 bilhão entre janeiro e abril, praticamente o dobro obtido no mesmo período do ano passado. O Banco Itaú, por sua vez, teve um lucro líquido de R\$1,141 bilhão no primeiro trimestre do ano¹⁶.

Em contrapartida, estudo do IBGE nas seis maiores regiões metropolitanas do país, no mês de março de 2005, mostra que o total de trabalhadores que recebem menos de um salário mínimo, na época fixado em R\$260,00, aumentou de 11,2% (percentual constatado em 2002) para 16,7%. Em São Paulo, 11,5% dos empregados recebem até um salário mínimo. Recife e Salvador têm os piores índices: 35,1% e 35,4%, respectivamente. A faixa de renda que vai de um a dois salários mínimos também cresceu no período: em 2002, o percentual era de 26,4%; em 2005, atinge 34%.

Enquanto isso, no ano de 2003 - bem longe e ao contrário de uma realização progressiva - quando o setor público fez uma economia recorde para o pagamento de dívidas, o investimento do governo federal, na área social, foi de apenas 16,5% do valor previsto no Orçamento. Isso significa, por exemplo, que dos R\$238 milhões autorizados para a habitação, por exemplo, nenhum gasto foi apresentado até maio de 2004. O mesmo tratamento foi dado aos 166 milhões previstos para o

¹⁶ Idem, 13 de maio de 2005, p. B1.

saneamento¹⁷, sendo certo que metade da população brasileira não tem esgoto coletado, conforme dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, divulgados em 6 de março de 2005¹⁸.

Nessa esteira, recente estudo do economista *Marcio Pochmann*¹⁹, malgrado a frágil e pouco convincente contestação do Ministério da Fazenda, aponta que o atual Governo cortou os gastos sociais em até 1,31%, quando deveria ter aumentado o percentual correspondente em 31%. Desse modo, por exemplo, houve uma queda de -43%, na área da habitação e saneamento; -2,72%, na área da saúde; -0,73%, na área da educação.

Além disso - e também a título de ilustração - têm sido drástica a situação da educação pública, no país. Os resultados apresentados, em 16 de junho de 2004, pelo Ministério da Educação, na divulgação do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica, referentes ao ano de 2003, indicam que a maior parte dos alunos dos ensinos fundamental e médio não sabe resolver questões de matemática compatíveis com a série que cursam.

A situação é ainda pior no 3º ano do ensino médio: 68,8% deles tiveram nível de conhecimento classificado entre crítico e muito crítico. Isso significa que a maioria não consegue sequer interpretar o enunciado da questão proposta. No que concerne à

¹⁷ Cf. "Folha de Londrina", 29 de maio de 2004 - Caderno Economia.

¹⁸ Cf. Folha de São Paulo, 6 de março de 2005, p. B 9.

¹⁹ Esse estudo, divulgado em 11 de maio de 2005, apresenta uma comparação entre os dois primeiros anos do governo Lula (2003 e 2004) e os dois últimos anos de gestão do governo Fernando Henrique Cardoso (2001 e 2002), cf. Folha de São Paulo, 12 de maio de 2005, p. A 10.

língua portuguesa, os percentuais são piores na 4ª série do fundamental, eis que 55,4% tiveram classificação crítica ou muito crítica²⁰.

Nesse contexto, são baixos os salários os professores, entre 43 países, o Brasil mantém a sexta maior média de alunos por professor: 28,9; no nível fundamental e 38,6, no ensino médio, quando o máximo recomendado pela UNESCO é de 20 e 30 alunos, respectivamente²¹.

Um outro Relatório divulgado pelo Banco Mundial, no final do ano de 2003, salienta que a América Latina é a região mais desigual do mundo: “os 10% mais ricos da região detêm 48% da renda total. Já os 10% mais pobres dividem 1,6% do bolo. E o Brasil se destaca como sendo o país mais “desigual da região mais desigual”²².

Mesmo sendo uma obrigação jurídica - e não apenas uma obrigação moral - o Governo brasileiro não desenvolve eficientes políticas públicas sociais, ao se voltar prioritariamente a alcançar as metas acertadas com o FMI. Com isso, nega, por completo, a efetividade dos direitos sociais, sob a vã alegação de falta de recursos disponíveis nessa área. Essa omissão ou inércia, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, configura manifesta agressão à dignidade da pessoa humana e fragiliza a própria democracia, porque afeta também os direitos civis e políticos.

Nessa senda, na medida em que o Poder Executivo estampa sua incapacidade de dar efetividade aos direitos

²⁰ Cf. Folha de São Paulo, 17 de junho de 2004, p. C 3.

²¹ Idem, 15 de janeiro de 2003, p. A2.

²² Idem, 8 outubro de 2003.

fundamentais sociais, sob o argumento falacioso da escassez de recursos, sucumbe-se mais facilmente às forças globalizantes do mercado, que, por sua vez, exigem plena liberdade no desenvolvimento das atividades econômicas, a solapar as estruturas tradicionais e as comunidades locais, minimizando o Estado-nação.

4. Direito fundamental ao trabalho como suporte do direito à vida com dignidade

Existe cidadania sem trabalho? Vale dizer, no desemprego, no trabalho informal e precarizado?

Diante dos princípios e regras constitucionais, que têm por fim proteger a pessoa humana, o bem jurídico *trabalho* foi erigido pela Constituição Federal como valor social, um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito (art. 1º, IV). Além disso, a mesma Lei Maior impõe ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho (art. 170) e a ordem social a ter por base o primado do trabalho (art. 193).

Com efeito, sob o manto do Estado Democrático de Direito, onde a Constituição Federal não só sobreleva a eminência da dignidade da pessoa humana, mas a transforma em valor supremo da ordem jurídica²³, o trabalhador deve ser visto como detentor de direitos fundamentais sociais, amparado por normas pétreas da Constituição, que não podem ser afastadas nem eliminadas sequer por Emenda Constitucional, em face da proibição de retrocesso social.

²³ Cf. José Afonso da Silva. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: Revista de Direito Administrativo, Vol. 212, 1998, p. 91.

No entanto, no Brasil, dos 80 milhões de trabalhadores, que integram a População Economicamente Ativa - PEA -, apenas 23 milhões são considerados trabalhadores formais, contribuintes do INSS. Além disso, de acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), são considerados mais de 2 milhões de trabalhadores desempregados, nas seis maiores regiões metropolitanas do país, onde se realizou a pesquisa. Em setembro de 2004, a taxa de desempregados foi de 10,9%, já, em outubro de 2004, houve elevação para 12,9%²⁴.

Sem a adoção de medidas eficazes de fomento tributário para a iniciativa privada e maior fiscalização na arrecadação dos tributos, nesse mesmo universo constatou-se, em abril de 2005, que 58,15% da População Economicamente Ativa - PEA - vem sendo composta de trabalhadores informais; 20 milhões têm capacidade contributiva (autônomos ou profissionais liberais), contudo, são trabalhadores que optaram pelo trabalho na clandestinidade e não recolhem contribuições previdenciárias. Com isso, não chegam aos cofres da Previdência Social brasileira, no mínimo, R\$ 20 bilhões, por ano²⁵.

Nos termos da Constituição Federal, impõe-se conciliar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa num ambiente de efetiva concretização do princípio da dignidade humana, mediante a observância da função social da empresa (CF, art. 170).

²⁴ . Cf. Folha de São Paulo, 27 de novembro de 2004, p. B 2.

²⁵ Cf. Folha de Londrina, 10 de abril de 2005, Economia, p.7, fazendo menção aos cálculos do atuário Newton César Conde, diretor da Conde Consultoria.

Assim, o trabalhador não pode ser considerado como um mero objeto da atividade econômica. Todavia, essa situação se configura toda vez que ele é colocado à margem do sistema, sem qualquer proteção legal, na condição de *trabalhador informal*, perdendo completamente seus referenciais básicos, o que atinge sua própria identidade enquanto pessoa, perante seus semelhantes na comunidade em que se insere. É mister insistir que a Constituição brasileira não permite a *existência de párias, de trabalhadores desamparados*²⁶.

Hoje, em todas as áreas que envolvem a prestação pessoal de serviços e a relação de trabalho, em termos profissionais, é ao Judiciário Trabalhista que toca restabelecer o equilíbrio econômico, a partir do momento em que alcançou o fortalecimento institucional, com a ampliação de sua competência material, com a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, que deu nova redação ao art. 114, da Carta.

Este deve ser o novo perfil da Justiça do Trabalho inserida no contexto maior do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da Constituição Federal), com seu propósito de fundar a ordem econômica também na valorização do trabalho humano (CF, arts. 170 e 193). Portanto, a ela compete resgatar os cidadãos do universo da subcontratação, da informalidade e, pior ainda, da escravidão.

A esse respeito, recentemente, a Justiça do Trabalho de Marabá²⁷ - conforme sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara do

²⁶ Nas palavras de Adilson Abreu Dallari, "Ciclo de Estudos promovido pela Assembléia do Estado do Pará", 2ª Edição, Belém, CEJUP Edit., 1992, p. 121 e seguintes.

²⁷ Cf. Folha de São Paulo, 14 de maio de 2005, p. A8

Trabalho de Marabá, Jorge Ramos Vieira - em face da exploração da mão-de-obra escrava, impôs o pagamento de R\$ 3 milhões, a título de indenização contra a empresa Lima Araújo Agropecuária Ltda., cujo valor deverá ser destinado ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador). Conforme relatado, essa empresa mantinha cerca de 180 trabalhadores em condições análogas à escravidão, em suas fazendas. Estavam lá mantidos mediante vigilância armada, que os impedia de sair do local de trabalho, sendo certo que só podiam fazer compras na cantina da empresa, para, assim, configurar inequívoca situação de servidão por dívida.

A aludida sentença ainda determinou a quebra dos sigilos bancário e fiscal da empresa; decretou o bloqueio de bens e contas bancárias em nome de seus titulares, entre outras providências.

É por isso que a Justiça do Trabalho, hoje, com sua competência ampliada, com mais força e determinação, deve fazer uso do processo como poderoso instrumento ético para dar efetividade não só ao direito do trabalho, como também para assegurar e reconhecer efetivamente o *direito ao trabalho*, e, assim, propiciar maior inclusão social, no contexto desse sistema sócio-econômico selvagem a afrontar a própria Lei Maior.

Lembra *Maurício Godinho Delgado*²⁸, trazendo como parâmetro dados da última década, que o Direito do Trabalho tem sido no desenrolar do sistema econômico-social contemporâneo, o grande instrumento de inclusão social das grandes massas populacionais dos países capitalistas desenvolvidos. Segundo ele, enfocadas as situações de Alemanha e França, percebe-se que mais

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho, In: Revista LTr-69-01/45

de 80% da população economicamente ativa daqueles países (já excluído o percentual de desempregados) insere-se no mercado laborativo capitalista com as proteções inerentes ao Direito do Trabalho. Mais de 80% do pessoal ocupado nesses dois países, mesmo após 20 anos do fluxo desregulamentador insaciável oriundo da década de 70, encontra-se, sim, regido pelo Direito do Trabalho naquelas sociedades desenvolvidas.

Com efeito, diante dos avanços da ciência e da tecnologia no mundo do trabalho, impõe-se reavaliar o critério da subordinação jurídica, para se ampliar o alcance da tutela do Direito do Trabalho, de modo a abranger outros tipos e formas contratuais que, até agora, no Brasil, estavam alijadas da proteção legal ou do acesso ao Judiciário. Vale dizer, o conceito clássico de subordinação, para as *relações de emprego*, vem sendo diluído em razão das novas estruturas de produção, do novo perfil de empresa, que, a cada dia, se submete às inovações tecnológicas e diversifica os modos de prestação de serviços.

Nesse contexto, a atividade empresarial, impulsionada pelo processo econômico, direciona-se, através de diferentes modalidades de ajustes, para fazer uso da força, da energia, inteligência e criatividade do trabalhador, tanto daquele que integra o núcleo duro de pessoal altamente qualificado e bem remunerado, quanto daquele que faz parte da “periferia” de trabalhadores terceirizados, considerados *precários*.

Indubitavelmente, com isso, têm havido alargamento e diversificação das formas de *trabalho dependente*, a transcender o modelo tradicional clássico. Muitas vezes, não se enquadrando naquela relação jurídica de trabalho subordinado - de manifesta relação de emprego - o produto da atividade desenvolvida por

trabalhadores precários, autônomos, avulsos, trabalhadores à distância, como no sistema de teletrabalho, continua revertendo em favor de outrem. Desse modo, quando a informalidade decorre do desvirtuamento do instituto da terceirização, deve ser duramente combatida.

Nesse quadro, a empresa tida como beneficiária final do produto do trabalho humano - cujos serviços terceirizou, muitas vezes sendo manifesta sua culpa *in eligendo* e *in vigilando*, ao contratar empresa inidônea de prestação de serviços e, ainda, para executar tarefas que dizem respeito à sua atividade-fim - ao final, deverá ser chamada para responder pelas obrigações trabalhistas decorrentes, no mínimo, de forma subsidiária. Isso porque, mesmo sem a integração física do trabalhador na organização empresarial, é manifesta a existência de prestação pessoal de serviços coordenada no tempo e no espaço por outrem, bem como em favor de outrem.

Urge ressaltar, contudo, que o critério da subordinação não perdeu sua essencialidade tradicional, para a caracterização do contrato de trabalho clássico a amparar as relações de emprego, sob a proteção e tutela das normas trabalhistas de *status* constitucional ou infraconstitucional. Entretanto, é preciso reconhecer e reavaliar a presença dos outros elementos, tais como, da *pessoalidade*, *permanência* e *dependência econômica*, em outros tipos de relações de trabalho, que passam a ter maior conotação, para merecerem também o amparo do Direito do Trabalho.

Assim, dependendo do caso concreto, caberá até extensão dos direitos previstos no aludido art. 7º, da CF, às novas e diferentes formas de relações jurídicas, constituídas no mundo do trabalho e introduzidas pelo avanço tecnológico, que se distanciam

dos contornos rígidos do conceito clássico de trabalho subordinado, nos moldes da CLT, de 1943.

Eis, aqui, um novo desafio à Justiça do Trabalho: como é o juiz que produz o *sentido da norma*, porque o *texto*²⁹ é um mero enunciado a ser interpretado, urge fazer valer a Constituição, concretizando o Direito do Trabalho, principalmente como estatuído nas normas fundamentais sociais do art. 7º, da Lei Maior. É nessa trilha, portanto, que o Judiciário Trabalhista deve atuar, como poderoso agente de inclusão social, para reconhecer a existência de relações de emprego e de *relações de trabalho*, aplicando a legislação trabalhista ou a legislação civil, dependendo do caso.

Assim, a título de exemplo, advogados, médicos, dentistas, economistas, engenheiros, costureiras, contabilistas, jardineiros, eletricitas, entre outros, ao demandarem perante a Justiça do Trabalho, podem obter não só o pagamento de seus honorários ou do preço ajustado, como também, a solução do litígio a envolver a própria relação de trabalho. A esse respeito, adverte *Manoel Antônio Teixeira Filho*³⁰ que, nessas situações, como é evidente, o juiz não aplicará a legislação trabalhista, mas, sim, a legislação civil reguladora da relação jurídica material, intersubjetiva, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Isso corresponde a afirmar que o juiz do trabalho será levado a pronunciar-se sobre contrato de locação de serviços (CC, art. 1216), de empreitada (CC, 1237), de mandato (CC, 1288)...”.

²⁹ Para um estudo mais aprofundado a respeito, ver GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 71/75.

³⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: Rev. Ltr. 69-01/14.

Compete, pois, ao Juiz do Trabalho, imbuído da necessária prudência, concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, garantindo as condições existenciais mínimas do trabalhador em geral³¹, ao bem aplicar não só as normas insertas na CLT, mas, principalmente os princípios e regras constitucionais, além das normas de direito comum, positivado, de modo que não haja mais o descarado e abusivo aproveitamento de uma parte sobre outra, sob o argumento de se tratar de trabalho informal.

Cumprе salientar também que, na atual conjuntura econômica e social, não há como tratar dos meios viáveis ao resgate do crescimento do País³², sem antes, acionar os mecanismos de proteção e de inclusão social, pelo Estado em parceria com os destacados conglomerados industriais e comerciais, além de outros

³¹ Convém notar, contudo, a decisão liminar do Min. Nelson Jobim, na condição de Presidente do C. TST, em recente ADIn, movida pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, ao suspender, “ad referendum”, toda e qualquer interpretação dada pela EC-45/2004, que incluía na competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”.

³² A par disso, na concepção de BERCOVICI, Gilberto - diante da análise das propostas de Hermann Heller, que muito contribuíram na formulação da idéia do Estado Social de Direito, presente na Lei Fundamental alemã de 1949 - “para a superação do subdesenvolvimento é necessário um Estado nacional forte e democrático, com o objetivo de incluir a população na cidadania política e social. Portanto, a superação do subdesenvolvimento, assim como teve a proposta original de Heller do Estado Social de Direito, tem um nítido caráter emancipatório, de alteração profunda das estruturas sócio-econômicas brasileiras”. In: Constituição e Estado de Exceção Permanente. Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, p. 170.

órgãos representativos da sociedade civil, por meio da educação com qualidade e da formação profissional, justamente para se propiciar o início dessa fase.

É desse modo, no horizonte das esperanças do Estado Democrático de Direito, que a empresa moderna deve encontrar espaço para aumentar sua competitividade, como exige a economia globalizada, porém mediante a democratização real de suas estruturas e revisão crítica de seus valores, como instituição que tem por fim *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (CF, art. 193, *caput*).

Inegavelmente, o processo de crescimento e desenvolvimento econômico do país depende de urgentes políticas sociais que possam combater o desemprego e o trabalho precário. Impõe-se então incentivar as empresas ao investimento em tecnologia e, desse modo, também a agirem em parceria na formação e constante capacitação profissional de trabalhadores, nos moldes exigíveis pela ideologia de mercado globalizante.

5. Conclusões

“O direito é uma proporção real e pessoal de homem a homem; desde que essa medida e essa proporção sejam respeitadas, a sociedade está sã e salva; se são violadas, a sociedade se decompõe”³³.

Exige-se desde logo o despertar de um sentimento constitucional, de uma consciência coletiva, por parte de todos os

³³ ALIGHIERI, Dante. Da Monarquia, Livro V. In: Clássicos Jackson, Vol. XXVI, Pensadores Italianos. Rio de Janeiro - São Paulo: W.M. Jackson Inc., 1957, p. 36.

integrantes da sociedade brasileira, principalmente dos estudiosos e operadores do Direito, para se disseminar a efetiva concretização dos princípios e regras da Carta de 1988, mediante o pleno exercício da cidadania mais participativa, “com vontade de Constituição”.

Já passou da hora de se entender que, neste país, onde se adota o modelo de Estado Democrático de Direito desde 1988, mas que continua apresentando índices alarmantes de miséria e de exclusão, não mais se aceita a mera argumentação de falta de recursos financeiros para a concretização dos direitos fundamentais do homem social.

Com *Flávia Piovesan*³⁴, cabe realçar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos exigem do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos envolveriam prestações negativas, ou a mera abstenção social. A insigne jurista destaca, a título de exemplo, o alto custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis, clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade; o custo do aparato eleitoral que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o acesso ao Judiciário.

A teoria da “reserva do possível” - muitas vezes utilizada para justificar a escassez de recursos financeiros - é aplicável e aceita nos países europeus já amparados pela política social do

³⁴ PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245.

Welfare State, que bem asseguram o *mínimo existencial* compatível com a dignidade humana. Não é o caso do Brasil, onde, há pouco mais de cem anos, ainda dominava o regime da escravidão, institucionalmente garantido.

Se ao Executivo e ao Legislativo não cabem distribuir empregos, a esses poderes competem, contudo, propiciar a igualdade de chances ou de oportunidades, através da educação com qualidade e formação profissional, além de incentivar a iniciativa privada a desenvolver, em parceria, medidas de combate ao desemprego estrutural, por meio de medidas de fomento tributário.

Não se pode mais conceber é manutenção do elevado índice de trabalhadores considerados *INFORMAIS*, sob pena de as leis trabalhistas de um modo geral e a própria Constituição Federal, na parte que consagra os direitos fundamentais sociais, perderem totalmente sua efetividade, pela falta de desempenho concreto da função social do Direito.

Ao Judiciário compete fazer valer a Constituição Federal, mormente no que concerne à concretização dos direitos fundamentais sociais. Compete, pois, a esse guardião da Lei Maior, fora dos juízos de conveniência e oportunidade, mediante ordens concretas, controlar, sim, as opções do Legislativo e do Executivo, para inibir a mascarada violação dos preceitos constitucionais e possibilitar a transformação da realidade social.

Enfim, incumbe ao Poder Judiciário, mais precisamente ao Judiciário Trabalhista, dar efetividade aos princípios e regras constitucionais, no firme propósito de alcançar os fins do Estado

Democrático de Direito, tal como vem proclamado no Preâmbulo e no art. 3º, da Constituição Federal.

Assim, diante das fortes pressões neoliberais do mercado global, tendentes a minimizar a soberania do Estado-nação, urge ao Poder Judiciário, em todos seus níveis, mas principalmente aos Tribunais Superiores, entre outras medidas, dar maior atenção à *cláusula de proibição de retrocesso social*³⁵, no sentido de, progressivamente, garantir a materialização dos direitos fundamentais, sem recuos e retrocessos, por meio de prestações positivas do Executivo, atacando suas omissões socialmente injustificadas; como também, em face da ação (ou omissão) do Legislativo, para impedir a supressão ou diminuição de direitos fundamentais sociais constitucionalmente garantidos, sem outras medidas ou programas assaz compensatórios.

³⁵ Vide a respeito SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais, num contexto em crise. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. (Neo)Constitucionalismo - ontem, os Códigos, hoje, as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 152.